

# OPUS MAGNA

CONSTITUCIONAL

2021  
TOMO XVII

The background of the cover features a detailed, embossed emblem of the Mexican Constitution of 1917. The emblem is centered and depicts an eagle with its wings spread, perched on a cactus. The eagle is surrounded by a wreath of oak and olive branches. Below the eagle, a scroll contains the text "LIBERTAD 15 DE SEPTIEMBRE DE 1917". The entire emblem is rendered in a light, metallic tone against a dark, textured background. A large, dark blue diagonal shape cuts across the left side of the cover, partially overlapping the emblem and the title.

LIBERTAD  
15 DE  
SEPTIEMBRE  
DE 1917





# OPUS MAGNA

CONSTITUCIONAL

2021  
TOMO XVII

The image features a large, detailed emblem of the Mexican Constitution of 1917. The emblem is rendered in a light, metallic tone against a dark background. It consists of a central shield with a sunburst at the top, flanked by two crossed rifles. Below the shield is a scroll with the text "LIBERTAD 15 DE SEPTIEMBRE DE 1821". The entire emblem is surrounded by a laurel wreath. A large, dark, diagonal shape overlaps the emblem from the top-left corner.

LIBERTAD  
15 DE  
SEPTIEMBRE  
DE 1821





OPUS MAGNA  
CONSTITUCIONAL  
TOMO XVII  
2021

**AUTORES:**

- Roberto Molina Barreto
- Dina Josefina Ochoa Escribá
- Ana Isabel Calderón Cristal
- Emanuel Castellanos García
- Julio César Cordón Aguilar
- Diego León Gómez Martínez
- Manuel Mejicanos Jiménez
- Miguel Angel Aldana Moscoso
- Ennio Paolo Archila Valle
- Mario Fernando Castillo Cabrera
- Juan Pablo Gramajo Castro
- Rosa María López Yuman
- Humberto Pineda Acevedo
- Javier Urizar Montes de Oca

**CONSEJO EDITOR 2020-2021**

- Allan Amilkar Estrada Morales
- Ana Gabriela Contreras
- Ana Elisa Samayoa
- Ana Isabel Calderón Cristal
- Carlos Arturo Villagrán Sandoval
- Edgar Alfredo Ortega Franco
- Jorge Luis Córdova Noguera
- Mario René Mancilla Barillas
- Mónica Mazariegos Rodas
- Sara María Larios Hernández

**CONSEJO EDITOR 2021-2022**

- Juan Ignacio Gálvez
- Jorge Luis Córdova Noguera
- Edwin Eduardo López Rodríguez
- Ricardo González
- Alejandro Javier Morales Bustamante
- Bárbara Castillo
- Aylin Ordóñez Reyna
- Ana Isabel Calderón Cristal
- María del Rosario Velásquez
- Ana Fabiola Salvador
- Luis Fernando Ulbán
- Ana Lucrecia Aguilar Alegría
- Angélica Vásquez
- Edgar Ruano

**EDITOR:**

- Francisco Javier Urizar Pérez

**RESPONSABLES DEL PROYECTO:**

- Roberto Molina Barreto  
Presidente de la Corte de Constitucionalidad  
y de la Junta Directiva del Instituto de  
Justicia Constitucional
- Rita Moguel Luna  
Directora Ejecutiva del Instituto de  
Justicia Constitucional

El contenido de los artículos publicados en la presente obra es responsabilidad de cada autor.

ISBN: 978-9929-626-26-3

© Prohibida su reproducción y distribución total o parcial por cualquier medio mecánico o digital sin previa autorización del Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad, o de la Corte de Constitucionalidad.

---

**Diseño e impresión:**

3a. avenida 14-62, zona 1  
PBX: (502) 2245-8888  
www.serviprensa.com

Portada: Angela Morales  
Diagramación: Elizabeth González  
Revisión de textos: Jaime Bran

Este libro fue impreso en diciembre de 2021.  
La edición consta de 500 ejemplares en papel bond blanco 75 gramos.

# ÍNDICE

<b>Presentación</b>	XI
<b>I. Aporte especial</b>	1
La función del Tribunal Constitucional en el sistema republicano de gobierno <i>Magistrado Roberto Molina Barreto</i>	3
<b>II. Sección especial</b>	13
El amparo desde una perspectiva de género <i>Dina Josefina Ochoa Escribá</i>	15
El derecho a exigir los derechos: conexiones entre el acceso a la justicia y la calificación de requisitos formales en el amparo <i>Ana Isabel Calderón Cristal</i>	39
El amparo colectivo en Guatemala: una evolución garantista en la interpretación del presupuesto procesal de legitimación activa <i>Emanuel Castellanos Castillo</i>	77
El amparo en Guatemala (1921-2021): su “amplitud” para garantizar derechos en constante “expansión” Estudio en homenaje a la memoria del profesor Mauro Roderico Chacón Corado <i>Julio César Cordón Aguilar</i>	103

Un ejercicio ponderativo sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación <i>Diego León Gómez Martínez</i>	133
El amparo en Guatemala ¿mantiene actualmente su naturaleza jurídica de garantía con la que fue instituido en el ordenamiento constitucional? Propuesta de análisis de temas que motivan a reflexionar sobre la manera como se decide la viabilidad de algunas pretensiones de amparo en la actualidad <i>Manuel Mejicanos Jiménez</i>	171
<b>III. Artículos</b>	201
La tutela constitucional de la memoria histórica: análisis del caso del Archivo Histórico de la Policía Nacional y la figura de la “actuación inmediata de la sentencia impugnada” <i>Miguel Ángel Aldana Moscoso</i>	203
Ciberjusticia 3.0: Cuando la tecnología encuentra a la justicia <i>Ennio Paolo Archila Valle</i>	227
Constitucionalidad y convencionalidad del concepto de peligrosidad social como criterio para la fijación de la pena en el Derecho Penal guatemalteco <i>Mario Fernando Castillo Cabrera</i>	253
La despenalización del consumo de drogas: Una mirada desde el pensamiento de Tomás de Aquino y el derecho constitucional comparado <i>Juan Pablo Gramajo Castro</i>	281
Hacia la construcción de un código interpretativo por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala respecto al derecho humano a un ambiente sano <i>Rosa María López Yuman</i>	311

La generación del Constituyente Mexicano de 1916: Breves consideraciones históricas <i>Humberto Pineda Acevedo</i>	339
Las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala en materia de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas <i>Javier Urizar Montes de Oca</i>	357





## Presentación

El Instituto de Justicia Constitucional fue creado hace 11 años, un 2 de junio de 2010. Al emitir su acuerdo de creación, la V Magistratura tuvo presente la necesidad de contar con un espacio académico que permitiera el intercambio de ideas en torno al Derecho Constitucional, Procesal Constitucional, Derechos Humanos y materias afines, con el ánimo de constituir una fuente de recursos para el estudio de los temas que atañen a la Corte de Constitucionalidad. Una respuesta a esta necesidad fue la creación del Opus Magna Constitucional y, desde aquel lejano 2010, se han publicado 17 tomos, con más de 200 artículos, ensayos, ponencias y discursos de autores nacionales y extranjeros.

Las condiciones de publicación han variado con los años. Actualmente, se cuenta con un consejo editorial integrado por abogadas y abogados letrados del Tribunal, de gran trayectoria y experiencia académica, retomando el diseño original y el proceso de calificación de propuestas se lleva a cabo a través del método de doble ciego de dos rondas, lo que implica que la identidad del autor y de los revisores es desconocida para los involucrados en todo momento, permitiendo mayor libertad y objetividad en el proceso de calificación de las propuestas. Además, desde el tomo XVI, se cuenta con un sistema de administración y publicación en línea, lo que permite un manejo eficiente y unificado del proceso editorial de la obra y hace posible consultar la edición completa de la obra y proponer contenidos a través del sitio [opusmagna.cc.gob.gt](http://opusmagna.cc.gob.gt).

En este tomo, se presenta un total de 14 artículos que se encuentran divididos en una sección especial dedicada al centésimo aniversario del surgimiento de la institución del amparo en el constitucionalismo guatemalteco y una sección general de artículos referidos a las distintas materias que abarca la obra.

Al presentar este tomo XVII del Opus Magna Constitucional, quiero aprovechar la oportunidad para agradecer a quienes integraron el Consejo Editorial del Instituto de Justicia Constitucional durante el período 2019-2021 y animar a quienes se integraron a él en 2021, a que continúen con esa labor tan silenciosa, pero tan importante de mantener los altos estándares de calidad de nuestra obra insignia.

Confiamos en que los contenidos que hoy se proponen serán de gran ayuda para el desarrollo de las ciencias jurídicas y sociales y del constitucionalismo en Guatemala; por lo que, con mucho agrado, ponemos a disposición del público en general el tomo XVII del Opus Magna Constitucional, editado en Guatemala por el Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Roberto Molina Barreto', is written over a large, stylized graphic element consisting of several intersecting lines that form a rectangular shape with a diagonal cross.

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

# I. Aporte especial

*Discurso de toma de posesión* |



# **La función del Tribunal Constitucional en el sistema republicano de gobierno**

*Magistrado Roberto Molina Barreto<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Presidente de la Corte de Constitucionalidad y de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional, período 2021-2022



# **La función del tribunal constitucional en el sistema republicano de gobierno**

**14 de abril de 2021**

*Magistrado Roberto Molina Barreto*

Tal y como lo hice, al asumir la Presidencia de este Alto Tribunal, al integrar la Quinta y Sexta Magistraturas, deseo primero manifestar mi más profunda gratitud a Dios, por integrar nuevamente la Corte de Constitucionalidad y, asumir su Presidencia, por tercera vez, en esta Octava Magistratura, y que derrame sus bendiciones sobre quienes, a partir de hoy, integramos este Tribunal, para que nos guíe e ilumine, a efecto de cumplir con nuestras obligaciones como funcionarios públicos y poder así contribuir con el desarrollo integral de la sociedad y de nuestra Patria, que tanto lo demanda, conscientes del gran reto, la ardua tarea y responsabilidad que ello representa.

Han transcurrido 15 años desde que integré esta Corte por primera vez, de los cuales estuve fuera del Tribunal, poco más de 4 años, reincorporándome en el mes de noviembre del año pasado, lo que me hizo comprender que todo sucede en los tiempos de Dios y no del hombre y, por ello, no puedo negar que me embarga una gran emoción.

Todos estos años de vida dedicados a formar parte del Tribunal Constitucional, me han permitido visualizar, con mayor amplitud y claridad, la evolución de esta institución desde que fue instaurada en 1986, en la que ha habido cambios sustanciales, de tipo administrativo, sobre todo en cuanto al uso de las tecnologías de la información y la comunicación se refiere; especialmente, en estos últimos tiempos, con motivo de la pandemia que aqueja al mundo; grandes avances, como lo son el sistema y expediente electrónico, que ha sido todo un largo proceso que viene desde las magistraturas pasadas. Pero, asimismo, todos estos años de experiencia, me dan la solidez para poder afirmar que he advertido,

con mucha preocupación, como también así lo ha percibido la sociedad, los cambios y transformación que, en el ámbito jurisdiccional, ha tenido el Tribunal, en los últimos años. Por lo que, siendo hoy un día muy significativo en la historia del país, en el que asume un nuevo Tribunal el ejercicio de la Octava Magistratura, me permitiré realizar algunas reflexiones en torno a lo que siempre he afirmado y considero que debe ser la función primordial de la Corte de Constitucionalidad en un sistema republicano de gobierno, en tutela de los principios y derechos que lo caracterizan, tales como la separación de poderes, la participación política activa de los ciudadanos, la libertad, el imperio de la ley y la igualdad ante la misma, entre otros.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, derivada del modelo austríaco de control concentrado de constitucionalidad, fue concebida por la Constitución Política de la República, así como por la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, hace más de 35 años ya, como un tribunal permanente, de jurisdicción privativa, con la integración y funciones que la propia Constitución Política de la República de Guatemala le asigna.

Este diseño de control constitucional fue catalogado como un gran avance, siendo Guatemala uno de los pioneros en América Latina, al adoptar el sistema de control de constitucionalidad mixto, con la existencia de un Tribunal especializado, con determinadas competencias, pero también delegando dicha tarea a los tribunales de justicia ordinaria, al establecer en el artículo 204 constitucional que, en toda resolución o sentencia, estos observarán obligadamente el principio que la Constitución de la República debe prevalecer.

Por ello, resulta lamentable ver que, recientemente, se han vertido opiniones que afirman que dicho sistema de control constitucional debería desaparecer y, por ende, la existencia de un Tribunal especializado para ello, lo que resultaría un retroceso inconcebible; pero, en determinado momento, comprensible, para aquellos que estiman que, en los últimos años, el Tribunal Constitucional se ha apartado del objeto primordial para el cual fue instaurado, lo que ha venido a socavar su imagen y credibilidad, soslayándose la gran importancia que su histórico desempeño, a través de los años, ha merecido. Cabe evocar la labor de ilustres y valientes juristas que, en el pasado, han integrado este Tribunal, sin perjuicio de las ideologías políticas y credo religioso que han profesado.

En ese orden de ideas, me veo en la imperiosa necesidad de enfatizar, que la función esencial, que constitucionalmente le ha sido asignada, a la Corte de Constitucionalidad comprende “La Defensa del Orden Constitucional y prevalencia del principio de Supremacía de la Constitución”, que debe entenderse como el conjunto de mecanismos que la propia Ley Suprema contempla para hacer efectivos sus mandatos, asegurar de manera eficaz sus disposiciones y los límites al ejercicio del poder que impone.

El principio de Supremacía Constitucional exige el respeto irrestricto del contenido de la Constitución Política de la República, respecto a la garantía de los derechos y libertades fundamentales y las normas que regulan la organización y funcionamiento del Estado.

Esa tarea fundamental debe ser llevada a cabo por la Corte de Constitucionalidad, mediante la emisión de criterios estrictamente jurídicos, pero sin apartarse del ámbito político, por ser, “precisamente”, el guardián, no de cualquier ley ordinaria, sino de la Constitución “Política” de la República, ello en aras de la obtención del fin último perseguido por el Texto Supremo, que afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, siempre, con las limitaciones que la propia Constitución impone, pero sobre todo, con absoluta independencia y desapego de las ideologías que los magistrados que la integramos, como personas, poseamos, pues como bien lo afirma mi buen amigo, ex Magistrado de esta Corte y ex Presidente de la República, Alejandro Maldonado Aguirre, al referirse a la vocación de la magistratura de lo constitucional, “...*está integrada por seres humanos dotados de su propia formación, sus experiencias y sus ideales; asimismo, rodeados de adhesiones y de suspicacias. (...) **La aptitud jurídica del juez constitucional no excluye su necesaria formación política, que le dote de esa ‘sensibilidad’ para arbitrar las grandes corrientes de la pugnacidad ideológica***”.<sup>2</sup> (Las negrillas no aparecen en el texto original).

Esto significa que el magistrado constitucional no debe sucumbir ante sus inclinaciones, predilecciones e intereses personales, sino siempre debe seguir su verdadera vocación jurídica de ser juez y árbitro de los conflictos puestos a su conocimiento, “pero jamás parte de ellos”.

2 Maldonado Aguirre, Alejandro. “Convicción de Justicia” (Publicación del “Proyecto para el Desarrollo de la Justicia Constitucional y los Derechos Humanos en la República de Guatemala”, 1998).

Nuestra Carta Magna, en sus artículos 140 y 141, establece que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, que se organiza para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades, que su sistema de gobierno es Republicano, Democrático y Representativo, que la soberanía radica en el pueblo, quien, para su ejercicio, la delega en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, siendo la subordinación entre los mismos prohibida. También regula, como parte de la estructura del sistema Republicano, las funciones que corresponden a cada uno de esos tres organismos y a otros órganos del Estado, incluyendo los denominados órganos de control, tal es el caso del máximo órgano de control constitucional en el país, **-la Corte de Constitucionalidad-**.

De esa cuenta, con fundamento en la propia Constitución, corresponde a cada órgano del Estado delimitar el contenido y alcance de las atribuciones que le competen y la función de esta Corte debe, en todo caso, circunscribirse a intervenir, cuando las atribuciones de aquellos, exceden de lo establecido en la ley, siempre velando porque la forma de resolver el conflicto no conlleve inobservancia de las competencias que la propia Norma Suprema le ha dado a los diferentes órganos del Estado.

En toda decisión, la Corte de Constitucionalidad debe respetar las competencias intrínsecas de los otros poderes públicos, realizando un análisis interpretativo, con objetividad, para que su actuación, al intentar reconducir actos, no se torne en vulneración de otros derechos o en invasión de sus competencias. La Corte debe evitar, a toda costa, el activismo judicial, que termine desbordando sus funciones propias y debe tener siempre presente que sus resoluciones, ante todo, han de propiciar seguridad jurídica. Por lo que, en casos de alto contenido político, debe tener en cuenta los efectos de sus decisiones sobre la división de poderes y el buen funcionamiento del Estado, aspectos que, con la emisión de algunos fallos, ha sido, más de una vez, inobservado, en los últimos años, provocando intromisión en las políticas públicas propias de los diferentes órganos del Estado.

Al respecto, traigo a cuenta lo manifestado por Jorge Carpizo, quien durante décadas fungió como profesor de Derecho e investigador en la Universidad Autónoma de México y que, en una de sus obras, refiere: *"Más allá de los límites que el tribunal tiene como cualquier órgano*

de poder, **resulta muy importante que sepa ‘autolimitarse’, [...] que el activismo judicial ‘no sea desbordado’, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales**”.<sup>3</sup> (El resaltado y comillas no aparecen en el texto original).

Resulta innegable que esta Corte, a lo largo de su historia, ha dictado fallos importantes en el ejercicio de su función jurisdiccional, que han ido de la mano con la evolución de la sociedad guatemalteca, ante la necesidad de adecuar el ordenamiento jurídico constitucional a la realidad, no solo nacional, sino globalizada, mediante la utilización de los diferentes principios, métodos y sistemas interpretativos en el ámbito de la justicia constitucional.

Muestra de estos avances jurisprudenciales, lo constituye el cúmulo de sentencias que han sido emitidas en las magistraturas pasadas, en las que se ha puesto de manifiesto la aplicación de estándares internacionales en materia de Derechos Humanos, en ejercicio del control de convencionalidad y reconocimiento e incorporación del Bloque de Constitucionalidad a la Constitución Política de la República, en un plano de igualdad.

En ese sentido, resulta incuestionable la necesidad de la aplicación de esta normativa internacional, pero ello exige un alto grado de ponderación de los valores en conflicto, y este Tribunal debe siempre buscar la prevalencia del equilibrio entre los mismos, evitando la conflictividad y coadyuvando con la paz social.

De esa cuenta, es que, al llevar a cabo la ponderación que eventualmente corresponde hacer a esta Corte, siendo esta un método que sacrifica la aplicación de un derecho constitucional frente a otro, la función que debe corresponder al Tribunal Constitucional es la de generar el menor impacto negativo posible, –no provocar más desempleo y la separación de familias, con el cierre de empresas, pero a la vez, coadyuvar con la conservación del medio ambiente, sin mermar la recaudación tributaria–, entre otros elementos; lo que parece no haber sido tomado en cuenta, principalmente en la aplicación del Convenio 169 de la OIT, pues

---

3     Carpizo, Jorge. El Tribunal Constitucional y el Control de la Reforma Constitucional, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, volumen 42, número 125, año 2009, página 758.

siendo inevitable la explotación de recursos e innegable el derecho de consulta a los pueblos, lo que sí resulta inaceptable es la ideologización y politización de los procesos.

El Tribunal Constitucional, insisto, debe ser meticuloso y abstenerse de hacer acopio de esos estándares internacionales en materia de derechos humanos “a conveniencia y a la medida”. Tal es el caso, también, de la interpretación restrictiva, contraria al principio *pro homine* (entiéndase, en favor de la persona), que sobre el derecho de elegir y ser electo, como parte de la participación política activa de los ciudadanos en un sistema Republicano y Democrático de Gobierno, ha sido realizada en los últimos años, haciendo nugatorio tal derecho y la aplicación de los referidos estándares, en especial en lo relativo al libre ejercicio de los derechos cívicos y políticos de la población.

Si bien el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad faculta al Tribunal Constitucional para poder separarse de su propia jurisprudencia, ello debe ser producto de una innovación debidamente razonada y no resultado de una aplicación selectiva, casuística o caprichosa.

Por ello, considero de vital importancia que en la Octava Magistratura se fortalezca la Unidad de Jurisprudencia y Gaceta de la Corte, a efecto de poder llevar a cabo una revisión cuidadosa de los diferentes criterios emitidos y una eficaz y verdadera clasificación de los fallos, la jurisprudencia y doctrina legal sentada, para hacerla verdaderamente accesible y comprensible al usuario.

De igual manera, resulta necesario que se continúe fomentando la excelencia y fortaleciendo el prestigio del Tribunal, por lo que deberán privilegiarse los procesos de formación y profesionalización; así también, considero de mucha relevancia el que se retome la publicación periódica de obras de diferentes autores en materia constitucional, denominada Opus Magna Constitucional, todo ello por medio del Instituto de Justicia Constitucional, creados ambos, precisamente, en la Quinta Magistratura, bajo la Presidencia que, en dicha oportunidad, ejercí.

Al igual que lo hice la primera vez que integré este Tribunal, manifiesto mi fiel compromiso que durante el año que me ha sido encomendada la tarea de presidirlo, serán optimizados los recursos, se garantizará la transparencia, así como la independencia funcional de los

Magistrados que lo integran. En ese sentido, quiero ser enfático en que el combate frontal a la corrupción “no tiene ideología, ni bandos”, como se ha pretendido hacer creer.

Quienes hemos sido designados para ocupar la Octava Magistratura, no venimos a formar parte de la denominada “Corte Celestial”, pero sí somos un grupo de hombres y mujeres, profesionales del derecho, comprometidos con nuestro país, con valores éticos y morales, dispuestos a enfrentar el gran reto que asumimos hoy al integrar este Tribunal, con mucha fe y esperanza puesta en Dios, para poder ejercer nuestra tarea con sabiduría, templanza y prudencia, pero sobre todo, con independencia, imparcialidad y valentía, para que la Corte de Constitucionalidad retome el importante rol y la preponderancia que, en el ordenamiento jurídico estatal, le corresponde, cumpliendo con su fin esencial y último, especialmente en este complejo y tan convulsionado tiempo por el que atraviesa nuestro país, tanto desde el punto de vista social, como jurídico y político, dejando claro que si bien la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece que los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad no podrán ser perseguidos por la opiniones expresadas en el ejercicio de su cargo, ello, “bajo ningún concepto”, significa que seamos superiores a la ley y que no estemos sujetos a la misma, pues debemos ser responsables de nuestros actos y de la función pública y jurisdiccional que ejercemos.

Estoy convencido que hablo también por mis colegas magistrados y magistradas, a quienes, desde mi experiencia, ofrezco mi apoyo y compromiso porque trabajemos y enfrentemos juntos el gran desafío de esta Magistratura, para poder cumplir con nuestra labor, emitiendo fallos sólidos y debidamente fundamentados, en aras de la certeza y seguridad jurídica que debe prevalecer en un Estado de Derecho, revisando la jurisprudencia existente, de cara al desarrollo económico, político y social del país, sin ceder, ni sucumbir ante las presiones internas y externas, nacionales y extranjeras, y dejando de lado, como ya lo manifesté, la pugna ideológica y la polarización; sin embargo, será innegable que habrá momentos en que alguno de nosotros tenga que disentir de las decisiones asumidas mayoritariamente, para lo cual contamos con el ejercicio del derecho a razonar nuestra opinión y darla a conocer, lo que promueve y enriquece la discusión jurídica en la toma de decisiones y resolución de los casos cuyo conocimiento compete a este Tribunal.

Hoy, sin duda, es un gran día, ya que da inicio una nueva etapa en la senda constitucional del país.

Reitero nuestro compromiso de velar, desde esta Corte, por el cumplimiento de la tarea esencial que le ha sido encomendada y, si no fuera así, que la Patria nos lo demande.

¡Muchas Gracias!

## II. Sección especial

*Centésimo aniversario del surgimiento de la institución del  
amparo en el constitucionalismo guatemalteco*



# El amparo desde un perspectiva de género

## *Amparo from a gender perspective*

Dina Josefina Ochoa Escibá<sup>1</sup>

### Resumen

La garantía constitucional del amparo por el ámbito amplio para su aplicación y la importancia en los derechos humanos y en especial los derechos humanos de las mujeres, al incorporar la perspectiva de género, como una herramienta de análisis para el fenómeno legal, contribuye a reforzar esta garantía de tutela, utilizando la *metodología con perspectiva de género*, que ha planteado Alda Facio, cuestionando diversas formas de sexismo en el marco de la igualdad y no discriminación y al mismo tiempo va desarrollando sentencias emblemáticas que conlleva no solo un impacto entre las partes, sino además en la sociedad.

La intención en este ensayo de presentar los diversos sexismos que plantea Facio en su obra, para ser aplicados como una herramienta de apoyo para la atención del amparo en un caso determinado, permite identificar los diversos sexismos que pueden presentarse como el androcentrismo, dicotomismo sexual, insensibilidad al género, la sobregeneralización, la sobrespecificidad, doble parámetro, familismo entre otros y que al ser aplicados en el análisis de las sentencias, van incidiendo en la protección de derechos.

**Palabras clave:** Derechos humanos, el amparo, Análisis de género, fenómeno legal, sexismos, constitucionalismo, jurisprudencia.

### Abstract

*The constitutional guarantee of legal protection by the broad scope of its application and the importance of human rights and especially women's rights, by incorporating the gender perspective, like an analysis tool for this legal phenomenon, contributes to reinforce this guardianship, using the methodology*

---

<sup>1</sup> Magistrada titular de la Corte de Constitucionalidad. Vicepresidenta de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional. Doctora en Derecho, Universidad Mariano Gálvez. Maestra 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.

*with a gender perspective proposed by Alda Facio, questioning various forms of sexism within the framework of equality and non-discrimination and at the same time developing emblematic sentences that entail not only an impact in the parties involved but also in society.*

*The intention of this essay is to present the various sexism the Facio raises in her work, to be applied like a support tool to the care of the legal protection in a given case, allows to identify the various sexism that can be presented as androcentrism, sexual dichotomism, insensitivity to gender, overgeneralization, over-specificity, double parameters, familism, among others, and when applied in the analysis of sentences have an impact on the protection of rights.*

**Key words:** *Human rights, the amparo, gender analysis, legal phenomenon, sexism, constitutionalism, jurisprudence.*

---

## SUMARIO

El Amparo en Guatemala – La importancia de juzgar desde una perspectiva de género – Amparo, Derechos Humanos y Género – Formas de sexismo – Jurisprudencia de la Corte IDH.

---

# El amparo desde una perspectiva de género

## *Amparo from a gender perspective*

Dina Josefina Ochoa Escribá

### Introducción

El ensayo que se presenta para la sección especial de ***Opus Magna Constitucional Tomo XVII, dedicado al 100°. Aniversario de la inclusión del amparo en el ordenamiento jurídico guatemalteco,*** tiene la intención de compartir inquietudes que en el ejercicio de la carrera judicial que he realizado por varias décadas y hoy ante el máximo órgano constitucional, deseo dejar en estas líneas un aporte para repensar y debatir sobre la perspectiva de género, la igualdad y no discriminación, los derechos humanos y su impacto en la garantía constitucional del amparo y poder iniciar una línea de atención constitucional desde una nueva visión, para continuar ofreciendo una respuesta a las demandas de las mujeres que al ser afectadas necesitan de una tutela judicial efectiva.

El amparo como instrumento de protección de derechos humanos constitucional, es el mecanismo de protección judicial de los derechos fundamentales, y su evolución es importante para restituir a las personas afectadas en el goce de sus derechos humanos que hayan sido vulnerados, donde las mujeres en particular presentan tratos diferenciados que conllevan a una atención inclusiva.

### El Amparo en Guatemala

Los derechos humanos en el mundo han sido un reto que se ha venido construyendo por generaciones, no solo para reconocerlos, sino para respetarlos y protegerlos, es por ello que el desarrollo del Derecho Constitucional es elemental en el avance y fortalecimiento de los

derechos fundamentales, siendo así que el amparo, instituido en 1921 como una institución jurídica con una evolución constitucional y de derechos humanos, diseñada para brindar protección a una población conformada por mujeres y hombres, pero que en el ejercicio del mismo, ante las asimetrías de roles de género, es necesario incorporar la perspectiva de género en el amparo y con ello un eficaz acceso a la justicia. Este ensayo, va enfocado a dar a conocer que es posible analizar y resolver un amparo aplicando la perspectiva de género, la cual impacta de manera diferenciada en los derechos humanos de las mujeres, permitiendo que los efectos que se atienden entre las partes involucradas en el proceso, trascienda también en la sociedad, registrando criterios significativos y diferenciados.

Al juzgar desde una *metodología de género* es posible identificar elementos que se presentan y que denotan un trato inequitativo entre mujeres y hombres, garantizando el derecho a la igualdad y no discriminación en la defensa de sus derechos humanos, posicionando criterios jurisprudenciales.

La y el legislador constituyente cuando redactó en el texto constitucional lo referente a la justicia constitucional guatemalteca (de 1985), estableciendo garantías constitucionales y defensa del orden constitucional para la protección de los derechos humanos de la población, garantizando derechos individuales como sociales, donde el derecho a la igualdad y no discriminación, es imprescindible, convirtiéndose en un mandato para tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, por ello este derecho no puede concretarse respecto de quienes estén en contextos diferentes fundamental en la búsqueda de justicia.

El amparo ha sido pensado en un momento histórico como en el resto de países, como una protección para la persona humana, que marcó un fortalecimiento de los derechos humanos, es el momento de avanzar para el ejercicio de estos derechos en especial para aquellos grupos humanos en condiciones de vulnerabilidad, ubicándose entre este, a las mujeres a quienes históricamente se les ha asignado roles diferentes respecto a los hombres con ideas distorsionadas, lo que ha llevado a mantener la supremacía de los hombres y la subordinación y discriminación para las mujeres, por ello la importancia de *la perspectiva de género* en la labor jurisdiccional constitucional para equiparar y compensar donde existen asimetrías basadas en género.

El amparo instituido en nuestro país a partir de 1921, y “en las constituciones posteriores de 1956 y 1965, se regula el derecho a pedir amparo, el que deberá plantearse como un recurso, sin embargo, sufre una transformación profunda en la Constitución Política de 1985 al disponer en el artículo 265: [**Procedencia del amparo.** Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan...]. (Gutiérrez. 2003:11).

El proceso de amparo es amplio, atendiendo la protección de derechos constitucionales y partiendo del Art. 1 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual ensancha el marco convencional<sup>2</sup> ratificado por el Estado de Guatemala, donde los derechos de las mujeres se han reconocido y protegido a nivel internacional, sin embargo en la historia de la justicia constitucional guatemalteca, las garantías constitucionales enmarcadas principalmente en el amparo y de inconstitucionalidad, cuando se trata de derechos de las mujeres, estos han tenido avances y retrocesos, por lo que su protección ha sido gradual.

## La importancia de juzgar desde la perspectiva de género

La normativa de todo orden ha sido construida jurídica y socialmente desde la neutralidad de la ley y el positivismo del Derecho, es decir sin una diferencia por su condición de sexo, es así que la neutralidad de la norma ha estado presente en el Derecho, los derechos humanos, y el Derecho Constitucional teniendo como antecedente: *la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Declaración de los Derechos Humanos Universales*, -1948. Actualmente en varios países de América Latina se han iniciado procesos para atender la

2 Conforme al Art. 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los tratados, convenciones y convenios sobre derechos humanos, prevalecen sobre el derecho interno, Dichos tratados ingresan a la legislación interna una vez hayan sido ratificados por el Estado de Guatemala. Conforme a este artículo el Dr. Villegas Lara resalta en su obra sobre la Teoría de la Constitución que “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” resaltado en el expediente 1822-2011, fecha de sentencia el 17/7/2012. (2017:118)

redacción de nuevas constituciones o reformas a la misma, introduciendo la incorporación de la perspectiva de género, y observando el marco convencional específico, principalmente la *Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer –CEDAW–* y la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Belém Do Pará–* que permita desarrollar cambios en el pacto político aportando para su desarrollo la aplicación de la metodología de género, que Chile recientemente está impulsando.

Estos cambios tienen la intencionalidad de atender y aportar elementos desde una visión diferencial de factores como: situaciones de poder por razón de sexo, estereotipos, situaciones de vulnerabilidad, discriminación por razón de sexo, para la protección de los derechos de las mujeres, poniendo en práctica insumos teóricos considerados desde la teoría de los derechos humanos con el fin de restituir derechos.

La metodología de género es una de las diversas herramientas que se ponen en práctica y que se ha venido desarrollando con aportes de la Academia y de feministas para diversas disciplinas y en particular el Derecho, que, desde el pensamiento ilustrado, reescribieron la utopía de los derechos humanos, incorporando fundamentalmente el principio de igualdad y no discriminación, elemental para la lucha por erradicar la discriminación de las mujeres.

Esta metodología busca explicar las concepciones sobre lo que significa ser mujer y ser hombre, los roles y papeles diferenciados de una y otro, la dicotomía de lo público y lo privado y las actividades que los hombres y las mujeres llevan a cabo en cada uno de esos espacios en diferentes épocas de la humanidad, marcadas por clases, etnia, edad, entendido esto como la interseccionalidad<sup>3</sup> y con ello aumentando la situación de vulnerabilidad. Esta metodología pretende “identificar que los sexos no solo se clasifican a partir de los criterios biológicos, sino también y fundamentalmente a partir de los rasgos construidos desde lo cultural, surgiendo un conjunto de cuestionamientos en torno a las consecuencias que ello conlleva”. (Suprema Corte de Justicia México. 2020:79).

---

3 La Interseccionalidad es la herramienta metodológica, que nos permite comprender cómo se cruzan y concurren tanto en una persona como en un colectivo, diferentes categorías de discriminación como la edad, sexo, origen étnico, discapacidad, identidad sexual entre otros, explicando un sistema complejo de opresión simultánea y múltiple.

Esta herramienta es crítica al analizar las relaciones de poder entre hombres y mujeres y de la discriminación que impacta en las mismas, estimándose como un atributo deconstructivista, que aporta un análisis de todo conocimiento aprendido *como neutral*, para luego reconstruirlo sobre nuevas bases distintas tendientes a eliminar las relaciones de poder desiguales y los abusos de poder entre los sexos, donde el conocimiento y las prácticas institucionales han legitimado y naturalizado.

Respecto al análisis del Derecho y en caso particular, respecto al amparo, se presentan determinados factores, como los estereotipos<sup>4</sup>, y roles de género<sup>5</sup>, que permiten identificar cómo las estructuras, las instituciones jurídicas y la sociedad influyen en los derechos de las mujeres, ubicándolas en una situación y posición de desventaja, permitida por la sociedad y el Estado, comprobando al mismo tiempo las formas de exclusión que sufren las mujeres, pero a la par de su crítica, propone formas equitativas para una justicia real, modificando las costumbres machistas en las sociedades, para ello, se menciona a manera de ejemplo, la violencia contra las mujeres en sus diversas manifestaciones, donde las relaciones de poder están inmersas entre el agresor y la víctima (mujeres, niñas y niños), manteniéndose en un miedo invencible ante el temor a ser agredida nuevamente. La importancia de la *metodología de género* del fenómeno legal, planteada por Alda Facio en su libro *Cuando el género suena cambios trae*, (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal) tiene la intención de analizar y comprender la realidad y replantear posicionamientos rígidos manifestados en sexismos que más adelante se desarrollaran con mayor particularidad, he considerado sustancial estos aportes para ser aplicados en el amparo. Alda Facio nos explica en su obra, que tanto la legislación como el Derecho, se encuentra integrado por normas que han sido formalmente promulgadas (*componente formal normativo del derecho*), “surgidas del proceso de selección, interpretación y aplicación de leyes (componente estructural o derecho judicial) y las reglas informales, las creencias y la doctrina que determinan quién, cuándo y cómo se tiene acceso a la justicia y qué derechos tiene cada cual (componente político cultural o derecho social)” (Facio. 2004: 1).

---

4 Conforme a la DRAE, un estereotipo es la imagen o la idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable. Los estereotipos de género se traducen en la preconcepción de atributos o características poseídas y asignadas para hombres y mujeres, por ello se dice que la subordinación de las mujeres está basada en estereotipos de género que socialmente son dominantes.

5 Son las tareas o actividades que se espera desarrolle una persona por el sexo al que pertenece.

Explica además que, en la dinámica de estos componentes, se dan una serie de características de comportamiento y roles dicotómicos de hombres y mujeres generándose un problema de discriminación contra las mujeres específicamente, ya que estas se mantienen bajo un menor valor y en muchos casos sin ninguno. Por ello, Facio dice que “el Derecho desempeña un papel importante en estas relaciones de género [...] sexo género, con relación a las mujeres, son fusionados en un solo concepto: el sexo femenino entendido como un hecho natural histórico e inmutable. Con relación a los hombres, en cambio, el tema no tiene importancia porque este los mira como comprendidos dentro de su “sujeto único” (2004:3).

Pensar en términos del sujeto aparentemente neutral –la neutralidad –conlleva además que el hombre al ser percibido por en el Derecho como modelo de lo humano y con ello “todas las instituciones creadas socialmente, responden a sus necesidades e intereses y si bien en algunos casos suponen las necesidades de las mujeres, lo que amerita cambios desde varios componentes.

La importancia de la perspectiva de género conlleva atender aquellas situaciones que a pesar de no acreditar una situación de poder o bien un contexto de violencia, sí puede advertir la posibilidad de que exista un trato diferenciado basado en género, la cual puede ser expresada generalmente a través de estereotipos o roles de género que pueden estar implícitos ya sea en una norma, prácticas institucionales o sociales que impactan en la vida de las personas al momento de hacer una valoración, por ello la importancia de lo expresado por Facio al indicar que “si reconocemos que una ley que se pretende neutral pero que tiene efectos discriminatorios es una ley discriminatoria en sí, como bien lo define la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, podemos afirmar que para sostener que una ley es discriminatoria no es necesario que la discriminación esté en la letra de la ley. Es discriminatoria si tiene efectos discriminatorios, [...] para decidir si una ley es discriminatoria, hay que analizar sus efectos, no solo su redacción” (2004: 65).

Frente a esta neutralidad es “posible advertir dos maneras en que se manifiesta la obligación de evaluar la neutralidad de las normas jurídicas que sirven de base para resolver una controversia. En primer lugar, dicha obligación se proyecta en el deber que tienen las juezas y

los jueces de *interpretar* las disposiciones jurídicas tomando en consideración el posible impacto diferenciado que estas pueden tener en ciertos grupos de personas, debido a la forma particular en la que incide el género en el caso concreto. En este supuesto no está necesariamente en duda la constitucionalidad de la disposición normativa –ya sea porque no está impugnada o el texto imposibilita varias interpretaciones–, más bien, de lo que se trata es de evitar que se elija una interpretación que, dadas las características del caso, pueda proyectarse de manera diferenciada afectando en mayor medida a las personas de un género”. (2020:211)

Si bien el alcance de este segundo aspecto para evaluar la neutralidad es aplicable a la inconstitucionalidad, es importante tenerlo como un referente de análisis, es por ello que en “segundo lugar, dicha obligación se traduce en el deber que tienen las personas juzgadoras de analizar propiamente la constitucionalidad de una disposición normativa, ya sea porque se alegó por alguna de las partes o porque la autoridad jurisdiccional advirtió de oficio un posible trato diferenciado basado en el género o cualquiera de sus expresiones. Aquí, el estudio se centra en la conformidad entre el texto normativo y el bloque de constitucionalidad, lo cual implicará para la autoridad jurisdiccional la obligación de llevar a cabo una serie de pasos que le permitirán determinar si el precepto legal es constitucional o no y si, en todo caso, debe ser inaplicado en el caso específico” (2020:211).

De tal manera que la perspectiva de género al ser aplicado en su razonamiento, permitirá restituir el goce de un derecho humano vulnerado, garantizando el derecho a una vida libre de violencia.

## **Amparo, Derechos Humanos y Género**

Siendo el amparo un mecanismo de protección y de restitución de derechos, el máximo tribunal constitucional al atenderlos debe considerar la *perspectiva de género*, que reconoce el contexto social en que interactúan hombres y mujeres dependiendo de los hechos, las relaciones de poder, la presencia de estereotipos con que se evalúa y se decide judicialmente, las formas de sexismo, la interseccionalidad y la reparación, todo ello en observancia a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.

## Formas de Sexismos

Identificar formas de sexismo<sup>6</sup> a partir de la metodología de género propuesta por Alda Facio, permite analizar de una forma crítica la presencia de prejuicios, estereotipos, roles de género que pueden estar presentes a partir del lenguaje empleado en los fallos por jueces constitucionales, pero lo más importante es aprender a reconocerlos y superarlos en la búsqueda de una protección constitucional para las mujeres, lo que conlleva garantizar y proteger la igualdad y no discriminación por razón de sexo, ante todo cuando los sujetos en controversia denotan contextos de violencia. Esta metodología ha identificado formas o problemas como lo denomina Margrit Eichler<sup>7</sup> de sexismos en su obra *Feminist Methodology*, las cuales se atienden a continuación:

- **Androcentrismo**

De los planteamientos anteriores podemos identificar que la garantía de protección como el amparo, no está apartada de una visión androcéntrica y neutral ya que, si bien el legislador y legisladora constituyente la redactó desde un derecho humano, no se alejó de un lenguaje neutral como se observa en el artículo 265 Procedencia del Amparo<sup>8</sup>, que expresa:

Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

La neutralidad del lenguaje tanto el Derecho en general como los derechos humanos han venido aplicando posterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos el término “*persona*” en sustitución

6 Es un término que surgió en 1965 y que acuñó Pauline Leet, y que significa la discriminación basada en el sexo, por creencias basadas en mitos de superioridad de hombres sobre mujeres, generando privilegios y subordinación.

7 Margrit Eichler, “Feminist Methodology” en *current Sociology*, abril 1997, Vol. 45, pp.20-22 en <http://csi.sagepub.com/content/45/2/9>

8 “Para lograr la tutela del amparo, es preciso no solo que las leyes, resoluciones, disposiciones o actos de autoridad lleven implícito violación de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan, sino que con ello se cause o se amenace causar agravio a los derechos del postulante y que estos no pueden repararse por otro medio legal de defensa” Expediente 4254-2008. Fecha de sentencia: 22/10/2009. “El amparo tiene dos funciones fundamentales: una preventiva y otra restauradora [...] ver Exp. 3334-2006. Fecha de la sentencia 22/03/2007.

de la palabra “hombre”,<sup>9</sup> entendida como sinónimo del uso del sustantivo masculino cuando hace referencia a grupos mixtos, de igual manera “el emplear palabras en género masculino para generalizar, es una práctica androcéntrica” (2020:239) el cual mantiene connotaciones distintas para su aplicación y protección, ya que invisibiliza y excluye a las mujeres.

Por ello la importancia de utilizar un lenguaje incluyente o inclusivo, pensado como “**un ejercicio integral que requiere entender la discriminación, las desigualdades entre géneros y las relaciones de supra-subordinación**”, evitando utilizar palabras en masculino para generalizar en la argumentación de los hechos, reforzando una mala práctica en el lenguaje androcéntrico. (2020:238)

Al ser entendida como sinónimo del uso del sustantivo masculino cuando hace referencia a grupos mixtos, se plantea una dificultad para las mujeres de poder acceder a la justicia y a una tutela para que se le restituya sus derechos como en primera persona y también en los casos de plantearlo en protección de sus hijas e hijos, ya que en la elaboración de manera neutral /masculino, mantiene intacta la estructura de género, donde las mujeres se mantienen en un nivel de subordinación, en relación a los intereses de los hombres, por ello la necesidad de contar con una estrategia de acción afirmativa en la atención de procesos de Amparo cuando se observa en determinados casos, relaciones de poder, subordinación, desvalorización y estereotipos. En el ejercicio jurisdiccional constitucional una sentencia tiene un impacto al consignar las concepciones sexistas, discriminatorias identificadas en el proceso, traduciéndose la misma en buenas prácticas judiciales con perspectiva de género.

El androcentrismo es una de las formas más generalizadas de sexismo, que consiste en ver al mundo desde lo masculino tomando al hombre como parámetro de lo humano, y que en muchas ocasiones desde este parámetro se reproduce la **misoginia**<sup>10</sup> o bien la **ginopia**<sup>11</sup>, como formas extremas de sexismo en el quehacer jurisdiccional, por ejemplo en asuntos de convivencia de hijas e hijos o alimentos, donde no se atienden situaciones de poder, tratos diferenciados por razón de género o estereotipos entre otros, en el que el sujeto central para resolver

9 Ver Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

10 Odio o desprecio a lo femenino.

11 Imposibilidad de ver lo femenino o imposibilidad de aceptar la existencia autónoma de personas del sexo femenino.

es el hombre, no observando en términos de igualdad sustantiva las implicaciones que tiene en las mujeres (invisibilizar el tiempo de cuidado, el interés superior del niño, la triple o más jornadas de las mujeres en relación a los hombres).

Este sexismo se traduce en percibir el mundo y lo que sucede en él desde el parámetro del hombre, visto como lo humano, asumiéndose que es el centro de estudio o de análisis, relegando a las mujeres, o en todo caso se les toma en cuenta, pero en función de lo masculino. Con ello “al estudiar un fenómeno las soluciones se plantean desde el punto de vista de los hombres, a pesar de que sean aplicadas a ambos grupos y no se hayan considerado a las mujeres y las minorías sexuales” (2020:77)

- **Familismo**

El familismo se traduce en asociar a las mujeres con la familia, girando sus necesidades en torno a ella, pensando que las mujeres existen en función de la familia y no como seres individuales y autónomos.

Esta forma de sexismo identifica a una mujer-persona humana, con mujer familia, es decir que al hablar de las mujeres siempre se les relaciona con la familia, como si su papel dentro del núcleo familiar es lo que determina su existencia y con ello sus necesidades para ser tomada en cuenta. El familismo determina a la mujer como única responsable del cuidado del hogar enmarcándola como –el deber ser de la mujer– convirtiéndose en sinónimo de familia y con ello las necesidades propias quedan postergadas al priorizarse las familiares.

Cuando un tribunal constitucional conoce de una apelación de amparo donde se dan situaciones asimétricas que requiere protección y revisa lo actuado es probable que identifique esta forma de sexismo (A manera de ilustración puede darse en el caso que una mujer reciba un maltrato constante y los hijos se encuentren con minoría de edad y quiera separarse, la familia y la sociedad le recrimina cualquier acción que tome con la separación y oportuno divorcio. Otro caso sería, cuando una niña haya sido abusada sexualmente y tenga hijos con el agresor). En tales ejemplos que se ilustran brevemente, es notorio que está presente el *familismo* donde se valora a la mujer como base de la familia y de los lazos familiares, asignándole la responsabilidad de la unidad familiar y de responsabilizarla de la desintegración de la familia, sin importar que lo sucedido es un “delito”, relegando a la “mujer-niña” a un segundo plano “invisible”.

De esta manera, se podría establecer que la sociedad, la familia y algunas autoridades, deciden bajo el estereotipo del familismo, pretendiendo que la víctima mantenga un comportamiento socialmente aceptable en una mujer casada, vulnerando su libertad a vivir una vida libre de violencia.

Yadira Calvo explica que el familismo es una forma de sexismo derivada de la insensibilidad acerca del género, consistente en tratar a la familia como unidad de análisis, sin tener en cuenta que un mismo problema puede afectar de manera distinta a los miembros que la integran traduciéndose en una invisibilización de la mujer. (2012:105).

En el marco del familismo, se puede observar la sentencia emitida por esta Corte en el expediente 6152-2017 de fecha 11 de octubre de 2018, apelación de amparo solicitado por el Ministerio Público contra la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, donde la autoridad cuestionada decretó falta de mérito a favor del sindicado por el delito de violación con agravación de la pena, aduciendo el consentimiento de la víctima niña menor de edad (en ese momento tenía trece años) para sostener relaciones sexuales. La Sala consideró que como resultado de la convivencia la niña quedó embarazada en dos oportunidades, por lo que continuar con la persecución penal provocaría la desintegración familiar, sustentándose en el preámbulo de la Convención sobre los derechos del Niño que indica [...] “Convencidos de que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad. Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión [...]”.

La Corte determinó que la autoridad reprochada actuó en el uso de sus facultades al confirmar la falta de mérito que decretó el Juez de Primera Instancia a favor del sindicado, indicando que el hecho de que el objeto de su decisión versó acerca de las relaciones de noviazgo sostenidas entre el sindicado y la niña menor de edad, con la que actualmente tienen dos hijos, y con quienes convive familiarmente en la actualidad.

Ante esta decisión, emití voto razonado disidente planteando que en el presente caso se pudo analizar con una perspectiva de género

y equidad, atendiendo las circunstancias propias, enfatizando que los hechos de posible violencia sexual contra la mujer no pueden justificarse desde ninguna perspectiva, ni siquiera, bajo la idea de que estos se reivindican automáticamente cuando ocurren en el seno de una relación establecida de manera voluntaria por la víctima y el agresor. No se puede olvidar que desde la perspectiva de género y de acuerdo a la metodología del género del fenómeno legal el “familismo” ha servido para justificar graves injusticias en el pasado o, incluso, en sociedades actuales que no están sometidas a un orden constitucional basado en los derechos humanos; pensemos, por ejemplo, las leyes que exoneraban al culpable de violación si contraía matrimonio con la agraviada. Cuando me refiero al concepto de “familismo” hago acopio al fenómeno legal que sintomáticamente sufre la sociedad patriarcal que pondera las prácticas de justificación de las violaciones sexuales contra niñas (la unión de la víctima con el victimario) por sobre su derecho de vivir en un ambiente libre de violencia.

En dicho voto se resalta entre varios aspectos, que no se tomó en cuenta el marco convencional específico, por lo que lejos de procurar la protección de una niña que posiblemente fue sometida a actos violentos en su contra, se avaló la justificación social para impedir la continuidad de un proceso penal en el que se descubriera la verdad de los hechos denunciados, estimando que aprobar la convivencia familiar que a la postre puede generar violencia, no solo sexual, sino económica, física y psicológica, coadyuva al androcentrismo como otra manifestación del sexismo que consiste en posicionar al hombre como un prototipo de lo socialmente aceptado, orillando a la mujer y a lo femenino como algo menos importante que merecer menos protección.

- **“Deber ser” de cada sexo**

Margrit Eichler y Alda Facio expresan que este tipo de sexismo se refiere a estimar que ciertas características o conductas humanas son más apropiadas para un sexo que para el otro, como ejemplo se plantea lo relativo a la *violencia* al manifestar que la misma es *normal* en los adolescentes hombres, pero no en las mujeres, enmarcándolo en los roles de género y estereotipos.

ONU Mujeres expresa que esta forma de sexismo “se refiere a las normas sociales y de conducta que, dentro de una cultura específica son ampliamente aceptadas como socialmente apropiadas para las

personas de un sexo específico. Suelen determinar las responsabilidades y tareas tradicionalmente asignadas a hombres, mujeres, niños y niñas. (2016:63)

Existen varias formas calificadas de esta forma de sexismo, al analizar cuando se estima que cada sexo tiene roles asignados que son naturales, sin embargo, en la realidad cuando esto no ocurre, desfigura las conductas, por ejemplo, cuando la mujer asume el trabajo fuera de casa y el hombre se ocupa de estar en la casa y el cuidado entre otros. Esta desconfiguración se da, ya que existe un fuerte predominio de que la mujer tiene la responsabilidad de la atención y el cuidado de los hijos e hijas. Es así que el deber ser de las mujeres y de los hombres, se reitera en el imaginario social y se traslada a los espacios de trabajo, estudio, cotidianidad, cultura, familia y al Derecho, que aún persiste.

- ***Insensibilidad de Género***

Esta forma de sexismo se traduce en no tomar conciencia desde lo personal, que existe discriminación contra las mujeres y que ello implica una forma distinta de percibir la vida propia y la de otras mujeres en todos los ámbitos donde el acceso a la justicia es de relevancia. Lo anterior requiere que en el quehacer jurisdiccional se tome conciencia de lo que “implica conocer y aceptar que la discriminación contra la mujer existe y que debe eliminarse, iniciando con cuestionar el modelo social imperante que tiene al hombre como paradigma de lo humano y por lo tanto merecedor de todos los privilegios, facultado para el ejercicio de los derechos y libertades en detrimento de una igualdad de trato para las mujeres” (Organismo Judicial, Metodología de Género. 2009:23)

Generalmente los procesos, sentencias y resoluciones se redactan desconociendo la variable sexo como una variable que es socialmente válida y con ello los efectos que causa en cada uno son diferentes, porque no se logra identificar los problemas que no se vieron en otras instancias invisibilizando la realidad de las mujeres frente a una situación específica, limitando espacios no solo de acceso a la justicia sino también de acceder a oportunidades.

- ***El Dicotomismo Sexual***

Facio nos explica que tanto hombres como mujeres tenemos características semejantes, sin embargo, desde el dicotomismo sexual,

se conciben y se trata a los dos sexos como diametralmente opuestos y contradictorios, tratándolos como diferentes o contradictorios, sin reconocer que se tienen semejanzas.

La Unidad de la Mujer y Análisis de Género del Organismo Judicial, ha planteado que esta forma de sexismo, se traduce en que “las características atribuidas a los hombres tienen más valor social y que para eliminarla se debe de dar igualdad de trato a los hombres y a las mujeres en las leyes, políticas, educación, salud, trabajo, etc. y no presentarlos como totalmente opuestos, sin ninguna característica semejante” (2009:27).

Para ampliar en este aspecto la abogada Ximena Patricia Ron Erraéz, en su trabajo de investigación sobre estereotipos sexistas en la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, explica que el dicotomismo sexual consiste “en considerar la existencia de solo dos sexos y tratar a estos como diametralmente opuestos, fundamentando tal diferencia de características y atributos en datos presuntamente científicos y comprobados que [...] imponen a las personas categorías binarias opuestas como situaciones correctas. (2012:34)

- ***El doble parámetro***

Este factor en términos de la perspectiva de género, también se conoce como la *doble moral*<sup>12</sup> o *doble estándar*, el cual se ve reflejado cuando se valora una misma conducta, situación o características humanas desde valores diferentes dependiendo de si se es hombre o mujer. Esta forma de sexismo se complementa con el deber ser de cada sexo, principalmente cuando se atiende la violencia contra las mujeres en sus diversas manifestaciones.

Las conductas de hombres y de mujeres se valoran y se aprueban conforme a los prejuicios sexistas que dominan en una sociedad o momento dado, en los diferentes espacios económicos, políticos, culturales, educativos, anulando el reconocimiento y goce de sus derechos, por ello la importancia de que en el ejercicio de la jurisdicción constitucional se tomen en cuenta estas representaciones que muchas veces

---

12 Esta moral que se plantea tiene una aproximación discursiva de los derechos fundamentales, donde mujeres y hombres tienen la posibilidad de ejercer la coparticipación en la construcción de un Estado democrático, sobre la base de libertad e igualdad. Habermas al igual de Peces Barba plantean la ética pública y la ética privada, considerando que estos aportes de género se orientan a ese orden público, basados en la racionalidad y la dignidad humana reflejada en los derechos humanos.

concluyen en discriminación y a la posible violación de los derechos humanos.

- ***La sobregeneralización/sobrespecificidad***

Son formas de sexismo donde es recurrente observar en estudios, análisis, sentencias, dictámenes entre otros, que se analiza la conducta partiendo del sexo masculino, pero los resultados se presentan de forma válida para ambos sexos.

De tal manera que esta visión va distorsionando la realidad en que interactúan hombres y mujeres y refuerza el sexismo, dentro de ellos, podemos percibir cuando se presenta el comportamiento humano de uno de los dos sexos pero en realidad es de ambos sexos, una situación común lo vemos en los planteamientos de la necesidad que tienen las hijas y los hijos del cuidado de la madre, pero en la realidad se debe de plantear la importancia de la presencia tanto de la madre como del padre en el cuidado dando con ello la especificidad para el sexo femenino “la madre” pero que las obligaciones responden para los dos sexos (padre y madre), por ello esta forma de sexismo se refleja particularmente en lo relativo a la familia.

Otro referente lo vemos en la elaboración de leyes promulgadas, la sobregeneralización está presente ya que mantienen una redacción en masculino para referirse a ambos sexos, lo que hace muy difícil conocer cuándo está excluida la mujer, si no recurrimos a un estudio desde el enfoque de género.

La lucha por visibilizar a las mujeres en el lenguaje ha llevado a contar con normas específicas donde la redacción es incluyente y en otras aún vemos que el adicionar un artículo para visibilizar a las mujeres aunque todo el texto se mantenga con un lenguaje masculinizado aún persiste, por ejemplo en el Código Municipal (Decreto del Congreso 12-2002), observamos que el Art. 36 numeral 9, relacionado a las organizaciones de Comisiones y el Art. 94 Quater que se relaciona a la capacitación técnica y actualizada sobre el manejo del Clasificador Presupuestario con Enfoque de Género.

En el Art. 96 Bis, se crea la Oficina Municipal de la Mujer y finalmente en el Art. 176 que establece que *las normas de dicho código se asume el concepto de equidad de género, entendido como la*

*no-discriminación de conformidad con lo dispuesto en el Art. 4º. constitucional.* En este sentido podemos decir que, si bien estos cambios normativos parten de que hombres y mujeres son iguales y están incluidos en el término genérico, pero se sigue atendiendo desde el modelo masculino.

Lo antes descrito nos lleva a concluir que aplicar la perspectiva de género en la labor jurisdiccional constitucional permite no solo atender la diversidad de situaciones que se puedan presentar en un amparo, sino, además, explicar que la discriminación puede darse en las relaciones entre las personas donde está presente el poder, roles de género, estereotipos, colocándolas en condiciones de inequidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, ha expresado en sus decisiones relevantes que impartir justicia desde una perspectiva de género, requiere que se observe como mínimo: “1. Al interpretar la norma aplicable al caso, siempre evalúen si ésta provoca una violación directa al derecho de igualdad al introducir impactos diferenciados por razón de género y, de hacerlo, están obligados a elegir la interpretación que elimine tal discriminación o, en su caso optar por su inaplicación. 2. Si consideran que el material probatorio es insuficiente para aclarar la desigualdad de género, deberán ordenar el desahogo de las pruebas que estimen pertinentes y que sirvan para analizar las situaciones de violencia por género o las circunstancias de desigualdad provocadas por los estereotipos de género, por lo que el juez al evaluar y valorar las pruebas, en todo momento deberá leer e interpretar los hechos sin estereotipos discriminatorios, lo cual no significa que tenga que darle más peso probatorio a la evidencia que favorezca a la parte que alegue violencia de género, sino simplemente esta exigencia implica que al analizar las circunstancias fácticas y los hechos tendrán que hacerlo con [neutralidad] objetividad. 3. Abandonen el uso de consideraciones o lenguaje basado en estereotipos o prejuicios por cuestiones de género” (2016: 68-72)

## **Jurisprudencia de la Corte IDH**

La evolución de los derechos humanos de las mujeres ha cobrado una mayor importancia en el orden jurisprudencial de la Corte IDH en estas últimas décadas, incorporando a su análisis y resoluciones la

perspectiva de género, la cual debe de ser observada por los Estados parte, para la no repetición de violaciones a derechos humanos.

Es así que la Corte IDH y la Comisión han expresado la importancia de la perspectiva de género para eliminar estereotipos en las sentencias, presentando dos casos en los que el Estado de Guatemala ha sido responsable por violar derechos humanos de las mujeres que denota la ausencia de una debida diligencia y el análisis desde la perspectiva de género.

Caso: **María Isabel Véliz Franco y otros Vs. Guatemala**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de mayo de 2014.

María Isabel de 15 años, quien vivía con su mamá y hermanos, en diciembre del año 2001, su madre le dio permiso para que durante las vacaciones escolares trabajara como dependiente en un almacén de la zona 1 de la capital. El día domingo 16 de diciembre la mamá llevó comida a María Isabel al lugar de trabajo en horas de la tarde, informándole la víctima que un amigo la llegaría a traer a su trabajo y la llevaría a casa, siendo la última vez que la vio con vida, porque María no llegó. Al día siguiente la madre de María Isabel fue a buscarla al almacén donde laboraba para conocer qué le había ocurrido, sin embargo no obtuvo información de su paradero por lo que acudió a las autoridades a interponer denuncia, quienes le indicaron que debía de esperar de 24 a 72 horas para recibirle la denuncia, sin embargo la señora Franco insiste y es así que hasta en horas de la tarde le es recibida la denuncia por el servicio de investigación criminal de la Policía Nacional Civil de Guatemala. Desde el momento de la denuncia, las autoridades no realizaron ninguna diligencia de investigación para poder ubicar a María Isabel, no es sino hasta el día martes 18 de diciembre que reciben una llamada a las 14:40 aproximadamente en la Central de Transmisiones de la Sección contra homicidios del Servicio de Investigación Criminal, de la Policía Nacional Civil, en donde se reporta el hallazgo del cuerpo sin vida de una mujer, el cual es identificado como XX y trasladado a la morgue del Organismo Judicial. La señora Franco por información transmitida en un noticiero nocturno sobre el hallazgo del cadáver de una mujer joven en Mixco, acude a la morgue, percatándose de que el cadáver corresponde a María Isabel. A través del sistema 110 de Información Confidencial de la Policía Nacional Civil, reciben una llamada de un hombre que no se identifica pero dice tener información sobre el

hecho del cuerpo encontrado, proporcionando la descripción de un vehículo, el cual se introdujo en una casa de habitación ubicada en la Colonia Nueva Monserrat del Municipio de Mixco, sin embargo la diligencia no tuvo resultado debido a la forma como se llevó a cabo, ya que no entraron a la vivienda, sino hasta en junio de 2003 que se practicó el allanamiento de dicho lugar.

Este es el primer caso que por femicidio llega a la Corte IDH, quien expresó en la sentencia que de acuerdo a la Convención Americana y la Convención Belem Do Pará, y por la forma en que se encontró el cuerpo de la niña, y su condición de ser mujer, se enmarca en una violencia y muerte por razones de género, donde el Estado debió actuar con la mayor y más estricta diligencia, sin embargo el mismo, estuvo marcado de estereotipos de género por parte de los entes de justicia responsables, que dio como resultado una negativa investigación

**Caso Claudina Isabel Velázquez Paiz y otros Vs. Guatemala.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 19 de noviembre de 2015.

Claudina Isabel Velázquez Paiz, tenía 19 años, y era estudiante del cuarto semestre de la carrera en derecho y el 13 de agosto de 2005 fue a una fiesta, los padres de Claudina recibieron una llamada de la madre de Pedro Julio Samayoa, amigo de Claudina; manifestándoles que estando hablando con la víctima telefónicamente se escuchó que gritaba “no, no, no” en dos oportunidades, y al no llegar su hija, pusieron del conocimiento de las autoridades la situación de desaparición. Posteriormente a las 3 am llegó una patrulla a la garita principal de donde residen los padres de Claudina, informando que “una señora les había llegado a informar que Claudina estaba en peligro”, solicitando que se les recibiera la denuncia para iniciar la búsqueda. Los padres de Claudina a las 5:00 se trasladaron a una sub-estación ubicada cerca de su residencia, donde nuevamente informaron de la desaparición de Claudina, mostrando la mamá una fotografía de Claudina para que la buscaran, sin embargo, las instituciones responsables no realizaron las investigaciones, no brindaron protección, ni tomaron las medidas urgentes para encontrar a la víctima desde el momento de la denuncia de desaparición.

Dicha denuncia no quiso ser recibida por la policía, bajo el argumento de que debía de transcurrir un plazo de 24 horas para poder iniciar la

búsqueda, a pesar de estar en un riesgo. El papá de Claudina recibe una llamada el 13 de agosto de 2005 aproximadamente a las 10:30 am de un amigo de la familia diciéndole que en la morgue del Servicio Médico Forense del Organismo Judicial, había un cuerpo no identificado con las características de su hija, siendo identificada por sus padres en dicha morgue alrededor de las 11:00 am. El cuerpo de Claudina Velázquez fue hallado con signos de violencia y maltratos motivados por el hecho de ser mujer, el 13 de agosto de 2005 a las 5:30 am por agentes de la Policía Nacional Civil, que acudieron en respuesta a una llamada telefónica anónima.

Durante el proceso para establecer si el crimen tuvo un móvil sexual, la escena del crimen fue alterada y contaminada por un funcionario que lavó la sangre con la vestimenta de la víctima y utilizó evidencias para limpiar las heridas en su cuerpo, se rompió la cadena de custodia respecto de las evidencias encontradas, no se preservó la ropa de la víctima, no se tomaron huellas dactilares oportunamente sino es hasta el momento en que la estaban velando. Tanto el padre como el informe de la Procuraduría de Derechos Humanos expresaron que la búsqueda e investigación de Claudina fue estigmatizada por los operadores de justicia, ya que se prejuizó a la víctima por la forma de vestir y el lugar del crimen, considerando que dicha muerte no merecía ser investigada, porque usaba una gargantilla, calzaba sandalias y tenía un anillo en el ombligo que era “demasiado grande”, lo que les llevó a considerar de que se trataba de una prostituta o una cualquiera.

De las deficiencias e irregularidades identificadas, la Corte IDH resaltó, que al no ser investigado desde una perspectiva de género, la Corte visibilizó que las autoridades responsables de la investigación lo realizaron con una carga estereotipada enunciando entre ellas, la calificación de la víctima como una “cualquiera” con base en sus zapatos y que tenía una perforación, además expresaban que su perfil correspondía al de las pandillas y al de una prostituta, por lo que dicho caso estaba relacionado a un problema pasional bajo efectos de licor con el saldo de una persona fallecida. (Párrafos 177,181/187).

Estos casos de relevancia para la justicia guatemalteca colocan en una situación de vulnerabilidad a muchas mujeres que a diario viven sin la protección del sistema de justicia por eliminar la discriminación y violencia sin reconocer que esta violencia tiene un impacto social, cultural y político discriminatorio sobre las mujeres.

Finalmente considero que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, ha venido haciendo esfuerzos de manera eventual en las últimas magistraturas al impartir justicia para las mujeres, por lo que es un reto realizarla de manera diferenciada, implementando institucionalmente la perspectiva de género como herramienta de análisis y responder a los fenómenos sociales actuales que discriminan a las mujeres cuando pretenden que se les garanticen sus derechos con equidad e igualdad, creando con estos cambios, sentencias simbólicas que coadyuven a reducir la violencia y discriminación en contra de la mujer y responder con una debida diligencia, para prevenir violaciones por razón del sexo, conformándose en auténticos custodios de los derechos humanos.

## Conclusiones

La perspectiva de género es una herramienta metodológica de considerable utilidad en el Derecho y en la labor jurisdiccional constitucional en el marco de la justicia retributiva y a la igualdad sustantiva.

Es imperante que el sistema de Justicia en general y en particular la Corte de Constitucionalidad desde una perspectiva de género, mediante una de las herramientas como lo es “la metodología de género” sancione prácticas discriminatorias y erradique desigualdades, para que las mujeres vivan una vida libre de violencia.

## Referencias

- Calvo, Yadira. (2012). Terminología feminista. Editores URUK, San José Costa Rica.
- Castro Apreza, Inés. (2017). Paridad y Violencia Política. Los retos de las mujeres indígenas de Chiapas. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Electoral de la Ciudad de México.
- CEPAL. (2017) Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el caribe.
- Corte de Constitucionalidad e Instituto de Justicia Constitucional (2020), Constitución Política de la República de Guatemala con notas

de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte de Justicia. (2016). Impartición de justicia con perspectiva de género. Decisiones relevantes. México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (s.f.). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 4: Derechos Humanos y Mujeres.

Facio, Alda (1999). Cuando el género suena cambios trae, metodología para el análisis de género del fenómeno legal. Ilanud, Programa Mujer, Justicia y Género. San José Costa Rica.

Facio, Alda. (2004) Metodología para el análisis de Género de un Proyecto de Ley. Otras Miradas. Vol. 4, No. 1.

Gutiérrez de Colmenares. Carmen María. (2003) Los Derechos Humanos y los Tratados que los contienen en el Derecho Constitucional y la Jurisprudencia de Guatemala. Revista Ius et Praxis. Año 9 No. 1 Ius et praxis v.9 n.1.

Herrera, Gioconda. Coordinadora. (2000). Las fisuras del patriarcado, Reflexiones sobre Feminismo y Derecho. Ecuador.

ONU MUJERES GUATEMALA. (2016). Profundicemos en términos: Guía para periodistas, comunicadoras y comunicadores.

Organismo Judicial, Unidad de la Mujer y Análisis de Género. (2009). Metodología de Género. Guatemala.

Rodríguez-Cerna Rosada, Carlos Rafael. (2012). El amparo guatemalteco y el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVIII.

Ron Erraéz, Ximena Patricia. (2012). Estereotipos sexistas en la Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana, análisis de sentencias desde el 2004-2012. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. (2016).

Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.  
Impartición de Justicia con perspectiva de género.

Suprema Corte de Justicia de la Nación y Derechos Humanos. (2020).  
Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. México.

Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones  
Jurídicas. (2019). Diez sentencias emblemáticas de la Suprema  
Corte. México.

### **Sentencias:**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Atala Riffo  
Vs. Chile.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Velázquez  
Paiz y otros Vs. Guatemala. Sentencia fecha 19 noviembre de 2015.

# El derecho a exigir los derechos: conexiones entre el acceso a la justicia y la calificación de requisitos formales en el amparo

*The right to demand human rights: connections  
between the access to justice and the  
qualification of admissibility principles in  
the amparo (remedy designed for the protection  
of all of the rights)*

Ana Isabel Calderón Cristal<sup>1</sup>

## Resumen

Al presente trabajo apunta la existencia de normatividades de distintos niveles que reconocen el derecho de acceso a la justicia, así como jurisprudencia vinculante que ha contribuido a perfilar el contenido y alcances del mencionado derecho, dentro del que se inscribe la posibilidad de acudir a un recurso sencillo y efectivo con el objeto de proteger los derechos humanos; la figura del amparo fue diseñada para tal fin en el ámbito guatemalteco. El conocimiento de esta acción se encuentra sujeto al cumplimiento de determinados requisitos, incluidos aquellos aspectos formales enumerados en las leyes de la materia. El incumplimiento de un requisito formal tiene la potencialidad de limitar el derecho de acceso a la justicia. Tal restricción se encontraría justificada en aquellos casos en los que el requisito omitido impide auténticamente la emisión de una decisión de fondo sobre el asunto. Por el contrario, una limitación al mencionado derecho, que sea producto de un criterio judicial que no observe el parámetro antes referido, constituiría una restricción indebida, que se traduciría en un incumplimiento, por parte del Estado, de su deber de proveer un recurso sencillo y efectivo. El análisis de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala da cuenta de criterios que favorecerían el cumplimiento de esta obligación.

**Palabras clave:** acceso a la justicia, requisitos formales del amparo, suspensión definitiva, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Derecho Procesal Constitucional

---

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. Abogada asesora, Corte de Constitucionalidad, Guatemala. [anaiscalderon3580@yahoo.com](mailto:anaiscalderon3580@yahoo.com)

## Abstract

*This research points to the existence of regulations at different levels that recognize the right of access to justice, as well as binding jurisprudence that has helped to define the content and scope of the aforementioned right, which includes the possibility of resorting to a simple and effective remedy in order to protect human rights. The amparo was designed for this purpose in Guatemala. In order for a Court to hear this action, it is subject to the compliance of certain requirements, including those admissibility principles listed in the laws on the matter. Failure to comply with an admissibility principle has the potential to limit the right of access to justice. Such restriction would be justified in those cases in which the omitted requirement genuinely makes impossible the issuance of a decision on the merits of the matter. On the contrary, a limitation to that right, which is the product of a judicial criterion that does not observe the aforementioned parameter, would constitute an undue restriction, which would translate into a breach of the State to comply with its duty to provide a simple and effective remedy. An analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court of Guatemala provides criteria that would favor compliance with this obligation.*

**Keywords:** *access to justice, admissibility principles of the “amparo”, definitive suspension, Constitutional Court of Guatemala, Constitutional Procedural Law.*

## Abreviaturas

Acuerdo 1-2013	Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad. Disposiciones reglamentarias y complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad
Auto Acordado 1-2013	Auto acordado 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad. Competencias en materia de amparo
CC	Corte de Constitucionalidad de Guatemala
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
LAEPC	Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

---

## SUMARIO

Abreviaturas – Introducción – Derecho de acceso a la justicia – Requisitos a observarse en el trámite del amparo – Requisitos formales y criterios jurisprudenciales – Reflexiones – Conclusión – Referencias

---

# **El derecho a exigir los derechos: conexiones entre el acceso a la justicia y la calificación de requisitos formales en el amparo**

***The right to demand human rights: connections  
between the access to justice and the qualification  
of admissibility principles in the amparo  
(remedy designed for the protection  
of all of the rights)***

*Ana Isabel Calderón Cristal*

## **Introducción**

El presente trabajo pretende verificar la existencia de criterios emitidos por el alto tribunal constitucional, en la calificación de los requisitos formales en el amparo, que resultan congruentes con el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo que brinde protección judicial frente a la violación de derechos humanos. En un contexto en el que prima el enfoque legalista del derecho, se tiene como propósito brindar, a través de la recopilación y análisis de criterios, elementos argumentativos que sirvan para gestionar las garantías en congruencia con ese derecho. Se presentan, como objetivos, el de perfilar el derecho de acceso a la justicia, enlistar los requisitos que condicionan el conocimiento del fondo de los asuntos, distinguir criterios asumidos por la Corte de Constitucionalidad en la verificación de los requisitos formales que resulten consecuentes con ese derecho y señalar directrices que encaminen la labor de los operadores jurídicos.

Las unidades de análisis para la realización de esta investigación consisten en los autos proferidos por la Corte dentro de apelaciones

de auto de suspensión, recursos en queja y planteamientos de error substancial, durante 2018, 2019 y hasta el tercer trimestre del 2020. Para cumplir con los objetivos trazados, se propone iniciar haciendo alusión a los principales instrumentos que reconocen el derecho de acceso a la justicia y desarrollan su contenido; posteriormente, se hará acopio de los requisitos del amparo y se profundizará sobre los de tipo formal, incluyendo criterios relevantes. Finalmente se realizarán reflexiones sobre los distintos asuntos abordados y se expondrá la conclusión alcanzada.

El conjunto de los temas tratados permitirá evidenciar que la muestra obtenida da cuenta de la existencia de criterios que viabilizan el acceso a un recurso sencillo y efectivo; además, buscará plasmar reflexiones sobre la necesidad de adoptar posturas congruentes con una adecuada protección y garantía de los derechos; asimismo, se resaltarán que, en caso de limitarse el acceso a un recurso sencillo, tal restricción debe ser ajustada a los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, tomando en consideración la importancia del amparo. Pese a la existencia de diversos textos que recopilan criterios relacionados a incidencias procesales en el amparo, se tiene la intención de profundizar en lo concerniente a la calificación de requisitos formales y servir como insumo de elementos con los cuales los operadores jurídicos puedan construir argumentos que abandonen concepciones legalistas y sostengan posturas que favorezcan el acceso a la justicia.

## **Derecho de acceso a la justicia**

En el texto formal de la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho de *acceso a la justicia* se encuentra reconocido en los primeros párrafos de los artículos 28 (derecho de petición) y 29 (libre acceso a tribunales y dependencias del Estado), normativas que regulan, respectivamente: [i] la facultad de dirigir peticiones a las autoridades, con la correlativa obligación de estas, de tramitarlas y resolverlas, y [ii] el libre acceso a las dependencias estatales, para el ejercicio de las acciones y defensa de los derechos.<sup>2</sup>

2 Establecen las citadas disposiciones lo siguiente “Los habitantes de la República de Guatemala tienen derecho a dirigir, individual o colectivamente, peticiones a la autoridad, la que está obligada a tramitarlas y deberá resolverlas conforme a la ley.” y “Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley.”.

Sobre el derecho de acceso a la justicia, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (CC) ha manifestado que este impone que por medio de un proceso judicial sea un tercero con potestad jurisdiccional –el juez– quien dé solución al conflicto de intereses, luego de que las partes hayan podido aportar las argumentaciones jurídicas y material probatorio en el que sustenten sus proposiciones, debiendo ello ser tomado en cuenta al momento de emitirse el acto decisorio (Corte de Constitucionalidad de Guatemala [CC], sentencia 320-2005, 26 de mayo de 2005, pág. 4). Además, la CC ha considerado que el derecho de realizar planteamientos para ejercer acciones y hacer valer derechos, deberá ejercitarse conforme a la ley, es decir, tales gestiones deben cumplir con la norma aplicable a cada caso (CC, sentencia 823-2019, 14 de agosto de 2019, pág. 15). Ahora bien, también ha precisado el citado tribunal que para ejercitar los derechos contenidos en los artículos 28 y 29 constitucionales, es necesario que no existan restricciones de tal grado que condicionen el ejercicio “...al cumplimiento de una obligación que no tiene relación con la eficacia de lo pedido” (CC, sentencia 2706-2005, 7 de febrero de 2006, pág. 5).

Adicionalmente, en lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que el artículo 25 (protección judicial),<sup>3</sup> en conexión con el artículo 1.1. de ese mismo tratado<sup>4</sup>

...obliga al Estado a garantizar a toda persona el acceso a la administración de justicia y, en particular, a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido. (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Reparaciones y Costas, 1998, pár. 169)

3 Preceptúa el artículo 25 ídem: “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”.

4 El artículo 1.1 establece que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

La norma contenida en el artículo 25 precitado ha sido considerada por el tribunal regional como uno de los pilares básicos de la CADH y del estado de derecho en una sociedad democrática (Corte IDH, Caso Castillo Páez Vs. Perú, Fondo, 1997, pár. 82); además, se ha sostenido que “[e]l acceso a la justicia constituye una norma imperativa del Derecho Internacional” (Corte IDH, Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006, pár. 131).

En interpretación del artículo 25, el referido tribunal ha señalado que este recoge la institución del amparo, procedimiento judicial sencillo y breve cuyo objeto es la tutela de todos los derechos reconocidos a nivel interno y en la CADH (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, 1987, pár. 32); asimismo, no es suficiente la existencia formal de los recursos, sino que estos deben dar resultados o repuestas frente a violaciones de derechos humanos, para ser considerados *efectivos*. (Corte IDH, Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, 2003, pár. 117).

Para que un recurso sea efectivo, según la Corte IDH, este debe ser capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido. Un recurso podría volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hacen inaplicable, si en la práctica, no es capaz de obligar a las autoridades, es peligroso para los interesados intentarlo o no se aplica imparcialmente. Acudir a un recurso que, entre otros supuestos, sea rechazado sin llegar a un examen de validez o por razones fútiles, se convierte en una formalidad carente de sentido (Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo, 1988, párrs. 66 y 68)

Ahora, respecto a la existencia de formalidades para acceder a las garantías judiciales, la Corte IDH ha indicado que:

Por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole. De tal manera, si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia

del particular recurso intentado. (Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 2006, pár. 126)

## Requisitos a observarse en el trámite del amparo

En el caso guatemalteco, el amparo fue configurado como el medio idóneo para tutelar los derechos humanos.<sup>5</sup> La continuación de su trámite y, en último término, la emisión de una resolución de fondo, se encuentran condicionadas al cumplimiento de ciertos *requisitos*. Así, para que tal acción pueda concluir en una sentencia que dé respuesta a la sustancia de lo discutido, es preciso que cumpla con determinados requisitos formales y presupuestos de carácter procesal; asimismo, que la garantía sea viable a la luz de la doctrina legal emanada de la CC; de no cumplirse estos requisitos, los tribunales constitucionales pueden disponer la suspensión definitiva del trámite del amparo, con fundamento en los artículos 14 y 26 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, Disposiciones reglamentarias y complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (Acuerdo 1-2013).

En primer término, debe hacerse alusión a los **[i]** *requisitos formales* previstos en los artículos 21 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPC) y 10 del Acuerdo 1-2013. Como toda primera solicitud, el escrito inicial de amparo debe cumplir requisitos de orden procesal necesarios para ejercer el derecho de acción. Además, la emisión de pronunciamiento de fondo se encuentra sujeta al cumplimiento de los **[ii]** *presupuestos de carácter procesal* establecidos en la LAEPC.<sup>6</sup> A estos presupuestos se han agregado, en los años más recientes, **[iii]** la doctrina legal que determina la *viabilidad del amparo*. Los tribunales pueden constatar la existencia de doctrina consolidada, aplicable al caso, que demostraría lo innecesario de tramitar

5 Con excepción de los derechos de libertad e integridad personal, tutelados por medio de la exhibición personal.

6 Conforme el artículo 26 del Acuerdo 1-2013, estos son: las legitimaciones activa y pasiva, la definitividad y la temporalidad, así como otros presupuestos definidos por la jurisprudencia de la CC. En este último supuesto se inscriben, por ejemplo, la falta de materia sobre la cual resolver (ver, por ejemplo: CC, auto 2635-2020, 22 de octubre de 2020; CC, auto 326-2020, 18 de mayo de 2020; CC, auto 4445-2018, 25 de octubre de 2018) y la improcedencia de promover una acción constitucional para cuestionar lo resuelto en otra acción de la misma naturaleza (en ese sentido: CC, auto 6960-2019, 27 de abril de 2020; CC, auto 3094-2019, 9 de diciembre de 2019; CC, auto 5322-2018, 9 de diciembre de 2019).

la acción hasta sus últimas etapas, al advertirse, desde fases iniciales, que la garantía se encuentra destinada a ser desestimada, conforme la argumentación esgrimida en precedentes idénticos.

En este último caso, se estaría refiriendo a un requisito, más que de carácter procesal, a uno de carácter material, pues se efectúa necesariamente un examen sobre el agravio reprochado, cotejándolo con precedentes que denotarían la improcedencia de la garantía y, por lo tanto, la inviabilidad de la prosecución de su trámite. La verificación de la viabilidad del amparo por doctrina legal surge de la práctica judicial que en los últimos años se ha venido desarrollando, desde la CC, en interpretación del último párrafo del artículo 26 del Acuerdo 1-2013, que faculta a que la suspensión en definitiva se encuentre fundada en la doctrina legal de ese Tribunal.<sup>7</sup>

La observancia de la obligación de verificar el cumplimiento de estas exigencias podría conducir, en ocasiones, a la suspensión definitiva del amparo, según el tipo de requisito del que se trate. En el segundo grupo de requisitos (presupuestos de carácter procesal) su inobservancia conlleva, en general, la suspensión definitiva, según lo establece el artículo 26 del Acuerdo 1-2013. Podría ocurrir, en casos calificados, que la verificación de los presupuestos no logre realizarse en el momento idóneo (luego de recibida la documentación enviada por la autoridad denunciada), por ausencia de medios que permitan corroborar, en esa etapa, su inobservancia.<sup>8</sup> En lo que respecta al tercer supuesto (la inviabilidad por doctrina legal), su verificación, a fin de observar el principio de economía procesal, debiera realizarse luego de recibida la documentación remitida por la autoridad, o inclusive, durante la tramitación del amparo, pudiendo así dar lugar a la suspensión, pues en caso que la aplicación de doctrina se realice en sentencia, no se cumpliría el objeto de la figura de la suspensión, este es, el de evitar agotar la totalidad de fases procesales de la garantía.

7 A manera ejemplificativa de esta práctica, puede referirse, en materia laboral, las suspensiones en definitiva basadas en el criterio de la inexistencia de agravio en la declaración de simulación de contratos de trabajo dispuesta por los tribunales de trabajo, así como los efectos consecuentes de esa declaratoria –condena al pago de prestaciones laborales, costas, daños y perjuicios, o necesidad de requerir autorización judicial previa terminación de la relación, al estar vigentes prevenciones por planteamiento de conflicto, por ejemplo-. En tal sentido: CC, auto 2972-2020, 28 de septiembre de 2020; CC, auto 2127-2020, 10 de agosto de 2020; CC, auto 795-2020, 18 de mayo de 2020;

8 En estos casos, es factible que la suspensión definitiva acontezca en fases subsiguientes o incluso, que el amparo llegue hasta la etapa de sentencia y sea en esa decisión que se determine la imposibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto, por el incumplimiento de alguno de los presupuestos.

Ahora bien, en el primer grupo de requisitos –requisitos formales– la respuesta, en caso de incumplimiento, puede (y debe) ser variable: no toda inobservancia de estos requisitos debería conllevar la suspensión de las acciones y, con ello, la imposibilidad de proferir una sentencia en la que se conozca el fondo del asunto. La posibilidad de suspensión en este caso se encuentra prevista en el artículo 14 del Acuerdo 1-2013,<sup>9</sup> que establece dos características que deben tomarse en cuenta al momento de realizar la calificación de requisitos formales, con el objeto de establecer la consecuencia de incumplimiento. Así, regula que la suspensión definitiva será dispuesta en aquellos casos en los que, a juicio del tribunal, los requisitos son **[i]** de imprescindible cumplimiento, e **[ii]** inciden en la prosecución del procedimiento. Aunque ambas características pueden estar estrechamente vinculadas, conviene efectuar un análisis por separado de cada una.

En primera instancia, se debe considerar si el requisito es de *imprescindible cumplimiento*, si condiciona la posibilidad de resolver el fondo ¿significa ello que existen requisitos prescindibles? En el artículo 14 *ibídem* se señala:

...Si los requisitos omitidos, a criterio del tribunal que conozca, no reúnen la característica de imprescindible cumplimiento, se proseguirá el trámite, pero deberán ser subsanados hasta antes de dictarse el auto definitivo o la sentencia, según el caso. De persistir el incumplimiento, el tribunal suspenderá en definitiva el trámite de la acción.

Quizá la redacción de la norma no fue la más adecuada, pues si el requisito no es imprescindible, se entendería naturalmente que puede prescindirse de él, puede obviarse; sin embargo, el mismo párrafo señala más adelante que *tendría que cumplirse* hasta antes de emitirse decisión definitiva. Ante la duda, conviene realizar reflexiones sobre la forma en que debiera entenderse, en atención a los principios

9 Preceptúa la normativa relacionada, que: “La omisión de requisitos formales en los actos de las partes o intervinientes se solventarán conforme lo establecido en los artículos 6°, 22 y 136 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, emplazando a quien corresponda para su subsanación. Transcurridos los plazos legales señalados al solicitante para cumplir los requisitos que haya omitido en su solicitud y no los hubiere subsanado, y a juicio del tribunal que conozca tales requisitos **son de imprescindible cumplimiento e inciden en la prosecución del procedimiento**, dicho tribunal decidirá la suspensión definitiva del trámite de la acción. Si los requisitos omitidos, a criterio del tribunal que conozca, no reúnen la característica de imprescindible cumplimiento, se proseguirá el trámite, pero deberán ser subsanados hasta antes de dictarse el auto definitivo o la sentencia, según el caso. De persistir el incumplimiento, el tribunal suspenderá en definitiva el trámite de la acción.” (lo resaltado no figura en el texto original).

del amparo y las obligaciones constitucionales y convencionales existentes.

En el presente trabajo se sostiene que, en efecto, existen requisitos que, en balance de otros elementos, resultarían prescindibles. Aunque más adelante se profundizará, conviene adelantar que, ante el incumplimiento de uno de los requisitos formales, el tribunal constitucional debería evaluar, como primera cuestión, si tal requisito puede ser *subsano de oficio*, en aplicación de los principios de impulso de oficio (contenido en el artículo 6 de la LAEPC) y *pro actione*.<sup>10</sup> En caso de una respuesta afirmativa, aun no nos encontraríamos frente al supuesto de un requisito prescindible, puesto que el requisito se subsanaría a instancia del propio tribunal constitucional.<sup>11</sup>

¿Cuándo pues, nos encontraríamos frente a un requisito prescindible? En principio, podría pensarse en ciertos requisitos, como algunos de los datos de identificación, los casos de procedencia, el colegiado activo del abogado patrocinante o cualquier otro requisito que, en ponderación de los bienes que buscan protegerse, pueda considerarse innecesario, en tanto que su omisión no torne inviable el examen de la pretensión. En estos casos, es posible afirmar que la subsanación del requisito omitido podría realizarse por el tribunal, a través de diversas gestiones, no obstante, conviene reflexionar sobre la *necesidad* de realizar esa subsanación en conexión con la posibilidad de resolver el fondo del asunto, examen en el que debieran incluirse consideraciones sobre la exigencia de que el amparo sea, en la práctica, un recurso sencillo, rápido y efectivo.

Que el tribunal califique de prescindible un requisito no escaparía de la controversia y debiera, entonces, ser precedido por un análisis profundo de las circunstancias del caso y una argumentación que evidencie la forma en la que la exigencia del requisito no se encuentra vinculada a la

10 Principio constitucional vinculado al derecho a la tutela judicial efectiva que exige a los órganos judiciales la exclusión de determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del litigante a que un órgano judicial conozca y resuelva sobre la protección a él sometida. (Real Academia Española, 2020)

11 Ejemplo de ello es el caso en el que la fecha del acto reclamado es erróneamente señalada por el postulante, sin embargo, del contenido que le es atribuido, puede identificarse con meridiana claridad cuál es la decisión que se intentó señalar como lesiva. En ese caso, la identificación del acto reclamado fue deficiente por el amparista, no obstante, el requisito puede ser subsanado por el mismo tribunal luego del estudio de las actuaciones. Pensar en esa misma línea, en la designación del tribunal al que se presenta la acción, en la identificación de terceros, en la relación de hechos que motivan el amparo o en el número de colegiado activo del abogado patrocinante. En todos estos casos, el estudio de las actuaciones o la realización de ciertas gestiones por parte del juez constitucional podrían posibilitar la subsanación de los requisitos omitidos.

capacidad de resolver la pretensión de fondo. No se pretende con esta aseveración dejar el cumplimiento de requisitos en el ámbito meramente subjetivo, pero sí resaltar la necesidad de un *balance adecuado* que sirva como límite a la restricción del derecho a la protección judicial y garantice el cumplimiento de la obligación de no subordinar los recursos a exigencias procesales innecesarias, que lo vuelvan inaplicable. En tal sentido, los razonamientos del tribunal deben evidenciar los motivos de su proceder, debiendo ser estos congruentes con la naturaleza de la acción, la importancia de los bienes jurídicos que buscan protegerse y la incidencia del requisito en la posibilidad de resolver el conflicto. A lo largo del presente trabajo se volverá a esta idea.

La segunda característica consiste en la *incidencia del requisito en la prosecución del procedimiento*. Sobre este aspecto, los requisitos podrían clasificarse en dos subgrupos: **[i]** aquellos cuyo incumplimiento impide continuar con el amparo, desde sus primeras etapas, y **[ii]** los requisitos cuya naturaleza posibilita que sean subsanados durante el trámite del amparo, hasta antes de dictarse sentencia. Ejemplos de unos y otros serán proporcionados a continuación.

## **Requisitos formales y criterios jurisprudenciales**

### ***Cuestiones preliminares***

Momento para realizar la calificación de los requisitos formales. La Corte ha sido explicativa sobre el momento idóneo para realizar la calificación de los requisitos formales y decidir, de proceder, la suspensión definitiva por su inobservancia. Ha señalado que la verificación de los requisitos formales debe realizarse en la fase previa al requerimiento de la documentación a la autoridad denunciada; para avanzar a la fase de calificación de los presupuestos procesales (luego de recibirse la documentación), el tribunal debe pronunciarse previamente sobre el cumplimiento o no de los requisitos solicitados (CC, auto 2179-2020, 27 de julio de 2020).

*Aplicación restrictiva de la facultad de suspensión por requisitos formales.* La facultad de los tribunales de amparo de suspender el amparo por incumplimiento de requisitos formales debe ser aplicada de forma restrictiva, dando prevalencia a principios legales de eficacia

y celeridad (previstos en el artículo 29 del Acuerdo 1-2013), de impulso de oficio (regulado en el artículo 6 de la LAEPC), así como el principio de sencillez, previsto también en el artículo 25 de la CADH. La aplicación restrictiva de la facultad de suspensión encuentra apoyo, además, en el contenido del artículo 22 de la LAEPC, que establece que el tribunal ordenará al interponente cumplir con los requisitos, pero, en lo posible, no suspenderá el trámite. La Corte ha señalado que:

...la potestad de decretar la suspensión procesal, otorga cierta discrecionalidad al Tribunal de Amparo para determinar cuáles son los “requisitos” cuyo cumplimiento es ineludible –lo cual evidentemente es *numerus apertus* según cada caso en concreto–; sin embargo, esa facultad encuentra un límite en los principios propios que rigen el proceso de amparo, pues por la finalidad que persigue esa acción –la defensa y tutela de derechos fundamentales–, se procura la consecución de una resolución pronta que decida en definitiva el otorgamiento o no de la protección constitucional, debiéndose evitar el entorpecimiento procesal, generado por la aplicación de criterios excesivamente rigoristas que pudieran constituir un valladar para lograr aquella finalidad. (CC, auto 2878-2019, 13 de agosto de 2019, pág. 5)

En congruencia con lo anterior, la CC ha enumerado, en numerosas oportunidades, los requisitos que deben concurrir para suspender válidamente el amparo por incumplimiento de requisitos formales (CC, auto 6066-2019, 18 de noviembre de 2019; CC, auto 5722-2019, 11 de noviembre de 2019; CC, auto 5133-2019, 14 de octubre de 2019). Véase:

- *Formalidad inobservada debe revestir la característica de imprescindible*: es decir, que constituya condición sin la cual se torna inviable el examen de la pretensión del postulante. En los autos precitados, la Corte ha indicado que debe existir una relación de conexidad necesaria entre el cumplimiento de aquella y la posibilidad de resolver el fondo del asunto. En los apartados siguientes se procurará dilucidar cuáles podrían encuadrar en esta categoría.
- *Requisito inobservado no debe encontrarse implícito*: en diversas oportunidades, la Corte se ha pronunciado sobre la falta de necesidad de fijar plazo al postulante para la subsanación de requisitos que pueden encontrarse implícitos dentro del escrito inicial, los documentos acompañados u otras constancias procesales.

En caso de que se hubiere fijado plazo de subsanación, pese a encontrarse cumplido el requisito formal, y el postulante no compareciere a atender el requerimiento, la Corte ha sido amplia en privilegiar el cumplimiento inicial y ha resuelto revocar la suspensión definitiva dispuesta por ese motivo (CC, auto 1838-2020, 1 de junio de 2020; CC, auto 1470-2020, 25 de mayo de 2020; CC, auto 5133-2019, 14 de octubre de 2019); CC, auto 2001-2019, 27 de agosto de 2019).

- *Ante ausencia comprobable, necesidad de conferir plazo razonable para su subsanación, conforme el artículo 22 LAEPC:* en los casos en los que no se ha otorgado el plazo de subsanación, las suspensiones decretadas por incumplimiento de requisitos formales han sido revocadas por la Corte (CC, auto 820-2018, 23 de septiembre de 2019; CC, auto 5708-2018, 28 de enero de 2019; CC, auto 4444-2018, 5 de diciembre de 2018).
- *Incomparecencia del interesado en plazo otorgado para la subsanación:* solamente en los casos en los que el requisito omitido sea considerado como de imprescindible cumplimiento y, habiendo otorgado el plazo necesario para su subsanación, el amparista no compareció a subsanar, corresponde suspender el amparo.<sup>12</sup>

Señalado lo anterior, corresponde entonces entrar en materia, analizando cada uno de los requisitos contenidos en el artículo 10 del Acuerdo 1-2013.

#### **a) Designación del tribunal ante el que se presenta**

Se trata de un requisito que guarda relación con las competencias de los tribunales constitucionales, delimitadas en la LAEPC y, de forma más extensa, en el Auto acordado 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, Competencias en materia de amparo (Auto Acordado 1-2013). Baste indicar que no se trata de un requisito que condiciona la continuidad del amparo, pues si el accionante promueve la acción

<sup>12</sup> No está de sobra señalar acá que, además de la presentación oportuna, el requisito debe cumplirse por medio de escrito presentado por el postulante, no su abogado patrocinante, debiéndose este último limitar a firmar el escrito en esa calidad (CC, auto 5559-2019, 11 de noviembre de 2019).

ante un órgano incompetente, este tiene la obligación de reconducirla ante el juez al que corresponde conocer conforme las reglas de competencia.<sup>13</sup>

**b) Nombres y apellidos del solicitante o representante, datos de identificación, lugar para recibir notificaciones; acreditación de la representación; datos relativos a la existencia y personalidad, cuando el amparista es una persona jurídica**

En cuanto al *nombre*, la Corte señaló en ocasión de la discordancia entre la persona identificada en el escrito inicial del amparo y las actuaciones subyacentes, que tal defecto no era motivo suficiente para suspender el amparo por falta de legitimación activa, con fundamento en que se trataba de personas distintas, como lo consideró el *a quo*; por tanto, correspondía fijar plazo para la subsanación de ese requisito (CC, auto 5708-2018, 28 de enero de 2019).

La identificación del postulante, que se realiza a través de la consignación de su nombre y otros datos personales, en efecto, permite advertir la concurrencia de la legitimación activa, cuando existen actuaciones subyacentes que exigen corroborar que quien promueve el amparo es quien posee interés directo y personal en el asunto en cuestión.

Ahora bien, se considera que determinadas imprecisiones formales que puedan cometerse al consignar el nombre de quien acciona difícilmente pueden provocar una duda razonable sobre si quien promueve el amparo es la persona legitimada. Por seguridad jurídica, siempre parece adecuada la exigencia de la subsanación, sin embargo, en caso de incumplimiento y ante la posibilidad de una suspensión definitiva, también debe tenerse presente que esta corroboración puede realizarse por diversos medios, por ejemplo, la identificación efectuada en el

<sup>13</sup> Así se puede establecer del contenido del artículo 6 del Auto Acordado 1-2013, cuando se señala que, frente a la presentación de una garantía ante un órgano jurisdiccional incompetente, este se limitará a dictar de inmediato resolución que contenga, como único pronunciamiento, la remisión al tribunal competente o, en su caso, a uno de los centros de distribución, para su asignación. Valga señalar acá que cuando los actos reclamados estén íntimamente ligados, por el principio de unidad y para evitar fallos contradictorios, el tribunal de amparo podría conocer de actos emitidos por distintas autoridades denunciadas, aun cuando no poseyera competencia original para una de menor jerarquía, conforme el principio de atracción contenido en el artículo 7 del Auto Acordado 1-2013 y, eventualmente, incluso aunque las decisiones que se reprochen no hayan sido emitidas en grado, si la situación lo hiciera pertinente.

proceso subyacente, los documentos adjuntos o, incluso, por medio de requerimiento a registros públicos.

Otro dato que podría ser relevante se trata de la edad de quien acciona, para constatar si la persona puede actuar por sí misma o debe hacerlo a través de representante legal, o bien, para tomar en cuenta implicaciones que pueden deducirse del grupo etario al que el postulante pertenece (por ejemplo, niño, niña, adolescente o mayor) pero son valoraciones que deberá realizar el tribunal, al igual que en el caso del cumplimiento de cualquier otro requisito, previa imposición de plazo para subsanación y, transcurrido este sin haberse cumplido el requisito, en la decisión sobre una posible suspensión, deberán ir encaminadas a determinar su incidencia en la resolución del fondo del asunto, a efecto de abstenerse de emitir decisiones basadas en razones fútiles.

Sobre la *acreditación de la representación aducida* la CC ha establecido una relación directa entre este requisito y el cumplimiento de la legitimación activa. En tal sentido, ha señalado que es indispensable determinar, desde las primeras etapas, el sujeto que pretende la acción, pues no se podría agotar etapas procesales posteriores, sin que el Tribunal o las partes tengan conocimiento de quien ostenta la legitimatio *ad causam*. De no presentarse la documentación acreditativa de la calidad, no sería posible hacer la calificación para determinar con precisión el referido presupuesto. Por tal motivo, de no subsanarse adecuadamente ese requisito en el plazo conferido, procede decretar la suspensión del amparo (CC, auto 2177-2020, 21 de julio de 2020; CC, auto 6260-2018, 11 de noviembre de 2019; CC, auto 1900-2018, 31 de mayo de 2018).

Sobre la necesidad de que el mandato que se presenta otorgue las *facultades judiciales suficientes* para comparecer ante el órgano jurisdiccional, la CC ha expresado que el tribunal debe otorgar un plazo de subsanación a efecto de que quien comparece acredite la calidad que resulte idónea para accionar ante órganos jurisdiccionales; o bien, la persona accionante comparezca por medio de persona que efectivamente ejerza esa representación (CC, auto 2177-2020, 21 de julio de 2020; CC, auto 820-2018, 23 de septiembre de 2019; CC, auto 128-2019, 25 de febrero de 2019).

Además de contar con las facultades suficientes, es necesario constatar que la documentación acreditativa de la calidad ejercida surte sus efectos, por encontrarse *vigente* el período para el cual fue nombrado el representante legal. Resulta interesante acá traer a colación la controversia surgida por inconsistencias entre el plazo por el que fue otorgado el mandato judicial en cuestión –indefinido– y el asentado en la razón de la inscripción en el Registro Mercantil –10 años–. La CC privilegió la vigencia material del poder, tomando en cuenta que el instrumento jurídico no contenía tal limitación temporal; además, que el mandato seguía vigente según inscripción realizada en el registro correspondiente, del Organismo Judicial, por no haber finalizado el asunto para el cual se otorgó (CC, auto 128-2019, 25 de febrero de 2019).

Ahora bien, es importante tener en cuenta, en el caso de la representación legal que ostenta el órgano de administración de una sociedad mercantil, que pese a que pudiera entenderse, de los artículos 162 y 164 del Código de Comercio de Guatemala, que sus funciones se extienden, aun cuando hubiere concluido el plazo para el que fueron designados, mientras sus sucesores no tomen posesión, la CC ha señalado que tal criterio no resulta aplicable para la representación legal, sino que tal continuidad únicamente puede tener lugar dentro del gobierno corporativo de la sociedad (CC, auto 889-2019, 18 de mayo de 2020; CC, auto 5380-2019, 4 de mayo de 2020).<sup>14</sup>

Para cumplir adecuadamente con el requisito de acreditación de la representación legal, es necesario adjuntar la documentación que *cumpla con los requisitos legales* para que esta surta efectos.<sup>15</sup> Valga señalar acá que, en caso de razones de urgencia, la LAEPC, en su artículo 23, determina que los abogados colegiados y parientes de ley podrán actuar gestionando por el afectado y sin acreditar representación, para la debida protección de los intereses encomendados. Antes de resolver el amparo deberá acreditarse la representación que se ejercita, salvo

14 El criterio aplicado en las incidencias analizadas en la muestra, ha sido sostenido, entre otras sentencias, en: CC, sentencia 639-2017, 22 de agosto de 2017; CC, sentencia 617-2015, 29 de octubre de 2015; CC, sentencia 4804-2012, 26 de junio de 2013; CC, sentencia 2477-2012, 3 de octubre de 2012.

15 Tal requerimiento fue resaltado por la CC en una ocasión en la que el compareciente, al pretender subsanar el requisito inicialmente omitido, adjuntó acta notarial en la que constaba su nombramiento como Presidente de la Junta Directiva y representante legal de la persona jurídica accionante, sin embargo, el nombramiento no estaba inscrito en el Registro de Personas Jurídicas del Ministerio de Gobernación. Consideró el tribunal que, al no presentarse la documentación correspondiente al ejercicio de la personería que se adujo ejercer debidamente inscrita en las oficinas públicas correspondientes, conforme el artículo 45 precitado [del Código Procesal Civil y Mercantil, aplicable supletoriamente según artículos 7 LAEPC y 1 del Acuerdo 1-2013], se inobservó el requisito aludido (CC, auto 4117-2019, 20 de enero de 2020).

casos de urgencia que el tribunal calificará. Esta posibilidad lógicamente implica que la urgencia se encuentre debidamente argumentada y comprobada por quien comparece y, si subsistiere antes de resolver la garantía, estas sean valoradas y razonadas por los tribunales constitucionales.

Ante la inobservancia inicial de adjuntar documentación acreditativa de la representación alegada, debe tomarse en cuenta que, en ocasión de la subsanación, es factible que un representante legal distinto a quien inicialmente compareció, acuda ante el órgano jurisdiccional; en este caso, si la nueva persona presenta documentos suficientes, corresponde tener por cumplido el requisito (CC, auto 4117-2019, 20 de enero de 2020).

Para concluir el tema de la representación, es importante distinguirla de la propiedad. En una ocasión, la Corte revocó la suspensión dispuesta, entre otros motivos, por no acreditar la propiedad de una empresa mercantil, dado que el postulante compareció en el amparo en *calidad de propietario* del mencionado bien. La CC señaló que el postulante acompañó al escrito inicial copia simple de la patente de empresa; además, ese requisito era inexigible, puesto que ser propietario de un bien no es una calidad que deba ser acreditada [para verificar el cumplimiento del requisito en comentario], toda vez que no constituye una representación que deba ejercitarse, pues el compareciente actúa en nombre propio (CC, auto 2984-2018, 30 de julio de 2018).

Finalmente, sobre los datos relativos a la existencia y personalidad en caso que la amparista sea persona jurídica, en una ocasión en que la sociedad postulante no precisó en su escrito inicial tales datos, la Corte resolvió que la suspensión por incumplimiento de ese requisito devenía improcedente, toda vez que los datos se podían colegir de los documentos que se adjuntaron a la garantía, específicamente del acta notarial de nombramiento de la administradora y la constancia de registro extendida por el Registro Mercantil (CC, auto 1838-2020, 1 de junio de 2020).

**c) *Nombre del o de los abogados colegiados activos que patrocinan la acción, así como el número de colegiado de cada uno de ellos***

La Corte registra pronunciamientos en los que ha señalado que su omisión en la etapa inicial no incide en la prosecución del trámite de la garantía, siendo factible que sea subsanado hasta antes de dictarse

sentencia; en caso de incumplimiento, esto podría generar, *según las características particulares del caso* –según precisó la misma Corte–, la suspensión definitiva (CC, auto 6740-2019, 20 de enero de 2020; CC, auto 2512-2019, 24 de junio de 2019).

Además, en un caso en el que no se señaló el número de colegiado activo, y en el que se denunciaba vulneración de los derechos a la salud y a la seguridad social, por la amenaza de que no fuera proporcionado el medicamento necesario para el tratamiento de su enfermedad, la CC dispuso que el requisito podría subsanarse de oficio por el tribunal, requiriendo apoyo al colegio profesional (CC, auto 5559-2019, 11 de noviembre de 2019).

#### **d) *Especificación de la autoridad, funcionario, empleado, persona o entidad contra quien se interpone el amparo***

Requisito considerado de imprescindible cumplimiento (CC, auto 5559-2019, 11 de noviembre de 2019; CC, auto 3730-2019, 13 de agosto de 2019; CC, auto 3336-2019, 5 de agosto de 2019). Posibilita verificar el cumplimiento de la legitimación pasiva y, ante el eventual otorgamiento de la tutela, establecer los remedios adecuados y exigir su cumplimiento a la autoridad o autoridades obligada. En caso de incongruencias en la denominación de la autoridad, dentro de los distintos apartados del escrito inicial, el tribunal deberá establecer si la deficiencia impide determinar contra quién se dirige la acción, pues de lo contrario, no corresponde la fijación de plazo de subsanación (CC, auto 4842-2019, 23 de septiembre de 2019; CC, auto 2892-2019, 5 de agosto de 2019).

#### **e) *Individualización de terceros y lugar para notificarlos, o indicación de desconocerlo***

La intervención de una persona dentro del trámite de un proceso de amparo, en la calidad indicada, debe ser establecida, por influjo de lo previsto en el artículo 6 de la LAEPC, por el órgano jurisdiccional a cargo de la sustanciación del proceso, ya sea a propuesta de las demás partes o por estimación propia, derivado del estudio exhaustivo del escrito de interposición o documentación remitida por la autoridad. Ha señalado la CC que no es procedente que el tribunal argumente, para resolver una petición sobre vinculación de determinada persona, que ni

la accionante ni la autoridad la señalaron como tercera, puesto que recae sobre el órgano jurisdiccional la obligación de realizar tal calificación (CC, auto 7264-2019, 10 de febrero de 2020; CC, auto 6548-2019, 13 de enero de 2020; CC, auto 2045-2019, 13 de agosto de 2019).

En principio, el requisito debe ser cumplido por el amparista, conforme el artículo 34 de la LAEPC. Ahora bien, si este requisito formal es incumplido por quien acciona, corresponde al Tribunal determinar, del estudio de las actuaciones obrantes, a quiénes debe dar intervención como terceros, sin que tal omisión pueda motivar válidamente la suspensión del amparo. A lo anterior, debe agregarse que corresponde al postulante señalar el lugar en el que pueden ser notificados los terceros, dentro o fuera de la circunscripción municipal del tribunal. La CC ha sostenido que el señalamiento de la dirección de un tercero interesado, dentro de la circunscripción municipal de la sede del tribunal, constituye una carga que no puede atribuírsele al amparista (CC, auto 1838-2020, 1 de junio de 2020; CC, auto 413-2019, 27 de mayo de 2019).

Conforme el artículo 50 del Acuerdo 1-2013, el tribunal deberá practicar a los terceros interesados la primera notificación en el lugar referido por el postulante o en el que conste en el expediente subyacente, de ser el caso; si no fueren hallados en tal lugar, el órgano judicial deberá requerir información a los registros públicos, para ubicarlos. La imposibilidad de hallar a un tercero interesado, agotados todos los mecanismos posibles, no puede afectar la prosecución del trámite de la garantía; en todo caso, correspondería su desvinculación en el proceso.

#### **f) Descripción del acto reclamado, especificando su contenido**

En diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado señalando que este es uno de los requisitos catalogados como de imprescindible cumplimiento (CC, auto 5559-2019, 11 de noviembre de 2019; CC, auto 3730-2019, 13 de agosto de 2019; CC, auto 3336-2019, 5 de agosto de 2019).

Ahora bien, sobre deficiencias en la observancia de este requisito, pueden presentarse dos posibilidades. La primera, es que exista una deficiencia técnica de tal magnitud que impide establecer cuál es el acto reclamado. Frente a esto, se requiere de la fijación de plazo para la subsanación y, en caso de incumplimiento, procede la suspensión definitiva, por tratarse de un requisito de imprescindible cumplimiento, cuya

subsanción no corresponde ser efectuada a instancias del tribunal (CC, auto 374-2019, 25 de febrero de 2019; CC, auto 5064-2018, 28 de enero de 2019; CC 327-2018, 19 de marzo de 2018). La segunda, es que exista un error formal en la identificación del acto, pero de la descripción de su contenido, de los agravios presentados o de las peticiones realizadas, puede inferirse cuál es la decisión reprochada. En este supuesto, no es requerida la fijación de plazo para la subsanción, con fundamento en los principios de impulso de oficio y *pro actione* (CC, auto 6662-2019, 14 de abril de 2020).

Sobre errores subsancibles, incluso de oficio, véanse los supuestos descritos a continuación:

- Imprecisiones en el señalamiento del acto reclamado en el apartado específico, pero posibilidad de establecerlo en otros apartados del escrito inicial: si es posible establecer lo resentido en la garantía, la suspensión del trámite por ese motivo resulta improcedente (CC, auto 6066-2019, 18 de noviembre de 2019).
- Imprecisiones en la fecha del acto reclamado: el tribunal, al recibir los antecedentes, puede tener a la vista el pronunciamiento que por esa vía se reprocha, a partir de lo cual se encuentra en posibilidad de determinar la fecha del acto. La Corte ha diferido de la decisión de suspensión adoptada en primer grado, por imprecisiones en la fecha de la decisión señalada como lesiva, en ocasiones en las que se erró en el señalamiento del mes en que fue proferida (CC, auto 5133-2019, 14 de octubre de 2019; CC, auto 381-2019, 25 de febrero de 2019) o el año (CC, auto 791-2018, 6 de mayo de 2019; CC, auto 4206-2018, 4 de octubre de 2018).
- *Falta de indicación de fecha del acto reclamado*: existen supuestos en los que el incumplimiento de señalar la fecha de lo reclamado obedece a la naturaleza de lo reprochado y, por tal razón, la exigencia de ese requisito es innecesaria. En ese sentido se pronunció la CC cuando: i) lo reprochado lo constituye la totalidad de las actuaciones emitidas dentro de un proceso (CC, auto 1542-2019, 6 de mayo de 2019); ii) lo denunciado consiste en amenazas y, por tanto, los efectos prevalecen en el tiempo y no puede determinarse una fecha cierta hasta que se concrete (CC, auto 2878-2019, 13 de agosto de 2019) y iii) el accionante reclama una actitud omisa de la autoridad cuestionada (CC, auto 2833-2019, 29 de julio de 2019).

- *Incongruencias sobre la fecha del acto reclamado en distintos apartados del escrito*: tal deficiencia técnica en el planteamiento del amparo puede ser subsanada por el tribunal en estudio de las actuaciones y, por tanto, la suspensión en definitiva basada en ese motivo es improcedente (CC, auto 4854-2018, 28 de enero de 2019).
- *Incongruencias en la denominación de la naturaleza del acto reclamado*: bajo el mismo criterio que privilegia la subsanación de oficio en inconsistencias superables, se pronunció la CC cuando, frente a un error en la denominación de la naturaleza del acto reclamado, estimó que tal yerro era irrelevante, pues la naturaleza del acto reclamado y su contenido se podía advertir de la lectura del escrito inicial (CC, auto 863-2019, 20 de mayo de 2019).

En lo que respecta al expediente en el que fue emitido el acto, puede acontecer incongruencia entre el identificado en el apartado correspondiente y el descrito en otros segmentos del escrito inicial. De ello surge la dificultad en la forma de requerir los antecedentes o informe circunstanciado a la autoridad denunciada. En este caso, la autoridad reprochada debiera, en procura de la garantía del derecho al acceso a la justicia, a partir del requerimiento efectuado por el juez constitucional, ubicar los antecedentes a partir de la identificación de los sujetos procesales, la naturaleza del proceso solicitado y otros datos que puedan extraerse del escrito de planteamiento.

Debe recordarse que, conforme los principios *pro actione* y de impulso de oficio, el tribunal debe procurar, por todos los medios, no suspender la acción. Únicamente en caso que la autoridad no lograra identificar el expediente, luego de haber empleado todos los medios a su alcance, procedería fijar plazo de subsanación, bajo apercibimiento de suspensión, en caso de incumplimiento. Esa amplitud de criterio se evidencia en un caso en el que el *a quo* determinó una supuesta deficiencia entre algunos apartados y el segmento de individualización de los medios de prueba, razón por la que fijó plazo de subsanación, sin embargo, el amparista no compareció oportunamente, lo que motivó la suspensión. La CC señaló que el requerimiento era innecesario, pues la supuesta incongruencia aconteció en el expediente identificado en los medios de convicción ofrecidos, material que, en todo caso, debía ser

calificado en la etapa correspondiente (CC, auto 4122-2019, 2 de septiembre de 2019; CC, auto 970-2019, 30 de abril de 2019).

**g) Derechos fundamentales o principios denunciados como amenazados o violados y normas en las que estén contenidos**

Dado que este requisito se encuentra estrechamente vinculado con el contenido en la literal h) del Acuerdo 1-2013, se abordará de forma conjunta en el siguiente apartado. Baste indicarse acá que la sola enunciación de los derechos vulnerados no sustituye la expresión de agravios requerida, pues es esta última la que aportará la argumentación sobre la que los tribunales partirán para decidir la procedencia o no de la tutela requerida.

**h) Hechos y argumentaciones que expliquen y argumenten la forma como acaeció la violación o amenaza y que fundamenten la pretensión**

Los hechos permiten comprender la forma en que se produjo el acto; también debe señalarse que en el informe y la documentación que consta sobre las actuaciones subyacentes podría corroborarse y complementarse tal información. Por otro lado, en cuanto a las argumentaciones que expliquen la forma en que aconteció la violación o amenaza denunciada, conocidas también como *agravios*, la Corte ha referido, en sus pronunciamientos, que tal requisito es de imprescindible cumplimiento (CC, auto 6994-2019, 25 de mayo de 2020; CC, auto 5559-2019, 11 de noviembre de 2019; CC, auto 3730-2019, 13 de agosto de 2019; CC, auto 3336-2019, 5 de agosto de 2019).

Sobre el cumplimiento de este último requisito debe considerarse que, en efecto, la invocación del agravio que se estima provocó la autoridad denunciada, junto a la argumentación que lo desarrolle, constituye una carga procesal atribuible al postulante que condiciona la posibilidad del tribunal de resolver el fondo del asunto, dado que es precisamente la finalidad del amparo la de otorgar respuestas frente a las alegaciones de violaciones de derechos humanos. No puede dejarse de indicar acá que los tribunales se encuentran facultados, conforme el artículo 42 de la LAEPC, a examinar fundamentos

de derecho aplicables, incluso si no hubieren sido alegados por los peticionarios, facultad que también encuentra sustento en el principio *iura novit curiae*.

### **i) Casos de procedencia**

El legislador constituyente, en el artículo 10 de la LAEPC, enumeró casos de procedencia para la promoción de la referida garantía, los cuales no excluyen cualesquiera otros casos que, no estando comprendidos expresamente, sean susceptibles de amparo. El hecho de que los casos de procedencia del amparo sean *numerus apertus*, evidencia la amplitud con la que fue diseñada la institución del amparo en el ámbito guatemalteco. Debido a esta característica, en la calificación de este requisito, los tribunales de amparo están llamados a tener un criterio amplio, sobre todo en aquellos casos en los que no se realice una remisión expresa a los supuestos contenidos en el artículo 10 precitado. La consideración transcrita a continuación es ilustrativa:

... la identificación del caso de procedencia no implica que el postulante deba referirse exclusivamente a alguno de los incisos enumerados en el referido artículo, transcribiendo su contenido; en cambio, tal requisito se encuentra orientado a lograr la determinación de la situación que, a consideración del accionante, le habilita para pedir amparo; en tal sentido, la norma precitada reconoce que el listado incluido en esta no es restrictivo, pudiendo existir otros casos distintos a los expresamente regulados en la norma, que habiliten la promoción de la garantía referida [...] tal requisito no puede traducirse únicamente en la exigencia de señalar alguno de los incisos taxativamente referidos por la norma, siendo viable la adecuación de cualquiera de esos supuestos a la situación concreta; en tal sentido, en el presente caso, lo expresado por el postulante puede encuadrarse en cualquiera de los supuestos transcritos (incisos a, b o d) y, aun si no fuera el caso, la norma habilita señalar cualquier otro caso –distinto a los regulados– que haga susceptible la protección que el amparo conlleva. (CC, auto 1476-2018, 14 de mayo de 2018, págs. 6 y 7)

Las anteriores estimaciones imponen la necesidad de realizar la calificación de este requisito desde una perspectiva amplia. La exigencia de señalar uno o varios casos de procedencia, mientras estén adecuadamente expresados los motivos de agravio, admitiría la posibilidad de

subsanción por el propio tribunal, quien podría, de las argumentaciones esgrimidas, verificar que el caso encuadre en uno o más de los supuestos previstos en la ley (o aun en otro). Puede afirmarse incluso que la citación del caso de procedencia se considera una formalidad cuyo sentido es difícil de justificar en atención a su vinculación con la posibilidad de conocer el fondo del asunto, pues la procedencia del amparo guatemalteco precisamente se caracteriza por su amplitud. Aquellas situaciones que no sean susceptibles de ser tuteladas por amparo podrán ser catalogadas como derivación del análisis de lo reclamado y los agravios, sin necesidad de acudir a los casos invocados (o no).

***j) Individualización de los medios de comprobación, o si requiere que se releve de prueba***

El cumplimiento de este requisito no condiciona la admisibilidad o prosecución de la acción, sino la comprobación de la existencia de las violaciones alegadas y la consiguiente determinación de la procedencia de la protección. Constituye pues, un aspecto técnico que no debe ser evaluado en la etapa de admisión del amparo, sino, en una primera ocasión, al decidirse sobre la etapa probatoria (conforme los artículos 16 y 28 del Acuerdo 1-2013) y, posteriormente, en las valoraciones efectuadas en sentencia. De no comprobarse las violaciones, mediante los mecanismos idóneos, corresponderá la desestimación de la pretensión.<sup>16</sup>

***k) Detalle preciso de los efectos de la protección constitucional que pretende***

Aunque en algunas ocasiones la Corte lo ha calificado como de imprescindible cumplimiento (CC, auto 5559-2019, 11 de noviembre de 2019; CC, auto 3730-2019, 13 de agosto de 2019; CC, auto 3336-2019, 5 de agosto de 2019), se registran ocasiones en las que ha tenido un criterio amplio, señalando que la satisfacción o no de esa exigencia formal no repercute en la posibilidad de proseguir el trámite ni exige al tribunal de cumplir con su obligación de precisar los efectos de la protección, en

<sup>16</sup> Es importante señalar que, en los casos judiciales, los puntos alegados se refieren principalmente a cuestiones de derecho, en los que basta el análisis de las actuaciones para determinar la existencia del acto reclamado y la concurrencia o no de las violaciones invocadas.

caso de una sentencia estimatoria, conforme el artículo 49 de la LAEPC. A este corresponde, en última instancia, determinar las acciones que de mejor forma conducirán a restituir la vulneración o detener la amenaza (CC, auto 177-2019, 8 de abril de 2019). Asimismo, se consideró que la falta de requerimiento expreso del otorgamiento de la acción no impedía determinar cuál era la pretensión del accionante en el caso concreto, razón por la cual la fijación de plazo para subsanar ese extremo era improcedente (CC, auto 413-2019, 27 de mayo de 2019).

### ***l) Lugar, fecha y firma del solicitante o a ruego***

La normativa es clara en señalar que el amparista puede signar el escrito, o bien, en caso de no saber o no encontrarse posibilitado, será prescindible su firma mientras que el abogado patrocinante firme en su auxilio. En una oportunidad en la que el amparista compareció bajo su propio auxilio, la CC dictaminó que la firma sí configuraba un requisito de imprescindible cumplimiento, al ser señal de validación del accionante en cuanto a lo manifestado en amparo y, en ese caso, también aceptación del profesional auxiliante para el ejercicio de esa calidad (CC, auto 2378-2020, 16 de septiembre de 2020) Este último requisito será abordado a continuación.

### ***m) Firma y sello del abogado colegiado patrocinante***

Requisito valorado por la CC como de imprescindible cumplimiento (CC, auto 1898-2018, 11 de junio de 2018). Sobre la posibilidad de acudir en amparo sin auxilio profesional, sirva señalar que el artículo 26 de la LAEPC prevé el supuesto en que el accionante se trate de una persona notoriamente pobre o ignorante, menor de edad o en situación de discapacidad, casos que facultan para presentar solicitud verbal, debiéndose remitir el acta al Procurador de los Derechos Humanos para que aconseje o patrocine a la persona. Esta disposición evidencia que el auxilio profesional es un requisito de imprescindible cumplimiento, aun en situaciones calificadas, en las que, de

no contarse con auxilio de abogado, correspondería el patrocinio al citado Procurador.

## Otros requisitos

- *Adhesión de timbre forense*: este requisito no se encuentra enlistado en aquellos exigidos en el escrito inicial; tomando ello en cuenta, la CC consideró que, en cualquier caso, puede cumplirse hasta antes de dictarse sentencia (CC, auto 2378-2020, 16 de septiembre de 2020).
- *Señalamiento de la fecha en que fue notificado el acto reclamado*: tal requisito no se encuentra establecido en el artículo 10 del Acuerdo 1-2013; la obligación de verificar el cumplimiento de la temporalidad corresponde al tribunal, luego de recibida la documentación por parte de la autoridad, por lo que aun cuando el accionante no señale la fecha en la que fue notificado o tuvo conocimiento del acto, el tribunal debería verificar su cumplimiento oportunamente (CC, auto 1403-2018, 21 de mayo de 2018; CC, auto 1931-2018, 14 de mayo de 2018).

## Reflexiones

El derecho de acceso a la justicia se encuentra garantizado a favor de los habitantes del país en disposiciones constitucionales e internacionales. Según ha señalado la Corte IDH, los recursos internos –entendida la expresión de forma amplia, en la que se incluye el amparo, como procedimiento judicial sencillo y breve cuyo objeto es la tutela de los derechos– deben ser efectivos, es decir, capaces de cumplir con el objetivo para el que fueron diseñados, lo que implicaría, entre otras cuestiones, que su conocimiento no se condicione a exigencias procesales que resulten fútiles. Esto, sin embargo, no descarta que los recursos deban estar sujetos al cumplimiento de requisitos de admisibilidad y procedencia, por razones de seguridad jurídica.

En el caso del amparo guatemalteco, las disposiciones legales de la materia establecen los requisitos que deben observarse en el planteamiento de esa garantía; dentro de estos, los de índole formal, que

corresponden ser calificados en las primeras etapas. Su incumplimiento produce distintas consecuencias, entre ellas, la suspensión definitiva de la acción. Por esta razón, se considera que, al tratar el tema de los requisitos formales y su calificación, debe tenerse presente que lo que está en juego es, en el fondo, el derecho de acceso a la justicia.

A lo largo del trabajo se han recopilado criterios que parecen favorecer el acceso a un recurso sencillo y efectivo. En los fallos citados, la CC ha realizado consideraciones sobre la necesidad de aplicar restrictivamente la facultad de suspensión por incumplimiento de requisitos, fijando parámetros y principios acordes a la garantía, para llevar a cabo esa tarea. Varias resoluciones ejemplifican la posibilidad de que algunos requisitos inicialmente incumplidos puedan ser subsanados de oficio por los tribunales, en análisis integral de las actuaciones o incluso mediante el auxilio de los registros públicos. La CC, en diversas ocasiones, ha privilegiado el cumplimiento implícito de los requisitos, por sobre una inadecuada subsanación de requerimientos innecesarios.

Lograr la identificación precisa del amparista, la acreditación de la representación, la identificación de la autoridad denunciada o del acto señalado como lesivo y los agravios que se le endilgan, son aspectos que toda garantía de amparo debe cumplir para que el tribunal esté en posibilidades de emitir una decisión sobre el asunto, aunque algunos ejemplos y reflexiones realizadas permitirían concluir que otros requisitos podrían incluso, en casos calificados, ser prescindibles.

El caso más claro es, quizá, el del señalamiento de los supuestos de procedencia del amparo. El incumplimiento de datos de identificación como el estado civil, la nacionalidad, la profesión u oficio y el domicilio, o bien, el número de colegiado activo del abogado patrocinante, con dificultad puede provocar válidamente la imposibilidad del tribunal de resolver el problema jurídico planteado. Esa misma consideración se estima aplicable a los datos relativos a la existencia y personalidad del amparista, cuando se trata de una persona jurídica.

Por su parte, la omisión de ofrecimiento de medios de comprobación por el postulante constituye una deficiencia técnica que no posee efecto directo en la continuación del trámite, pero sí en la capacidad

de comprobar la existencia del acto reclamado y los agravios que se le endilgan y, por ende, en la decisión del asunto principal. Debe tomarse en cuenta también que las demás partes tienen posibilidad de aportar prueba y, de estimarse necesario, el mismo tribunal está facultado para realizar pesquisas de oficio o dictar auto para mejor fallar, en atención a lo dispuesto en los artículos 36 y 40 de la LAEPC.

En cuanto a la representación, los criterios recopilados demuestran directrices variables en la calificación de este requisito: acorde a la sencillez del amparo, la posibilidad de que el representante que inicialmente comparece, y que no posea facultades de representación suficientes, pueda ser sustituido por quien sí las ostente; o bien, la calificación de la vigencia material del poder, por sobre la imprecisión en la razón de inscripción. Más alejado del principio de sencillez, se considera el criterio relativo a la imposibilidad de que las facultades de representación legal del órgano de administración se extiendan fuera del plazo para el que fue designado, mientras su sucesor no tome posesión, interpretación que podría mermar la efectividad de la garantía.

En lo que respecta a otros requisitos cuyo incumplimiento constituyen innegablemente una carga procesal de quien acciona en amparo, como su presentación ante órgano competente, la identificación de los terceros interesados, el lugar para que estos reciban notificaciones, o el detalle preciso de los efectos de la protección, debe también considerarse las obligaciones que las normas procesales imprimen sobre los tribunales al momento de verificar estos aspectos. En tal sentido, corresponde al propio tribunal calificar su competencia y, en su caso, remitir la garantía al órgano competente, determinar quiénes poseen interés en el asunto y disponer sobre los remedios que logren prevenir o reparar los actos que produzcan violación a derechos humanos.

El análisis particular de cada requisito y de los criterios acá expuestos también permite extraer algunos elementos de conveniente análisis en la tarea de verificación. En principio, es importante que el tribunal compruebe que el requisito formal que exige esté debidamente previsto en la ley y su señalamiento corresponda una carga procesal atribuible a quien acciona. Seguidamente, debe analizar si existe la posibilidad de que sea subsanado de oficio. Si ese no es el caso, el juez deberá valorar, previo requerimiento de subsanación, las consecuencias

de un eventual incumplimiento. En tal tarea, deberá distinguir si el requisito condiciona la posibilidad de emitir una decisión de fondo. En este supuesto, si luego de transcurrido el plazo para la subsanación, el postulante no lo hiciere, el juez estará en condiciones de disponer la suspensión definitiva.

De decidirse la suspensión definitiva, la argumentación del tribunal debe evidenciar la imposibilidad de continuar con la tramitación del amparo, en tanto existe una omisión en el cumplimiento de una obligación que tiene relación con la eficacia de lo pedido; además, deberá haber efectuado una adecuada ponderación entre el derecho en mención con relación a los derechos que pretenden ser protegidos (análisis que, además, deberá considerar de forma diferenciada aquellos casos en los que se aleguen violaciones a grupos en situación de vulnerabilidad). Solo cumplido todo lo anterior, puede considerarse que la decisión de restricción del derecho es legítima. Por el contrario, la exigencia del cumplimiento de un requisito que no se encuentre previsto en la ley, ya hubiere sido satisfecho, sea prescindible o merezca ser obviado en atención a los bienes jurídicos que pretenden protegerse, constituye excesivo rigorismo que restringe indebidamente el derecho de acceso a la justicia, tornando la garantía en ineficaz.

Generalmente, el análisis sobre el cumplimiento de requisitos formales ha versado en determinar si cierto requisito posee o no la naturaleza de imprescindible. El presente trabajo intentó brindar elementos para formar un juicio con relación a cada requisito previsto en la ley. Sin embargo, es necesario destacar que en la tarea de calificación no es adecuado encorsetarse en reglas cerradas, que califiquen de forma invariable los requisitos. La valoración de las circunstancias del caso resultaría necesaria en esta calificación, a fin de evitar fórmulas cerradas que impidan valorar situaciones especiales; esto permitiría descartar cualquier indicio de limitación ilegítima y, con ello, evitar el incumplimiento de las obligaciones estatales en materia de acceso a la justicia.

Así, existe suficiente apoyo normativo y jurisprudencial para que los tribunales realicen una labor argumentativa que tienda a maximizar la eficacia de ese derecho, lo cual resulta de aun mayor relevancia cuando se trata del medio procesal a través del cual se posibilita hacer exigibles el resto de derechos humanos.

## Conclusión

Al promoverse el amparo, debe procurarse que el planteamiento cumpla con todos los requisitos legales exigidos. Corresponde una tarea de los abogados patrocinantes, encargados de la juridicidad de la acción, velar porque este reúna las condiciones adecuadas para que el tribunal pueda examinar las vulneraciones alegadas. Ahora bien, los planteamientos pueden presentar deficiencias técnicas que repercuten en la posibilidad que el administrado acceda a la justicia constitucional.

Por el sistema de control constitucional diseñado en el ordenamiento guatemalteco, los amparos son conocidos, en primera instancia, por órganos jurisdiccionales con especialidad en materias de orden común. Así, un juez podría calificar los requisitos formales del amparo sin despojarse de los principios que rigen, por ejemplo, la materia civil o mercantil, o incluso aplicando normativa procesal distinta a la que rige el derecho constitucional.

Frente a esta situación, conviene tener presentes los distintos escenarios que pueden presentarse en la verificación de los requisitos formales y las soluciones jurídicas y fundamentos justificativos que podrían ser invocados, a fin de que la facultad discrecional en la calificación de tales requisitos sea ejercida por el juez sobre la base de parámetros que preserven la sencillez y la efectividad de la garantía. La jurisprudencia acá citada brinda ejemplos de criterios emanados del máximo tribunal constitucional, cuyo conocimiento y difusión resulta importante, con el objeto de evitar la adopción de decisiones que resten efectividad a las acciones, por medio de la fijación de requerimientos innecesarios o disposición de suspensiones definitivas que impidan el conocimiento y eventual reparación de las vulneraciones alegadas.

## Referencias

Asamblea General de Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica. [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

- Asamblea Nacional Constituyente. (1985, 31 de mayo). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985, 31 de mayo). Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto 1-86. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2005, 26 de mayo). Apelación de sentencia de amparo, 320-2005. <http://138.94.255.164/Sentencias/805910.320-2005.pdf>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2006, 7 de febrero). Inconstitucionalidad general parcial, 2706-2005. <http://138.94.255.164/Sentencias/807260.2706-2005.pdf>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2012, 3 de octubre). Amparo en única instancia, 2477-2012. (Roberto Molina Barreto, M.P.) <http://138.94.255.164/Sentencias/821717.2477-2012.pdf>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2013, 14 de noviembre). Competencias en materia de amparo. Auto Acordado 1-2013. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2013, 26 de junio). Amparo en única instancia, 4804-2012. (Héctor Hugo Pérez Aguilera, M.P.) <http://138.94.255.164/Sentencias/836270.4804-2012.pdf>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2013, 9 de diciembre). Disposiciones reglamentarias y complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Acuerdo 1-2013. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2015, 29 de octubre). Amparo en única instancia, 617-2015. (Héctor Hugo Pérez Aguilera, M.P.) <http://138.94.255.164/Sentencias/832389.617-2015.pdf>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2017, 22 de agosto). Amparo en única instancia, 639-2017. (Gloria Patricia Porras Escobar, M.P.) <http://138.94.255.164/Sentencias/836706.639-2017.pdf>
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 11 de junio). Ocurso en queja, 1898-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 14 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 1476-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 14 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 1931-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 19 de marzo). Apelación de auto de suspensión, 327-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 21 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 1403-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 25 de octubre). Apelación de auto de suspensión 4445-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 30 de julio). Apelación de auto de suspensión, 2984-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 31 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 1900-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 4 de octubre). Apelación de auto de suspensión, 4206-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2018, 5 de diciembre). Apelación de auto de suspensión, 4444-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 11 de noviembre). Apelación de auto de suspensión, 5722-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 11 de noviembre). Apelación de auto de suspensión, 6260-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 11 de noviembre). Ocurso en queja, 5559-2019).

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 13 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 2878-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 13 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 3730-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 13 de agosto). Ocurso en queja, 2045-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 14 de agosto). Amparo en única instancia, 823-2019. (Bonerge Amilcar Mejía Orellana, M.P.) <http://138.94.255.164/Sentencias/842399.823-2019.pdf>

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 14 de octubre). Apelación de auto de suspensión, 5133-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 18 de noviembre). Apelación de auto de suspensión, 6066-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 2 de septiembre). Apelación de auto de suspensión, 4122-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 20 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 863-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 23 de septiembre). Apelación de auto de suspensión, 4842-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 23 de septiembre). Apelación de auto de suspensión, 820-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 24 de junio). Apelación de auto de suspensión, 2512-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 25 de febrero). Apelación de auto de suspensión, 128-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 25 de febrero). Apelación de auto de suspensión, 374-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 25 de febrero). Apelación de auto de suspensión, 381-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 27 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 2001-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 27 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 672-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 27 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 674-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 27 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 413-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 28 de enero). Apelación de auto de suspensión, 4854-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 28 de enero). Apelación de auto de suspensión, 5064-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 28 de enero). Apelación de auto de suspensión, 5708-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 28 de enero). Ocurso en queja, 4378-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 29 de julio). Apelación de auto de suspensión, 2833-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 30 de abril). Apelación de auto de suspensión, 791-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 30 de abril). Apelación de auto de suspensión, 970-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 4 de febrero). Apelación de auto de suspensión, 4671-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 5 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 2892-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 5 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 3336-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 6 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 1542-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 8 de abril). Apelación de auto de suspensión, 177-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 9 de diciembre). Apelación de auto de suspensión 5322-2018.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2019, 9 de diciembre). Apelación de auto de suspensión, 3094-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 1 de junio). Apelación de auto de suspensión, 1838-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 10 de agosto). Apelación de auto de suspensión, 2127-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 10 de febrero). Ocurso en queja, 7264-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 10 de junio). Ocurso en queja, 955-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 13 de enero). Ocurso en queja, 6548-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 14 de abril). Apelación de auto de suspensión, 6662-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 16 de septiembre). Apelación de auto de suspensión, 2378-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 18 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 326-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 18 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 795-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 18 de mayo). Ocurso en queja, 889-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 20 de enero). Apelación de auto de suspensión, 4117-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 20 de enero). Apelación de auto de suspensión, 6740-2019.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 21 de julio). Planteamiento de error substancial en el procedimiento, 2177-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 22 de octubre). Apelación de auto de suspensión, 2635-2020.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 25 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 1470-2020.

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 25 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 6994-2019.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 27 de abril). Apelación de auto de suspensión, 6960-2019.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 27 de julio). Apelación de auto de suspensión, 2179-2020.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 28 de septiembre). Apelación de auto de suspensión, 2972-2020.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2020, 4 de mayo). Apelación de auto de suspensión, 5380-2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1988, 29 de julio). Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997, 3 de noviembre). Caso Castillo Páez Vs. Perú, Fondo. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_34\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_34_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1998, 27 de noviembre). Caso Loayza Tamayo Vs. Perú, Reparaciones y Costas. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003, 27 de noviembre). Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_103\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_103_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 22 de septiembre). Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_153\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006, 24 de noviembre). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_158\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

Instituto de Justicia Constitucional – Corte de Constitucionalidad. (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. Guatemala: Instituto de Justicia Constitucional – Corte de Constitucionalidad.

Konrad Adenauer Stiftung. (2019). Convención Americana sobre Derechos Humanos, Comentario (segunda ed.). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.

Real Academia Española. (2020). Principio *pro actione*. En *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Recuperado el 1 de septiembre de 2020, de <https://dpej.rae.es/lema/principio-pro-actione>



# El amparo colectivo en Guatemala: una evolución garantista en la interpretación del presupuesto procesal de legitimación activa

## *Collective amparo in Guatemala: a guaranteed evolution in the interpretation of the procedural requirement in the standing to sue doctrine*

*Emanuel Castellanos Castillo*

### Resumen

El amparo colectivo ha sido producto de una innovación jurisprudencial provocada como consecuencia de la necesidad de garantizar el goce y respeto de los derechos supraindividuales o difusos, para lo cual, ha existido una evolución en los criterios que se utilizan para determinar la legitimación activa en el amparo, en aras de garantizar el acceso a la justicia constitucional y procurar una mayor efectividad del amparo. El presente trabajo realiza un análisis sobre la evolución que ha tenido la interpretación del presupuesto de legitimación activa en el amparo colectivo en la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. En la primera parte, proporciona conceptos generales acerca del amparo, la legitimación activa y los derechos supraindividuales, para contribuir a una mejor comprensión del objeto de análisis. En la segunda parte, desarrolla el examen respecto de la evolución de los criterios emitidos por la Corte de Constitucionalidad para determinar la legitimación activa en el amparo colectivo. De esa cuenta, el artículo propone la tesis de que el amparo colectivo ha sido producto de un proceso evolutivo en la interpretación garantista del presupuesto procesal de legitimación activa.

**Palabras clave:** amparo colectivo, legitimación activa, derechos colectivos, derechos difusos, derechos supraindividuales, jurisprudencia, Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Universidad de San Carlos de Guatemala. Maestrando en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. Letrado de magistratura, Corte de Constitucionalidad, Guatemala. [ecgarcia@hotmail.com](mailto:ecgarcia@hotmail.com)

## Abstract

*Collective amparo proceedings have been the result of a jurisprudential innovation, which was established by the need to guarantee the enjoyment and respect of supra-individual or diffuse rights. To this end, there has been an evolution in the criteria used to determine the standing to sue in amparo proceedings, in order to guarantee access to constitutional justice and to ensure greater effectiveness of the amparo proceedings. This paper analyzes the evolution of the interpretation of the standing to sue requirement in collective amparo proceedings in the jurisprudence of the Guatemalan Constitutional Court. In the first part, it provides general concepts about amparo, active legitimation and supra-individual rights, to contribute to a better understanding of the object of analysis. In the second part, it examines the evolution of the criteria issued by the Constitutional Court to determine the standing of a petitioner in collective amparo proceedings. In this regard, the article proposes the thesis that collective protection has been the product of an evolutionary process in the interpretation of the standing to sue requirement.*

**Key words:** *collective amparo, active legitimation, collective rights, diffuse rights, supra-individual rights, jurisprudence, Constitutional Court of Guatemala.*

---

## SUMARIO

Resumen – Introducción – Consideraciones preliminares –  
Determinación de la legitimación activa en el amparo colectivo  
– Conclusión – Referencias

---

# **El amparo colectivo en Guatemala: una evolución garantista en la interpretación del presupuesto procesal de legitimación activa**

***Collective amparo in Guatemala: a guaranteed  
evolution in the interpretation of the procedural  
requirement in the standing to sue doctrine***

*Emanuel Castellanos Castillo*

## **Introducción**

El presente trabajo tiene por objeto analizar la evolución que ha tenido la práctica jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, respecto de la interpretación del presupuesto de legitimación activa en el amparo colectivo. Para el efecto, en la primera parte se abordan aspectos generales acerca de la garantía constitucional de amparo, el presupuesto de legitimación activa y los derechos supraindividuales, a efecto de proporcionar los elementos necesarios que confluyen en el punto central del objeto de análisis. Dicho apartado introduce la confrontación que, aparentemente, existe entre la forma en que se ha concebido el amparo en el ordenamiento jurídico guatemalteco y el reconocimiento de una legitimación extraordinaria para promoverlo cuando se pretende hacer valer derechos difusos o colectivos. Todo lo cual contribuye a una mejor comprensión del proceso evolutivo que se entra a dilucidar más adelante, en cuanto a la interpretación de la legitimación activa en el amparo colectivo.

De esa cuenta, en la segunda parte se desarrolla el análisis respecto de la evolución de los criterios emitidos por la Corte de Constitucionalidad para determinar la legitimación activa en el amparo colectivo. Para ello, se estudian conceptos como la *class action* y la *actio popularis* que

guardan similitud en la forma en que se configura el amparo colectivo, a efecto de determinar si este encuadra o no en alguna de esas categorías; asimismo, se analizan los elementos que probablemente motivaron el reconocimiento de una legitimación extraordinaria para la promoción del amparo, como el modelo de democracia contemporánea y las tendencias neoconstitucionalistas. Finalmente, este apartado se nutre con el análisis de casos que permite evidenciar la forma en que se ha desarrollado el amparo colectivo en Guatemala, específicamente en cuanto a la determinación de la legitimación activa para promoverlo.

Desde esa perspectiva, la tesis de este artículo, es que el amparo colectivo ha sido producto de un proceso evolutivo en la interpretación del presupuesto procesal de legitimación activa, tomando en cuenta que, en el orden normativo guatemalteco, no se encuentra reconocido expresamente, ni se hace referencia a la protección de los derechos difusos o supraindividuales que constituyen el objeto de su institución, sino más bien, ha sido por vía pretoriana que se han reconocido sus alcances y determinados aspectos como el de quienes tienen la aptitud para promoverlo. Esa falta de regulación ha provocado que exista un indeterminismo respecto de a quien le asiste la facultad de promover el amparo de carácter colectivo, tomando en cuenta que el atributo del agravio personal y directo no puede ser el que determine la legitimación en este tipo de asuntos, todo lo cual ha generado que la Corte de Constitucionalidad sea la que haya ido innovando su jurisprudencia reconociendo las formas de legitimación, procurando siempre una evolución garantista en aras de una adecuada y efectiva protección de los derechos fundamentales.

## **Consideraciones preliminares**

Históricamente, el amparo se origina como un mecanismo de defensa al alcance de los habitantes de un Estado frente a los abusos del poder público en perjuicio de sus derechos fundamentales. Esta garantía es propia de un Estado Constitucional de Derecho, en el que la Constitución nace como un límite al poder, no solo reconociendo los derechos inherentes a la persona, sino estableciendo los instrumentos adjetivos necesarios para garantizar el efectivo goce de esos derechos.

Es bien sabido que, para promover la acción constitucional de amparo, el interesado debe demostrar la existencia de un agravio personal

y directo, pues de lo contrario, la acción intentada resulta inviable, al no encontrarse legitimado el postulante para solicitar la tutela constitucional. Lo anterior en atención a que el interés legítimo radica en la existencia de una vulneración ocasionada sobre su persona, y en razón de ello, la protección constitucional no puede ser solicitada en favor de terceros, de ahí que, de no advertirse dicha condición, el amparo no tiene razón de ser. Es en ese contexto que se concibe el presupuesto procesal de legitimación activa como la aptitud que posee una persona para solicitar la tutela constitucional, no solo por su capacidad procesal, sino también por el derecho propio que pretende hacer valer; sin perjuicio de que, quien acude en amparo lo haga personalmente, o bien, por medio de un representante debidamente acreditado, pero en todo caso, se entenderá que existe legitimación activa no respecto del que ejerce la representación sino del que la otorga.

Desde esa perspectiva, en reiterada jurisprudencia, verbigracia los pronunciamientos emitidos dentro de los expedientes 2422-2014, 2620-2015 y 4416-2016, la Corte de Constitucionalidad ha sido enfática en establecer que la legitimación activa corresponde a aquellos que tienen interés directo en el asunto, como consecuencia de una afectación a sus derechos fundamentales que los faculta para solicitar la protección constitucional, afirmando que en el amparo no existe acción popular, pues en virtud de la finalidad para la que fue instituido, únicamente es viable cuando se pretende hacer valer un derecho propio. Para sustentar dicha tesis, hace acopio de una serie de expresiones contenidas en diversos pasajes de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, a saber, “sus derechos”, “ser parte”, “o tener relación directa con la situación planteada”, las cuales, desde el punto de vista interpretativo del máximo Tribunal Constitucional, son reveladoras y congruentes con la doctrina que establece que la acción de amparo es, en esencia, individual (Corte de Constitucionalidad, 2015a; Corte de Constitucionalidad, 2015b; Corte de Constitucionalidad, 2016).

No obstante las características y principios que rigen el amparo, específicamente los relativos al agravio personal y directo y la relatividad de la sentencia, que denotan la individualidad de la referida garantía constitucional, cabe preguntarse qué ocurre con aquellos derechos que trascienden de la individualidad de una persona, a quién compete el ejercicio de la acción en caso de vulneración a esos derechos y sobre quiénes recaerán los efectos de la eventual protección constitucional. No puede dejarse pasar por alto que, en el devenir histórico se ha reconocido

la existencia de derechos difusos o supraindividuales que, al igual que los demás derechos requieren de un medio que garantice su protección, y siendo que en el caso de Guatemala el amparo es la garantía constitucional instituida para la defensa de los derechos que la Constitución y las leyes reconocen, la protección de esos denominados derechos colectivos no puede ser excluida del ámbito de la garantía constitucional aludida. En ese contexto, por la vía pretoriana, se ha reconocido el denominado amparo colectivo, como una garantía que trasciende de la tutela de los derechos de una persona, a causa de un agravio personal y directo, a la tutela de los derechos propios de una colectividad, ante la existencia de intereses comunes que, por su naturaleza, corresponden no solo a una persona sino a la totalidad de una agrupación determinada.

De acuerdo con Osvaldo Gozaíni (2011, pág. 94), la sentencia que se emite con ocasión de un amparo colectivo, alcanza a todo el grupo afectado en la jurisdicción territorial del juez de primera instancia interviniente, y será oponible al vencido en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica, o de hecho con los que interpusieron la acción. De ahí que, amparar de manera colectiva significa dar preferencia al derecho colectivo en lugar del individual, no se trata de una elección, sino de una armonización necesaria donde la afectación de los intereses trasciende al derecho subjetivo.

Los alcances del amparo colectivo parecieran entrar en confrontación con los principios de agravio personal y directo, y relatividad de la sentencia de amparo, no solo por la persona a la que le compete el ejercicio de la acción, sino por quienes serán beneficiados de los efectos de la protección constitucional. Así, Héctor Zertuche (2013, pág. 665), al abordar el tema del juicio de amparo en México, afirma que, en atención a su naturaleza jurídica, poco ha sido explorado en la defensa de los intereses colectivos o difusos, si se toma en cuenta que el amparo deviene históricamente de un sistema liberal individualista y que, por virtud del principio de relatividad, este medio de control constitucional se ocupa de amparar únicamente al quejoso en el caso especial sobre el que versa la queja, sin hacer una declaratoria general respecto de la ley o acto que se reclama.

En ese contexto y para una mejor comprensión del objeto del presente trabajo, resulta necesario traer a cuenta que los derechos

difusos, colectivos o supraindividuales son aquellos que, por su naturaleza, no se encuentran ligados a una persona en específico, sino a un grupo de personas entre las que no puede considerarse que exista una parte alícuota del derecho, al pertenecer este íntegramente a la agrupación en su conjunto y, por ende, ante el acaecimiento de un acto que lo limite o restrinja, el agravio ocasionado recae sobre la colectividad entera. Al respecto, Antonio Gidi (2004, págs. 52-53) afirma que los derechos difusos o colectivos son los que pertenecen al grupo como un todo, tales como aquellos protegidos por una orden de hacer y no hacer o por daños globales del grupo. Aunado a ello, refiere que el concepto de derecho transindividual o supraindividual no solo significa que el derecho no es individual, sino que existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos, es decir, trasciende al individuo y, como consecuencia, es legalmente irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo y quién es en última instancia el titular del derecho transindividual.

En congruencia con lo anterior, el citado autor hace referencia al concepto de indivisibilidad, característica inherente de los derechos difusos, indicando que un derecho de esta naturaleza no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes, lo que implica que es imposible que el derecho se divida en partes atribuidas a cada uno de los miembros del grupo. Ello tomando en cuenta que los intereses de los miembros están tan íntimamente relacionados que, si se satisface a un miembro del grupo, ello conlleva la satisfacción de las pretensiones de todos ellos, y cuando los derechos de uno de los miembros son violados, la violación se afecta a todo el grupo (Gidi, 2004, pág. 55).

La especial naturaleza de los derechos difusos o colectivos ha generado cierta incertidumbre en cuanto a la forma más adecuada y la herramienta adjetiva idónea para su protección, pues la normativa procesal constitucional no contiene una regulación expresa en cuanto a ello, lo cual ha generado que, por vía de la interpretación judicial, se hayan buscado las soluciones a esa problemática.

Tal circunstancia obedece a que resulta innegable que los derechos colectivos merecen igual protección que los de cualquier otro tipo y, dado el carácter dinámico del Derecho, por la constante evolución y transformación de sus reglas y principios en consonancia con el contexto histórico, social, político, económico y cultural de un Estado,

se hace necesaria la implementación de herramientas y procedimientos que posibiliten responder de manera adecuada a las problemáticas que puedan surgir dentro del orden interno, tomando en cuenta nuevas perspectivas jurídicas que orienten a la mejor solución de problemas y conflictos. Además, debe tenerse presente que la Constitución constituye un sistema de valores y principios que inspiran todo el ordenamiento jurídico, de manera que resulta imperante que se implementen las herramientas necesarias para atender a esos elementos axiológicos.

Es así que, por vía de la interpretación, se ha reconocido la tutela constitucional de los derechos colectivos por medio del amparo, siendo especialmente la determinación de la legitimación para instar la garantía constitucional referida que ha sido objeto de un proceso evolutivo, en el que han convergido diversas líneas de interpretación, lo cual se analizará en el siguiente apartado.

## **Determinación de la legitimación activa en el amparo colectivo**

Como quedó apuntado, el amparo requiere para su procedencia, entre otros presupuestos, la existencia de un agravio personal y directo que determina la aptitud del postulante para solicitar la protección constitucional. Dicha concepción liberal del amparo supone una contradicción con la protección de los derechos supraindividuales o colectivos, pues se presenta una ruptura en la esfera de la individualidad que concibe aquella legitimación, al existir derechos que, por su naturaleza, no pueden ser atribuibles a una persona en particular, sino a una colectividad y, por tal motivo, el criterio del agravio “personal” y “directo” no puede encajar en este tipo de acción. De ahí que, la legitimación para promover este tipo de amparo colectivo se configura de una manera distinta.

Sobre los intereses colectivos se ha considerado que estos son intereses comunes a una categoría de ciudadanos que se encuentran en una situación similar y que, por tal motivo, el hecho de que todos estén indistintamente afectados por una amenaza, excluye por sí mismo el problema y el sentido de una individualización o de una especificación del interés a defender. En ese sentido, conviene indicar que esta nueva categoría de intereses a tutelar no se opone al derecho individual

ni constituye una sumatoria de afectaciones que persigue una representación adecuada para su defensa, sino que en los hechos se posiciona un interés jurídico novedoso que se distancia de la persona que se atribuye la personificación del daño que padece, formándose una doctrina de la solidaridad donde nadie es titular exclusivo y, al mismo tiempo, todos lo son, porque la atención se dirige al objeto a proteger antes que a la persona beneficiaria de la tutela. Por ello, la legitimación procesal en el amparo colectivo no atiende tanto a quienes reclaman, sino por el contrario, al objeto que piden que se proteja; es la diferencia entre solicitar que se acredite la representación del grupo o pedir que se fundamente la importancia y trascendencia del derecho fundamental vulnerado (Gozáini, 2011, pág. 95).

Un sector importante de la doctrina ha establecido una distinción entre la acción popular y la dirigida a la defensa de intereses colectivos o difusos, indicando que el interés legítimo en el caso de la protección de derechos de esa naturaleza normalmente se relaciona con círculos de interés reducidos, circunscribiéndose a determinados grupos o colectividades, que solo en supuestos excepcionales llega a coincidir con la totalidad de la comunidad, mientras que la acción popular sí está destinada específicamente para satisfacer el interés de toda una comunidad (Ferrer, 2011, pág. 57).

En ese sentido, Gutiérrez de Cabiedes (1999, como se citó en Ferrer, 2011) señala que ambas figuras se distinguen por la naturaleza de la situación legitimante, por razón de que, la legitimación para la tutela de los intereses difusos y colectivos se funda en la titularidad de un específico interés cuya invocación por el demandante es precisa para su reconocimiento, contrario a la acción popular, en la que la aptitud para accionar se sustenta en el mero interés de la legalidad, de manera que, cualquier persona, por el hecho de invocar su condición ciudadana, está legitimada para impugnar un acto determinado. De ahí que, la acción popular se concede, por virtud de la ley, a todos los sujetos de derecho capaces de la comunidad social y no a los de una determinada colectividad, por virtud de un interés legítimo.

No obstante la distinción antes aludida, diversos autores coinciden en que varias legislaciones han incorporado la acción popular para la defensa de intereses de incidencia colectiva, reconociéndose como un medio para la defensa de ambas categorías. Ello tomando en cuenta

que, autores como Gozaíni (2011, pág. 94), señalan que la defensa de la legalidad y de los derechos, se expande hacia el colectivo, interpretado ello como conjunto de personas afectadas que pueden o no ser individualizados, razón por la cual, por vía de principio, el amparo colectivo no discierne entre derechos colectivos y derechos propios de la acción popular.

Al hablar de la protección de los derechos colectivos en el caso de Guatemala, debe indicarse que, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1986) no contempla la figura del amparo colectivo; sin embargo, en su artículo 25 reconoce la legitimación activa del Ministerio Público y del Procurador de los Derechos Humanos para proteger “los intereses que les han sido encomendados”. Al respecto, Guzmán Hernández (2004, pág. 76) señala que para una comprensión integral de la legitimación que se les atribuye a dichos órganos, resulta necesario analizar las leyes que rigen su existencia y funciones, en aras de determinar cuáles son aquellos intereses que les han sido encomendados. Así, el análisis de las normas que regulan la labor del *Ombudsman* permite arribar a la conclusión de que la actividad que le fue encomendada es la “Defensa de los Derechos Humanos”, pero por ser un concepto con un alcance muy general y para no entrar en conflicto con el carácter personal del amparo, que postula que la facultad debe ser ejercida exclusivamente por la persona sobre la que recaiga el agravio, refiere el autor que, la doctrina ha entendido que la legitimación del Defensor del Pueblo está orientada fundamentalmente a la tutela de los intereses sociales, colectivos e incluso difusos.

Desde esa perspectiva, al abordar lo referente a la protección de los intereses colectivos, en un primer momento, la Corte de Constitucionalidad determinó que la legitimación activa para solicitar la protección de los derechos colectivos o difusos correspondía exclusivamente al Procurador de los Derechos Humanos y en determinados casos al Ministerio Público, según el ámbito de su competencia. A guisa de ejemplo, en la sentencia emitida dentro del expediente 1145-2006, se estableció que:

...la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (artículo 25) reconoce legitimación activa al Procurador de los Derechos Humanos para solicitar amparo, a efecto de proteger los intereses que le han sido encomendados. La jurisprudencia de esta Corte ha determinado que dichos

intereses son los difusos, que son aquellos que dada la abstracción de un acto de autoridad de carácter general o disposición normativa de que se trate –sin perjuicio de la concreción que pueda darse en cada caso–, no cuentan con un sujeto determinado a quien asista el derecho que se busca proteger o que resulte individualmente afectado por la obligación que se impone (Corte de Constitucionalidad, 2006).

Así, en el expediente 4069-2015, referente a un caso en el que una entidad de Derecho Privado acudió en amparo denunciando vulneración al derecho de participación ciudadana en materia ambiental, la Corte de Constitucionalidad declaró improcedente la garantía constitucional intentada, al considerar que para promover amparos en los que se pretende hacer valer derechos como miembros de una colectividad o difusos, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en su artículo 25 legitima únicamente al Ministerio Público y al Procurador de los Derechos Humanos. Para ello, haciendo una interpretación de la frase “los intereses que les han sido encomendados” que estipula la citada norma, indica que conforme los artículos 275 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 8 del Decreto 54-86 del Congreso de la República el Procurador de los Derechos Humanos acciona en amparo especialmente como auxiliar de los pobres, menores de edad o incapacitados, o para la protección de intereses difusos. De manera que, al ser el Procurador de los Derechos Humanos el que se encuentra facultado por ley para accionar en procura de derechos colectivos, la Corte de Constitucionalidad concluyó que la entidad postulante carecía de legitimación activa para objetar en amparo los agravios denunciados (Corte de Constitucionalidad, 2016).

Las consideraciones que preceden dan cuenta que la legitimación activa para solicitar la protección de derechos colectivos inicialmente se concibió como una atribución propia del Procurador de los Derechos Humanos, atendiendo a las funciones que le fueron encomendadas constitucionalmente; no obstante, dado que el Derecho no es estático, conforme la evolución del Estado y la Constitución ha sido necesaria la adopción de nuevos parámetros interpretativos que, sin duda alguna, han influido en la ampliación de esa legitimación, más aún si se toma en cuenta que, el modelo contemporáneo de democracia exige una participación más activa de la ciudadanía en los asuntos públicos, de manera que, al existir actos del poder público que atentan contra los intereses de incidencia colectiva, cualquier ciudadano se encuentra facultado para

plantear la acción de amparo, por el hecho de formar parte de esa colectividad. Refuerza lo antes señalado, la afirmación sostenida por Isabel Turégano (2010, pág. 147), en el sentido que la exigencia de una ciudadanía activa y de un compromiso de los agentes públicos con la comunidad constituye la base de gran parte de los modelos políticos y normativos de la democracia contemporánea que reclaman mayor participación y deliberación ciudadanas.

De lo anterior, cabe resaltar que el concepto de democracia contemporánea propone una confrontación directa con la pasividad ciudadana en el manejo de los asuntos públicos, es decir, este modelo ya no descansa en la mera representatividad, sino que busca la inclusión y una efectiva participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder público, proponiendo diálogos horizontales para la toma de decisiones políticas y un sistema de fiscalización por parte de los diversos actores sociales. En ese sentido, Turégano (2010, pág. 148) sostiene que, si se considera que la democracia no consiste solo en un procedimiento de toma de decisiones, sino que implica ciertos derechos básicos, así como mecanismos de control y responsabilidad, la aportación de la esfera pública a la democracia no solo es un comportamiento útil, sino un elemento definitorio de esta.

Aunado a lo anterior, en el contexto de las perspectivas jurídicas que marcan diversas etapas del mundo jurídico, el neoconstitucionalismo se presenta como una tendencia en la forma en que se debe crear e interpretar el Derecho, proponiendo nuevas filosofías, principios y reglas que marcan la transición de una concepción a otra. Al respecto, Pozzolo (2011, págs. 25-27) afirma que la doctrina neoconstitucionalista es una política constitucional que indica no como el Derecho es, sino como debe ser. En cuanto a ello, la autora identifica determinados rasgos característicos de esta tendencia, entre los cuales menciona la adopción de una noción específica de Constitución que ha sido denominada “modelo preceptivo de la Constitución concebida como norma”; como segunda cuestión señala la defensa de la tesis según la cual el Derecho consta de principios y, por ende, siempre debe ser interpretado; el método de interpretación debe basarse en la ponderación o equilibrio, que se extiende a la interpretación del Derecho en su conjunto; finalmente, la valorización de la labor creativa e integrativa de la jurisprudencia.

De esa cuenta, las perspectivas neoconstitucionales que persiguen dejar atrás el modelo positivista, postulan que el sistema de principios y valores que conforman la Constitución debe impregnarse en todo el ordenamiento jurídico, debiendo darse preeminencia a esos valores sobre cualquier formalismo. Ante dichos supuestos, la labor de los jueces constitucionales ha adquirido mayor relevancia, incrementándose el nivel de activismo judicial en gran medida, pues su función interpretativa ha sido imprescindible para adecuarse a los constantes cambios, en consonancia con la Constitución. De esa cuenta, dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo, se han presentado desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial, pero también supone aportaciones de frontera que contribuyen, en ocasiones, no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo (Carbonell, 2007, pág. 3).

En ese contexto, el elemento que funge como pilar fundamental en los procesos de evolución jurídica es la labor realizada por los jueces, y en cuanto a ese rol, García Jaramillo (2019) indica que:

El poder judicial ha adquirido la preeminencia de la que antes carecía, porque la constitución, y en concreto los derechos, han adquirido una preeminencia en el lenguaje jurídico y en la configuración de la acción política. En una democracia constitucional se privilegia la soberanía popular representada en una Constitución respecto de las decisiones políticas provenientes de los poderes legislativos. Al contrario de lo que pudiera pensarse en un primer momento, y tal como precisó Ferrajoli, una constitución no sirve para representar la voluntad común de un pueblo sino para garantizar los derechos de todos, incluso frente a la voluntad popular. El fundamento de su legitimidad, a diferencia de lo que ocurre con las leyes ordinarias y las opciones del gobierno, no reside en el consenso de la mayoría sino en un valor mucho más importante y previo: la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales.

Todo lo antes referido ha permitido que los jueces constitucionales hayan ido evolucionando su jurisprudencia, reconociendo figuras y facultades que anteriormente se encontraban limitadas, desde una visión restrictiva, tal como en el caso de la legitimación activa en el amparo colectivo, en el que se vio la necesidad de ampliar dicha legitimación, a efecto de adaptarse a los cambios producidos por la evolución del Estado, así como por el nuevo modelo de democracia contemporánea y

las tendencias neoconstitucionalistas, conceptos a los que se hizo referencia precedentemente.

Así, Gozaíni (2011, pág. 98) al equiparar el amparo colectivo con las *class actions* estadounidenses,<sup>2</sup> señala que se amplían las formas a través de las cuales cualquier habitante puede intervenir, y su derecho descansa en el acceso a la justicia, a través de la extensión de la legitimación procesal en la acción de amparo con relación a los derechos de incidencia colectiva, e incluso los intereses sociales o comunitarios. En la práctica se trata de dar participación ciudadana al control sobre los actos públicos, y también ampliar el frente de legitimados para la protección y defensa de los derechos de todos.

Cabe indicar que, la distinción entre la *class action* y la *actio popularis* radica en la determinación de la colectividad, pues en la primera de las mencionadas existe un grupo identificable dentro de una comunidad que, por compartir determinadas características, poseen un interés legítimo para accionar. Por otro lado, en la *actio popularis* no existe un grupo identificable, sino que es la comunidad entera la que se considera como titular del interés de que se trate, por lo que cualquier persona tiene la aptitud para ejercer la acción.

El análisis de las líneas de pensamiento desarrolladas precedentemente da cuenta de la influencia que han tenido en reciente jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, pues el criterio que venía desarrollando, desde una visión restrictiva, de la legitimación activa en el amparo fue admitiendo ciertas excepciones cuando se denunciaba la vulneración a derechos colectivos o supraindividuales, llegando a reconocer, incluso, una nueva variante de legitimación en esos asuntos.

Entre los casos de especial relevancia en los que se evolucionó la interpretación del presupuesto de legitimación activa, se encuentran aquellos relacionados con la institucionalidad del Estado, los cuales, por su naturaleza, pueden encuadrar dentro de los que la doctrina ha denominado de acción popular, por referirse a cuestiones de legalidad y que, por tal virtud, cualquier persona se encuentra legitimada, al invocar su condición ciudadana, pero que, a fin de cuentas, por tratarse

---

<sup>2</sup> Refiere el autor que las *class actions* son utilizadas en las demandas por actos ilícitos extracontractuales, donde la facilidad para el acceso se controla con la certificación de clase (Gozaíni, pág. 97).

de derechos supraindividuales, su tutela deviene asequible a través del amparo colectivo. Al respecto, el máximo Tribunal Constitucional ha considerado que debe existir un interés homogéneo en la sociedad y, de esa cuenta, cualquier ciudadano que tenga interés en participar activamente en estos temas que resultan trascendentales para la institucionalidad del Estado se encuentra facultado para hacerlo, estimación que encuentra sustento en los principios que inspiran el modelo de democracia contemporánea.

Desde ese punto de vista interpretativo, en sentencia emitida dentro del expediente 1238-2016, la Corte de Constitucionalidad estableció que, al advertirse que los actos reclamados son susceptibles de causar agravios a una comunidad indefinida de personas, debe reconocerse la participación activa de la sociedad, de manera que, cualquier ciudadano que tenga interés en participar en el proceso de verificación y auditoría del cumplimiento de la ley pueda hacerlo. Ese interés, resalta el máximo Tribunal Constitucional, debe ser homogéneo en la sociedad guatemalteca, tendiente a que los órganos del Estado desempeñen con normalidad su función y cumplan para tal efecto las obligaciones y deberes que la Constitución les ordena, pues de no advertirse tal extremo, la acción constitucional deviene inviable. Además, resulta interesante que en este pronunciamiento al que se hace referencia, la Corte de Constitucionalidad consideró que la determinación de la legitimación activa es discrecional, indicando que los tribunales de amparo deben ponderar de manera prudente en qué casos puede reconocerse a una persona individual o jurídica una legitimación extraordinaria para promover la acción de amparo, buscándose con ello tutelar un interés legítimo y supraindividual a la luz de los postulados constitucionales y en congruencia con el normal funcionamiento de las instituciones del Estado establecidas en la Constitución (Corte de Constitucionalidad, 2016).

Partiendo del interés legítimo que se busca proteger, el criterio anteriormente citado evidencia que la legitimación activa en el amparo colectivo dejó de ser una capacidad exclusiva al Procurador de los Derechos Humanos y al Ministerio Público, como en un primer momento se consideró, pasando a adoptar nuevas formas que responden a los principios de la democracia contemporánea y del neoconstitucionalismo. Entre esas nuevas formas, la Corte de Constitucionalidad también ha establecido que los Diputados al Congreso de la República tienen

legitimación para acudir en amparo para solicitar la defensa de derechos de incidencia colectiva, al considerar que la naturaleza de su cargo y de sus atribuciones, así lo permiten.

En ese sentido, en la sentencia emitida dentro del expediente 1992-2016, en el que una de las partes alegaba que, por denunciarse el desabastecimiento de medicamentos e insumos básicos del área de salud de la red nacional, el Diputado que acudía en amparo no tenía legitimación, al ser derechos de incidencia colectiva y, por ende, su defensa solo correspondía al Procurador de los Derechos Humanos, la Corte de Constitucionalidad concluyó que, contrario a lo alegado, el Diputado sí ostentaba legitimación activa. Lo anterior, al considerar que un parlamentario es representante del pueblo y dignatario de la nación y, por ende, le corresponde velar por el correcto ejercicio de la función pública, debiendo llevar a cabo todos aquellos actos que tiendan a la defensa de los derechos de la población, así como impulsar desde el ejercicio de su cargo todas las políticas necesarias en beneficio de los habitantes de la República. De ahí que, al ostentar esa calidad le es dable accionar en amparo para denunciar agravios de esa naturaleza (Corte de Constitucionalidad, 2017).

Al tratarse el tema del amparo colectivo, no puede dejarse de analizar los casos relativos a la protección de los derechos de comunidades indígenas o pueblos originarios, puesto que, estos casos dan cuenta del desarrollo de una diversidad de derechos colectivos que el Estado se encuentra obligado a respetar y garantizar, reconociendo el derecho que les asiste a estas colectividades de solicitar la protección judicial de sus intereses y que, por el hecho de reconocerse sus formas de vida y organización social, la legitimación activa para la solicitud de protección a sus derechos, en estos casos no puede exigirse desde una óptica oficialista y legalista, sino conforme a sus propias formas de organización. Además, el Estado de Guatemala ha adquirido una serie de compromisos internacionales<sup>3</sup>, respecto de la protección de los derechos de los pueblos originarios y comunidades indígenas, todo lo cual ha posibilitado que el

3 Entre otros instrumentos, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Guatemala el cinco de junio de mil novecientos noventa y seis, establece en su articulado que los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos (Organización Internacional del Trabajo, 1989).

acceso a la protección judicial de sus derechos haya ido evolucionando de una forma favorable y garantista.

En cuanto a ello, ya son varios fallos en los que el máximo Tribunal Constitucional de Guatemala ha reconocido la legitimación activa de las comunidades indígenas y, al referirse al hecho de que se les negara la facultad de promover acciones constitucionales para la defensa de sus derechos colectivos, como consecuencia de no reconocer sus sistemas propios de organización, en sentencia proferida dentro de los expedientes acumulados 156-2013 y 150-2013, estableció que implicaría negarles su valor como manifestaciones de identidad cultural y, por ende, contravenir lo preceptuado en el artículo 66 de la Constitución Política de la República, así como en los artículos 8 y 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Corte de Constitucionalidad, 2015).

En esa línea interpretativa, en pronunciamiento emitido dentro del expediente 5533-2016, la Corte de Constitucionalidad reconoció a los pueblos indígenas como comunidades preexistentes a la formación del Estado que cuentan con una tradición remota y una identidad ancestral desarrollada a lo largo de su historia, razón por la cual, se les debe reconocer derechos colectivos que faciliten la protección de su diversidad cultural y la preservación de sus formas de vida, así como de sus territorios y de ser consultados respecto a ellos. En virtud de ese reconocimiento, afirma el máximo Tribunal Constitucional que el Estado posibilita la participación de las poblaciones indígenas y se hace responsable de garantizar los derechos que les corresponden a la comunidad y a los individuos que la conforman. Además, conforme las consideraciones vertidas por el Tribunal, al reconocerse y respetarse la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, se les otorga una herramienta formal para que los representantes de las comunidades actúen en defensa de sus derechos.

El tema de la legitimación activa en el caso de las comunidades indígenas es de especial relevancia, pues el reconocimiento de legitimación para la defensa de intereses de incidencia colectiva que se da en estos asuntos, ya no radica solo en una necesidad de ampliar la legitimación que un primer momento se concibió al Procurador de los Derechos Humanos, sino en la obligación del Estado de reconocer las

distintas formas y sistemas de organización de los pueblos indígenas, lo que implica las formas que utilizar para acudir y acceder a la justicia para la defensa de sus derechos.

Partiendo del análisis de los distintos casos expuestos con anterioridad, puede considerarse que en los asuntos relacionados con pueblos indígenas el amparo colectivo encaja dentro de la tipología de las *class actions*, en tanto que el interés legítimo que se busca proteger pertenece a una colectividad determinada e identificable, dentro de la que convergen intereses, costumbres y demás aspectos comunes. Contrario a ello, en los casos que se denuncian actos contra la institucionalidad del Estado, el amparo colectivo se torna más parecido a una *actio popularis*, pues la pretensión se configura como un control de legalidad de los actos públicos que, a la postre, de acogerse la protección constitucional, favorecerá a una comunidad indefinida de personas. Tal afirmación se verifica con lo considerado por la misma Corte de Constitucionalidad en los asuntos de esta naturaleza, en cuanto a que debe existir un interés homogéneo en la “sociedad guatemalteca” de que los órganos del Estado desempeñen con normalidad su función y cumplan con lo que manda la Constitución, puesto que, al referirse a la “sociedad” pone de relieve el carácter indefinido de la colectividad.

No obstante lo anterior, la postura que se asume en el presente trabajo es que resulta prematuro encasillar el amparo colectivo en Guatemala en una de las dos categorías antes descritas, pues el reconocimiento de la legitimación extraordinaria para solicitar la tutela de intereses supra-individuales es reciente y hasta el momento presenta rasgos característicos tanto de una *class action* como de una *actio popularis*. En todo caso, como bien manifiesta Gozaíni (2011, pág. 94) tanto la defensa de la legalidad como de los derechos de una agrupación identificable dentro de una comunidad se expanden hacia una colectividad, por lo que, el amparo de esta naturaleza no discierne necesariamente entre derechos tutelables mediante una *class action* y aquellos propios de una *actio popularis*. De ahí que, puede considerarse que el amparo colectivo es una conjugación de ambas categorías.

Los casos utilizados para el estudio que se expone en el presente trabajo fueron seleccionados de manera que se pudiera evidenciar la evolución en la interpretación del presupuesto de legitimación activa

en los asuntos de incidencia colectiva por parte de la Corte de Constitucionalidad. Para el efecto, se inició con la búsqueda de sentencias emitidas dentro de los últimos quince años, que desarrollaran la legitimación del Procurador de los Derechos Humanos para la defensa de derechos difusos, lo que permitió encontrar que alrededor del dos mil nueve se comenzó a dar una apertura en el reconocimiento de una legitimación extraordinaria, específicamente en los casos de denuncias de violaciones al sistema de selección e integración de órganos constitucionales de especial trascendencia. Entre dichos casos se pueden mencionar los expedientes 3634-2009, 3635-2009, 3690-2009 y 122-2010.

De lo anterior, debe indicarse que, si bien ya son varios casos en los que la Corte de Constitucionalidad ha reconocido legitimación activa, desde una interpretación extensiva, para promover solicitudes de protección a derechos o intereses de incidencia colectiva con relevancia constitucional, se estima que los descritos y analizados en este artículo son los que logran consolidar el criterio que se había venido desarrollando en las garantías constitucionales concernientes a denuncias de violaciones contra la institucionalidad del Estado, dando cuenta de la evolución más representativa y reciente que ha tenido la práctica jurisprudencial en materia de amparo en Guatemala.

Es así que, el análisis efectuado permitió determinar dos tipos de casos en los que el máximo Tribunal Constitucional de Guatemala ha reconocido reiteradamente una legitimación extraordinaria en el amparo colectivo, siendo estos los relacionados con la institucionalidad del Estado y los referentes a pueblos indígenas. La motivación para extender la legitimación varía en cada una de las tipologías identificadas, puesto que, por un lado, en los casos de institucionalidad del Estado, ese reconocimiento extraordinario se fundamenta en la existencia de conflictos de trascendencia institucional que pueden afectar el funcionamiento normal de los órganos del Estado y, como consecuencia, tienen relevancia respecto de todos los habitantes de la República, admitiendo que existen situaciones en las que el interés legítimo trasciende a una especial relevancia constitucional, que no puede ser vista desde una óptica individualista. En cambio, en los casos de pueblos indígenas, la interpretación extensiva del presupuesto de legitimación activa, deviene del reconocimiento de la identidad cultural y las formas de organización social de esas comunidades, que configuran un sistema de derechos

propio e indivisible, además de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para facilitar el acceso a la justicia a las comunidades ancestrales.

Aunado a lo anterior, del análisis de las sentencias seleccionadas, se logra identificar una variación en la metodología para determinar la legitimación activa en los tipos de amparo colectivo a los que se ha hecho referencia. Ello tomando en cuenta que, en las garantías constitucionales relacionadas con denuncias de violaciones a la institucionalidad del Estado, la Corte de Constitucionalidad es del criterio que corresponde a los tribunales de amparo ponderar de manera prudente en qué casos puede reconocerse a una persona individual o jurídica una legitimación extraordinaria, considerando, para ello, el interés legítimo y supraindividual a la luz de los postulados constitucionales. Sin embargo, a diferencia de dichos casos en los que se deja un nivel de discrecionalidad bastante amplio, en los amparos promovidos por comunidades indígenas el criterio acerca de la determinación de la legitimación activa se encuentra más definido, en el sentido de que la aptitud para accionar viene dada por sus sistemas propios de organización y su vínculo con el interés legítimo que pretenden hacer valer.

En síntesis, se puede afirmar que son dos los tipos de casos en los que reiteradamente se ha reconocido una legitimación extraordinaria para la promoción de la garantía constitucional de amparo, configurando una línea jurisprudencial acerca del amparo colectivo, aunque no descubierto y desarrollado a plenitud. Aún falta mucho camino por recorrer; sin embargo, se evidencia que la jurisprudencia ha evolucionado notablemente con un carácter garantista y favorable, en aras de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional, lo cual da un buen pronóstico para el sistema constitucional guatemalteco.

## **Conclusión**

El amparo se concibió como una garantía ante la denuncia de un agravio personal y directo ocasionado en la esfera de los derechos constitucionales de una persona; sin embargo, el reconocimiento de derechos que trascienden esa individualidad ha hecho imperante que se busque

el medio idóneo para su protección y garantía, para lo cual, el amparo ha cumplido la función, configurándose una nueva forma de legitimación y protección.

Ante la ruptura de la individualidad en la denuncia de vulneración a derechos difusos, el atributo del agravio personal y directo ya no puede ser el único que determine la legitimación activa en el amparo, pues este no encaja en la naturaleza de la protección que se solicita y se pretende. Dicha circunstancia ha impulsado a que en Guatemala la Corte de Constitucionalidad haya evolucionado en la interpretación de ese presupuesto procesal para los casos de amparo colectivo, adaptándose a nuevas líneas de pensamiento inspiradas por la tendencia neoconstitucionalista y a los principios del modelo de democracia contemporánea, que busca una participación más activa de la ciudadanía para que, en el caso de violaciones a derechos y principios que afecten al Estado, cualquiera pueda acudir en amparo, dejando atrás la exclusividad de la acción, para defensa de derechos difusos, en el Procurador de los Derechos Humanos o en el Ministerio Público.

Hasta el momento, los tipos de casos en los que ha sido notoria una evolución garantista en la interpretación de la legitimación activa para la promoción del amparo colectivo en Guatemala son los referentes a denuncias de violaciones contra la institucionalidad del Estado y los relacionados con pueblos indígenas. Dichos casos son los que, en forma conteste y reiterada, se ha manifestado el criterio de la Corte de Constitucionalidad en el sentido de reconocer una legitimación extraordinaria cuando los agravios denunciados tengan relevancia constitucional, respecto de todos los habitantes de la República o una colectividad determinada con identidad cultural propia, en el caso de los pueblos indígenas; reconociendo, para ello, que la exigencia del agravio personal y directo no puede aplicarse a todos los casos sometidos a la jurisdicción constitucional ni tenerse como regla inmutable. No obstante, el reconocimiento de esa legitimación supra-individual responde a una motivación distinta en cada uno de los tipos de casos identificados, puesto que, cuando se denuncian violaciones a la institucionalidad del Estado, la aptitud para promover el amparo descansa en el interés homogéneo de la sociedad de que los órganos del Estado desempeñen con normalidad su función y cumplan con lo que la Constitución les ordena. Por otro lado, en los casos de pueblos indígenas, la extensión deviene del reconocimiento de sus derechos colectivos y formas de organización social.

El amparo colectivo en Guatemala no puede catalogarse específicamente como una *class action* o una *actio popularis*, por razón de que, de los casos analizados, se advierte que presentan rasgos característicos de ambas categorías, pudiéndose considerar que los amparos de pueblos indígenas configuran una *class action* y los referentes a la institucionalidad del Estado una *actio popularis*. En tal virtud, puede considerarse que el amparo colectivo en el ordenamiento jurídico guatemalteco es una conjugación de ambos tipos de acciones, sin que establezca necesariamente una distinción entre los derechos tutelables mediante cada tipo.

Todo lo anterior da cuenta de la configuración del amparo colectivo como consecuencia del reconocimiento jurisprudencial de una legitimación extraordinaria para accionar en procura de derechos supraindividuales. La evolución en la interpretación del presupuesto de legitimación activa ha sido de trascendental importancia para la efectividad del amparo y la adecuada protección de derechos colectivos, pues ha procurado mayor alcance y accesibilidad para la población. Es necesario que la justicia constitucional sea garantista de los derechos fundamentales y no se vea sacrificada por criterios excesivamente rigoristas en el requerimiento de requisitos procesales, a efecto de cumplir con sus fines y mantener la estabilidad del orden constitucional, en congruencia con sus principios y valores.

## Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. 31 de mayo de 1985. Guatemala: Corte de Constitucionalidad.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1986). Decreto 1-86. Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. 8 de enero de 1986. Guatemala: Corte de Constitucionalidad.
- Burgoa, I. (1997). *El juicio de Amparo*. Editorial Porrúa, trigésima tercera edición. México.
- Bustillos, J. (2011). El amparo judicial: a 140 años de la primera sentencia (1869-2009). En M. González Oropeza & E. Ferrer Mac-Gregor, *El juicio*

*de amparo. A 160 años de la primera sentencia.* Tomo I. (págs. 97-131). México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Carbonell, M. (2007). El neoconstitucionalismo en América Latina: una perspectiva teórica. En Documentos de trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Carpizo, J. (2006). *Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado.* Anuario de Derechos Humanos, Nueva Época, Vol. 7, T.I. (págs. 265-308). España: Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo [OIT]. Ginebra, 27 de junio de 1989.

Corte de Constitucionalidad. (2013). Acuerdo 1-2013. Disposiciones Reglamentarias y Complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. 9 de diciembre de 2013. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. (28 de septiembre de 2015). Sentencia dentro del expediente 2422-2014. *Apelación de sentencia en amparo.* Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. (6 de noviembre de 2015). Sentencia dentro del expediente 2620-2015. *Apelación de sentencia en amparo.* Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. (8 de agosto de 2017). Sentencia dentro del expediente 4416-2016. *Amparo en única instancia.* Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. (5 de septiembre de 2006). Sentencia dentro del expediente 1145-2006. *Apelación de sentencia en amparo.* Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. (14 de septiembre de 2016). Sentencia dentro del expediente 1238-2016. *Apelación de sentencia en amparo.* Guatemala.

- Corte de Constitucionalidad. (27 de junio de 2017). Sentencia dentro del expediente 1992-2016. *Amparo en única instancia*. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad. (25 de marzo de 2015). Sentencia dentro de los expedientes acumulados 156-2013 y 150-2013. *Apelación de sentencia en amparo*. Guatemala.
- Corte de Constitucionalidad. (9 de mayo de 2018). Sentencia dentro del expediente 5533-2016. *Apelación de sentencia en amparo*. Guatemala
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III) de la Organización de las Naciones Unidas. París, Francia, 10 de diciembre de 1948.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Amparo colectivo en México: hacia una reforma constitucional y legal. En E. Ferrer Mac-Gregor & E. Danés Rojas, *La protección orgánica de la Constitución*. (Págs. 45-86). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- García Jaramillo, Leonardo. (2019). *Análisis de la obra "Por una justicia dialógica", de Gargarella y otros*. Opinión, Página Web Legis Ámbito Jurídico. <https://ambitojuridico.com/noticias/especiales/constitucional-y-derechos-humanos/analisis-de-la-obra-por-una-justicia>.
- Gidi, A. (2004). Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil. Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie doctrinaria jurídica No. 151. México: Universidad Autónoma de México.
- Gozaíni, O. A. (2011). El amparo y la defensa de los derechos colectivos. En E. Ferrer Mac-Gregor & E. Danés Rojas, *La protección orgánica de la Constitución*. (Págs. 87-102). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guzmán Hernández, M. R. (2004). *El amparo fallido*. Publicación de la Corte de Constitucionalidad, segunda edición. Guatemala.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Palestra Editores. Lima, Perú.

- Turégano, I. (2010). Posibilidades y límites de un constitucionalismo global. ¿Hay Estado más allá del nacionalismo? En I. Turégano, *Justicia global: los límites del constitucionalismo*. (Págs. 81-178). Lima: Editorial Palestra.
- Zertuche, H. (2013). El juicio de amparo en la protección de los intereses colectivos. Reseña del amparo interpuesto por los trabajadores de la industria metal mecánica. En A. Oropeza Garzía, *México frente a la Tercera Revolución Industrial*. (Págs. 665-695). México: Universidad Nacional Autónoma de México.



# **El amparo en Guatemala (1921-2021): su “amplitud” para garantizar derechos en constante “expansión”**

***Estudio en homenaje a la memoria del  
profesor Mauro Roderico Chacón Corado***

***The amparo in Guatemala  
(1921-2021): its “amplitude”  
to guarantee rights in constant “expansion”***

***Study in tribute to memory from  
professor Mauro Roderico Chacón Corado***

*Julio César Cordón Aguilar<sup>1</sup>*

## **Resumen**

El artículo inicia con una referencia expresa a la figura del exmagistrado Mauro Roderico Chacón Corado, como homenaje a sus enseñanzas y huella durante su paso por el Tribunal Constitucional. En su desarrollo, el artículo intenta hacer un repaso de la evolución normativa y jurisprudencial del amparo en Guatemala desde su incorporación mediante la reforma constitucional de 1921. Ese repaso destaca la especial “amplitud” del amparo guatemalteco, en el sentido de hacer énfasis en su carácter tutelar, tanto respecto de los derechos que protege, como de la apertura de los actos del poder, en las esferas pública y privada, que son susceptibles de control constitucional por su vía. La “amplitud” que la garantía constitucional conlleva, tanto en el “expansivo” catálogo de derechos y libertades que protege, como en los muy diversos y variados ámbitos en los que puede actuar, revelan que el amparo en Guatemala responde de manera completa y

---

<sup>1</sup> Abogado y notario por la Universidad Rafael Landívar. Máster y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Catedrático universitario. Letrado de la Corte Suprema de Justicia (2005-2006) y de la Corte de Constitucionalidad (2006-2018). Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional (2012-2013, 2016-2017 y 2017-2018). Secretario de Política Criminal del Ministerio Público (2018-2020). Abogado Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020-a la fecha). Autor de distintas publicaciones.

perfecta, como ningún otro instrumento de carácter procesal, a las exigencias del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto reconoce el “derecho” a un mecanismo sencillo, rápido y efectivo “ante los jueces”, que “ampare” a las personas “contra actos que violen sus derechos” que reconoce la Constitución, la ley o la propia Convención.

**Palabras clave:** Constitución, derechos humanos, garantías constitucionales, amparo.

## Abstract

*The article begins with an express reference to the figure of former judge Mauro Roderico Chacón Corado, as a tribute to his teachings and footprint during his time at the Constitutional Court. In its development, the article attempts to review the normative and jurisprudential evolution of the “amparo” in Guatemala since its incorporation through the constitutional reform of 1921. This review highlights the special “breadth” of the Guatemalan “amparo”, in the sense of emphasizing its tutelary nature, both with respect to the rights it protects, as well as the opening of the acts of power, in the public and private spheres, which are subject to constitutional control by its means. The “breadth” that the constitutional guarantee entails, both in the “expansive” catalog of rights and freedoms that it protects, and in the very diverse and varied areas in which it can act, reveal that the “amparo” in Guatemala responds completely and perfectly, like no other procedural instrument, to the requirements of Article 25 of the American Convention on Human Rights, insofar as it recognizes the “right” to a simple, fast and effective mechanism “before the judges” that “protects” the people “against acts that violate their rights” recognized by the Constitution, the law or the Convention itself.*

**Keywords:** Constitution, human rights, constitutional guarantees, “amparo”.

*“... la actual Constitución, a diferencia de las anteriores, con su reconocimiento a los derechos fundamentales ... ha permitido casi tres décadas la existencia de un orden social al cual se han adaptado y que han aceptado gobernantes y gobernados”.*

**Mauro Roderico Chacón Corado**

---

## SUMARIO

Resumen. Introducción: homenaje a la memoria del profesor Mauro Roderico Chacón Corado. a) Una distinción conceptual previa y necesaria: derechos y garantías. b) La “amplitud” del amparo guatemalteco. b.1) Breve repaso de la evolución jurídico-constitucional del amparo en Guatemala. (i) La incorporación del amparo en el sistema jurídico nacional. (ii) El desarrollo normativo del amparo en los textos constitucionales de 1956 y 1965. (iii) La evolución del amparo con miras a consolidar su “amplitud” en la Constitución de 1985. b.2) Notas características de la “amplitud” del amparo guatemalteco. 1) Derechos y libertades que tutela: un catálogo “expansivo” y en continua evolución. (i) La no enumeración o delimitación de los derechos tutelados. (ii) Las diversas fuentes de las que se originan los derechos tutelados. 2) El amparo como instrumento para garantizar la eficacia horizontal de los derechos. 3) Los variados e ilimitados “ámbitos” en los que es viable promover amparo. A manera de conclusión. Lista de referencias.

---



# **El amparo en Guatemala (1921-2021): su “amplitud” para garantizar derechos en constante “expansión”**

***Estudio en homenaje a la memoria del  
profesor Mauro Roderico Chacón Corado***

***The amparo in Guatemala  
(1921-2021): its “amplitude”  
to guarantee rights in constant “expansion”***

***Study in tribute to memory from  
professor Mauro Roderico Chacón Corado***

*Julio César Cordón Aguilar*

## **Introducción: homenaje a la memoria del profesor Mauro Roderico Chacón Corado**

En abril de 2011 fue instalada una nueva magistratura en la Corte de Constitucionalidad, entre cuyos integrantes figuraban profesionales con reconocida experiencia en el mismo tribunal y otros con práctica en la administración de justicia.

Entre los jueces constitucionales que juraron su cargo para el periodo 2011-2016 se encontraba el doctor Mauro Roderico Chacón Corado. El nuevo magistrado, designado por su venerada Universidad de San Carlos de Guatemala, era un destacado jurista guatemalteco, juez de carrera primero, y posteriormente dedicado al ejercicio liberal de la profesión. No obstante, lo que más destacaba en la hoja de vida del profesor Chacón Corado era, sin duda, su trayectoria académica, tanto como docente por décadas en la Universidad pública y otros centros

privados de educación superior, como por su profusa labor como autor de diversas y ampliamente consultadas obras en el foro jurídico guatemalteco<sup>2</sup>.

En efecto, el profesor Chacón Corado se había ganado a base de arduo trabajo docente y profundas investigaciones su reconocimiento, a nivel nacional e internacional, como eminente procesalista, cuyas ideas y conceptos, plasmadas en una gran variedad de libros, manuales y artículos, se han convertido en material de obligatoria consulta para quienes, desde la academia o la práctica, pretendan entender la regulación y el funcionamiento del sistema procesal interno en sus distintas materias.

Pues bien, a partir de aquel abril de 2011, el procesalista de décadas se vio ante el reto –a la postre superado con creces– de aportar su visión a la interpretación y aplicación del orden jurídico fundamental del Estado, desde la función de defensa del orden constitucional encomendada a la Corte de Constitucionalidad. Así, el papel ejercido por el profesor Chacón Corado en la justicia constitucional no pasó desapercibido en lo mínimo para el medio forense, lo cual se vio reflejado en originales y novedosos criterios (entre otros fallos relevantes, fue ponente de la sentencia del expediente 1822-2011 que incorporó el bloque de constitucionalidad a la jurisprudencia interna). Pero posiblemente quienes más aprendieron de sus enseñanzas (académicas y de vida), fueron las y los asistentes, letrados y demás personal que tuvieron el alto honor de conformar su equipo de trabajo. Desde esa posición han sido escritas estas líneas, como merecido homenaje a la memoria del jurista, el juez, el académico y el gran ser humano que fue el doctor Chacón Corado.

Pues bien, la visión procesalista del profesor Chacón Corado no fue obstáculo para ahondar, con seriedad metodológica y rigor académico, en los temas sustantivos del Derecho Constitucional. Su capítulo

---

2 Una síntesis por demás incompleta, y por ello injusta, de la muy extensa hoja de vida del profesor Chacón Corado permite destacar que fue Catedrático Universitario, por oposición, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, primer y obligatorio aspecto que debe resaltarse. Fue miembro de los Institutos Iberoamericano y Panamericano de Derecho Procesal, y de otras organizaciones similares en Argentina, Brasil y Guatemala. Ponente nacional e internacional. Juez de Primera Instancia y Magistrado de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial. Magistrado y Presidente de la Corte de Constitucionalidad y de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional, de la cual también fue Secretario. Integrante permanente del Consejo Editorial de la Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Autor de numerosos artículos, libros y manuales, editados en Guatemala y en el extranjero.

sobre “La Constitución Política de Guatemala”<sup>3</sup>, en la obra *Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala*<sup>4</sup>, es clara muestra de ello. Sin embargo, como es obvio, los temas del Derecho Procesal Constitucional fueron de su máximo interés<sup>5</sup> y, entre estos, el estudio sobre la naturaleza y las características del amparo revelaron la capacidad didáctica del profesor Chacón Corado para desentrañar y explicar la esencia de esta garantía constitucional, la que justo en 2021 ha cumplido 100 años de haber sido incorporada al orden normativo interno.

Así, no se ha concebido mejor marco para rendir homenaje a la memoria de un gran jurista y juez constitucional, que la celebración del centenario del amparo guatemalteco. Para ello, en este trabajo se pretende abordar la naturaleza claramente tutelar, desde distintos aspectos, que caracterizan al amparo en Guatemala, lo que puede resumirse en su calificación como una garantía “amplia” en cuanto a los derechos que tutela, los ámbitos de su procedencia y los sujetos que pueden instar su protección, lo que será objeto de análisis en correlación con su evidente evolución normativa y jurisprudencial.

En suma, se presenta este corto estudio sobre la “amplitud” del amparo como reconocimiento a quien, desde la cátedra y la práctica, la teoría y la experiencia, supo no solo explicar y enseñar las particularidades de esta garantía constitucional, sino que además contribuyó, en su paso por la Corte de Constitucionalidad, a lo que bien puede calificarse como “la expansión de la Constitución dogmática”, es decir, la ampliación del catálogo de derechos que la Constitución reconoce y garantiza: el profesor Mauro Roderico Chacón Corado (San Diego, Zacapa, 18/01/1947 – Ciudad de Guatemala, 18/10/2020).

### **a) Una distinción conceptual previa y necesaria: derechos y garantías**

Una de las primeras enseñanzas del magistrado Chacón Corado era la diferencia entre derechos y garantías, distinción básica y acorde a la labor de un procesalista de vocación.

3 Señala el profesor Chacón Corado: “[...] la actual Constitución, a diferencia de las anteriores, con su reconocimiento a los derechos fundamentales de las personas, que desarrolla con claridad, ha permitido casi tres décadas la existencia de un orden social al cual se han adaptado y que han aceptado gobernantes y gobernados”. Chacón Corado, Mauro Roderico: “La Constitución Política de Guatemala”, en Instituto de Justicia Constitucional: *Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala, Tomo I*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2013, pág. 17.

4 *Ibid.*, págs. 17 a 29.

5 Años antes el profesor Chacón Corado había publicado el artículo “El control de constitucionalidad de las leyes en Guatemala”, en: Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, No. 10-11 (1991), págs. 155-175. Disponible en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/280/pdf>.

Así, los derechos configuran “valores, principios o facultades que cada persona tiene”, mientras que las garantías son los mecanismos de protección dirigidos a asegurar “la eficacia de los derechos”, es decir, “el conjunto de medios jurídicos destinados a proteger los derechos”<sup>6</sup>. De esa cuenta, los derechos constituyen lo material o sustantivo: las libertades, facultades o potestades de la persona, mientras que las garantías revisten lo instrumental o procedimental: las acciones, procesos o vías, de distinta naturaleza, para reclamar los derechos, sin que sea conveniente hacer una jerarquización entre estos conceptos, pues tanto depende de las garantías la eficacia práctica de los derechos, como de estos últimos la utilidad y aplicación de las primeras.

El profesor Jorge Mario García Laguardia, otro de los grandes juristas guatemaltecos, ejemplifica esta compleja relación al narrar un efusivo pronunciamiento ante la falta de instrumentos de protección de los derechos en la Constitución de 1879 (previo a la reforma de 1921 que incorporó el amparo), en los términos siguientes: “En discutida conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional en 1910, Manuel Diéguez hacía una penetrante crítica de orientación general conservadora, impulsando una reforma. La Constitución, decía, consagra el capítulo de los derechos, pero esto no es más que una portada decorativa, porque no crea medios para que las garantías individuales sean eficaces... porque adrede se han dejado las garantías a merced de leyes reglamentarias, que es lo mismo que nulificar los principios constitucionales. Se lamentaba de que no existieran medios que impidieran las violaciones constitucionales”<sup>7</sup>.

Ahora bien, dentro de los instrumentos de protección, es decir, las garantías, la Constitución guatemalteca ha reservado la denominación de “garantías constitucionales”, a específicos mecanismos “de índole constitucional” y naturaleza procesal, es decir, que se promueven ante

6 Chacón Corado, Mauro Roderico: “El amparo constitucional en Guatemala”, en: *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla*. Año V, No. 27, enero-junio 2011, págs. 148, 149 y 151. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a8.pdf>.

7 García Laguardia, Jorge Mario: *La defensa de la Constitución*. Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pág. 37. Disponible en: <http://biblio3.url.edu.gt/Public/Libros/2013/DEF-Constitucion.pdf>. Manuel Diéguez Flores, citado por el profesor García Laguardia, se habría pronunciado en tal sentido durante la “Conferencia sobre la Constitución de Guatemala dictada a los jóvenes de la sociedad El Derecho”. Además, sería autor de las obras *Recopilación de leyes de Guatemala* (1908) y *Tradiciones, artículos literarios, estudios de derecho* (1923).

los órganos jurisdiccionales<sup>8</sup>, por cuyo medio se “garantiza a las personas la protección de sus derechos”<sup>9</sup>. Estas garantías constitucionales son, claro está: la exhibición personal, el amparo y el planteamiento de inconstitucionalidad, en casos concretos y con efectos generales.

## **b) La “amplitud” del amparo guatemalteco**

Algo ha sido adelantado con el empleo de la noción de “amplitud”. Así, lo que se intenta en este trabajo al calificar al amparo como una garantía constitucional “amplia”, es destacar cómo la regulación procesal que lo rige, desde el texto constitucional y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente (en adelante también “Ley de Amparo”), así como la indiscutible evolución jurisprudencial de los criterios de la Corte de Constitucionalidad, han demarcado su carácter decisivamente tutelar con un enfoque expansivo y multiplicador de protección de los derechos y libertades.

Esa “amplitud”, como se intentará explicar, tiene que ver, entre otros aspectos, con (i) el “amplio” catálogo de derechos y libertades que el amparo salvaguarda, y (ii) los distintos y muy “amplios” ámbitos en los que el amparo deviene procedente para asegurar la protección de los derechos. Ello, sin dejar de lado el “amplio” elenco de sujetos legitimados para instar la tutela que el amparo conlleva, derivado del criterio jurisprudencial de la Corte de Constitucionalidad que ha reconocido legitimación para instar la garantía ante “actos u omisiones que afecten a la totalidad de habitantes del país”, en tanto “concern[e]n a la institucionalidad del Estado”<sup>10</sup>.

8 Entre otras clasificaciones de los instrumentos de protección de los derechos, la doctrina alude a tres categorías: a) las garantías normativas; b) las garantías institucionales; y c) las garantías jurisdiccionales. Las garantías normativas, en primer lugar, hacen relación de los preceptos del texto constitucional dirigidos a asegurar el cumplimiento de los derechos, evitando su modificación y velando por la integridad de su sentido y función; es así como dentro de esta categoría encuentra cabida, entre otros, el principio de rigidez constitucional que exige una forma agravada para modificar la Constitución. Las garantías institucionales se refieren, especialmente, al control parlamentario con relación a la actividad gubernamental, el cual incide en la observancia del sistema de derechos y libertades, así como a la institución del *Ombudsman*, en su papel de comisionado del Congreso para la defensa de los derechos humanos. Por último, las garantías jurisdiccionales dan cuenta de los instrumentos de protección de los derechos exigibles ante los tribunales de justicia; estas garantías procesales ocupan un lugar destacado, evidenciando el relevante papel que corresponde a los órganos de la jurisdicción en la salvaguardia de los derechos y libertades de la persona. Materia de indiscutible importancia constitucional. Véase, Pérez Luño, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*. España, Tecnos, 1986, págs. 65 y ss.

9 Chacón Corado, Mauro Roderico: “El amparo constitucional en Guatemala”, *op. cit.*, pág. 152.

10 Véase, entre otras, Sentencia de 7 de marzo de 2014, expediente 461-2014.

Ahora bien, previo a comentar aquellos elementos, resulta útil hacer un sucinto recuento histórico del amparo guatemalteco, a fin de efectuar una aproximación a su evolución normativo-constitucional al cumplirse 100 años de su acogida en el ordenamiento jurídico interno.

## **b.1) Breve repaso de la evolución jurídico-constitucional del amparo en Guatemala**

(i) *La incorporación del amparo en el sistema jurídico nacional.* El profesor Chacón Corado, con cita del también insigne procesalista Mario Aguirre Godoy, refiere que la introducción del amparo al derecho guatemalteco ocurrió durante el gobierno de Carlos Herrera, con la modificación decretada el 11 de marzo de 1921 a la Constitución de 1879, específicamente a su artículo 34<sup>11</sup>.

Así, la reforma incorporada a la norma constitucional establecía: “La Constitución reconoce el derecho de amparo. Una ley constitucional anexa desarrollará esta garantía”<sup>12</sup>.

Años después, el 20 de diciembre de 1927, estando a cargo de la presidencia Lázaro Chacón, se volvió a modificar el precepto constitucional, cuyo nuevo texto, además de incorporar el reconocimiento de aquellos derechos no expresamente reconocidos por la Constitución y de recoger nuevamente la previsión de la exhibición personal, se refirió al “derecho de pedir amparo” en dos supuestos específicos: a) para que se “mantenga o restituya” a la persona en el goce de sus derechos “y garantías” (con evidente confusión conceptual del término empleado), y b) para que “en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de autoridad no le es aplicable” (tal redacción sería el antecedente de los incisos a) y b) del artículo 10 de la Ley de Amparo actualmente en vigor)<sup>13</sup>. Este fue el texto vigente del precepto hasta la derogación, en 1944, de la Constitución liberal de 1879.

11 Chacón Corado, Mauro Roderico: “El amparo constitucional en Guatemala”, *op. cit.*, pág. 154.

12 El texto original del artículo 134 disponía: “La Constitución reconoce el derecho de ‘Habeas Corpus’ o sea la exhibición personal”.

13 La reforma del artículo 134, incorporada en 1927, dispuso: “Las declaraciones, derechos y garantías que expresa la Constitución no excluyen otros derechos y garantías individuales no consignados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Toda persona tiene derecho de pedir amparo en los casos y para los efectos siguientes: 1º Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece. 2º Para que, en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de la autoridad no le es aplicable. Toda persona ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo en el goce de su libertad individual, o que sufre vejámenes aun en su prisión legal, tiene derecho para pedir su inmediata exhibición, ya sea con el fin de que se le restituya en su libertad, o para que se le exonere de los vejámenes o se haga cesar la coacción a que estuviere sujeta. Se limita lo anteriormente dispuesto, respecto a la libertad de los individuos cuya extradición se hubiere pedido conforme a los tratados o al Derecho de gentes.”

La Constitución de 1945 incorporó la garantía constitucional del amparo en su artículo 51, en términos prácticamente iguales que los recogidos en el artículo 134 del anterior texto constitucional<sup>14</sup>.

(ii) *El desarrollo normativo del amparo en los textos constitucionales de 1956 y 1965.* La Constitución de 1956 recogió una regulación más desarrollada en torno al amparo, reservando para ello los artículos comprendidos del 79 al 85, con excepción del artículo 81 referido a la exhibición personal (aunque incluido en el capítulo denominado: “Del Amparo”, al igual que el artículo 86). Así, en el primer precepto se dispuso que la función del amparo sería “el mantenimiento de las garantías individuales y la invulnerabilidad de los preceptos de la Constitución”. Como cabe apreciar, la confusión terminológica entre derechos y garantías continuaba latente en el sistema jurídico interno.

El artículo 80 previó los casos de procedencia de la garantía constitucional, de manera que, siguiendo el modelo de los textos constitucionales previos (1879 y 1945), reiteró el primer supuesto (inciso a) y escindió el segundo a fin de complementar su regulación y adicionar un tercero, en el sentido de reconocer el “derecho a pedir amparo” (b) para “que se declare, en casos concretos, que una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución”, y (c) para “que, en casos concretos, se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República no le es aplicable al recurrente, por violar un derecho constitucional”. Este último supuesto sería el antecedente del inciso c) de la actual Ley de Amparo. También el artículo 80 se refería al planteamiento “específico” (o autónomo) del amparo y a los efectos de su eventual “declaratoria de procedencia”<sup>15</sup>. Un aspecto que vale la pena destacar, y que será objeto de posterior comentario, es que la normativa reservaba la tutela del amparo a los derechos de categoría constitucional o garantizados constitucionalmente, lo cual repercutiría en el alcance de la protección.

---

14 El artículo 51 de la Constitución de 1945 establecía, en lo pertinente: “Toda persona tiene el derecho de pedir amparo en los casos y para los efectos siguientes: a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece; b) Para que, en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de la autoridad, no le es aplicable. [...]”.

15 El artículo 80 de la Constitución de 1956 disponía, en lo pertinente: “[...] El amparo se entablará mediante un recurso específico en la forma determinada por la Ley y ante los Tribunales que aquella señale. La declaratoria de procedencia del recurso de amparo tendrá como efecto inmediato dejar en suspenso la resolución o acto de autoridad en el caso reclamado y el cese de la medida dictada”.

Otra nota interesante es que el artículo 82 establecía la improcedencia del amparo en “asuntos de orden judicial o administrativo” ventilados “conforme a sus leyes y procedimientos”. A la postre, resultaría complejo interpretar si, en efecto, era viable o no el amparo en tales ámbitos, cuestión que la jurisprudencia debería dilucidar. En todo caso, aun siendo viable el planteamiento, resultaría discutible la determinación sobre si aquellos procesos o procedimientos habían sido tramitados de manera “conforme” a la normativa que los regía, pues al tenor del precepto constitucional, de esto dependería la procedencia del amparo, negada de antemano por el texto normativo. Tal regulación habría limitado el alcance tutelar de la garantía.

Por su parte, los artículos 83, 84 y 85 aludían, respectivamente, a los temas siguientes: a) al carácter punible de “toda acción” que impidiera, restringiera o estorbara el “ejercicio del amparo” o la aplicación de las normas atinentes a ese “derecho”; b) a la necesaria interpretación “extensiva” en materia de amparo (lo que actualmente encuentra acogida en los artículos 2º y 42 de la Ley de Amparo), y la imposibilidad de “dejar de admitir un recurso sin incurrir en responsabilidad”, y c) a la necesaria “instancia de parte” para la tramitación del amparo y la no producción de “excepción de cosa juzgada” de la decisión que resolviera la garantía constitucional (artículos 6º y 190 de la Ley de Amparo). Llama la atención que la Constitución de 1956 caracterizaba al amparo como “recurso”, cuestión que la doctrina y la jurisprudencia nacionales se han ocupado de descartar bajo el argumento de configurar un proceso autónomo que no depende, para su promoción, de un proceso previo, y que, por su naturaleza extraordinaria, no se ocupa de la revisión del criterio de fondo asumido por una instancia previa, como sucede con los medios de impugnación.

Ahora bien, derogado el texto de 1956, la Constitución de 1965 recogió una detallada regulación sobre el amparo en sus artículos 80 a 84. El primer precepto, al establecer los supuestos del “derecho a pedir amparo”, reiteró, en términos generales, los casos de procedencia de la Constitución de 1956, con el agregado de un último supuesto general, referido a “los demás casos que expresamente establec[ía] la Constitución”<sup>16</sup>. Asimismo, el artículo 80 disponía la procedencia del

16 El artículo 80 de la Constitución de 1965 establecía, en lo pertinente: “Toda persona tiene derecho a pedir amparo en los casos siguientes: 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece. 2. Para que se declare en casos concretos que una ley, un reglamento o una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución. 3. Para que en casos concretos se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República, no le es aplicable al recurrente por violar un derecho constitucional. 4. En los demás casos que expresamente establece la Constitución. [...]”.

amparo en “materia administrativa” en casos de actuaciones (reglamentos, acuerdos, resoluciones u otras medidas) ilegales o dictadas con “abuso de poder” que causaran agravio o se tuviera “justo temor de sufrirlo”, o por la exigencia de requisitos “no razonables” en tanto no existiera “recurso administrativo con efecto suspensivo” o que el agravio no fuera “reparable por otro medio legal de defensa”. Tal regulación configuraría el antecedente de los incisos d) y e) de la Ley de Amparo vigente.

El artículo 81 aumentó, paradójicamente a la naturaleza tutelar de la garantía, los supuestos previstos en el texto constitucional previo en los que el amparo resultaba “improcedente”, incluidos los siguientes: a) en los “asuntos del orden judicial”, salvo ante infracciones al procedimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, en tanto no se hubiera dictado sentencia; b) contra las resoluciones dictadas en materia de amparo; c) contra los actos consentidos por el agraviado, y d) contra las medidas sanitarias y aquellas dictadas para “prevenir o conjurar calamidades públicas”. El inciso a) citado permitiría develar que la intención, tal vez incluso desde la Constitución de 1956, era descartar el amparo en asuntos judiciales, lo que daría un vuelco transversal en 1985.

El artículo 82 se refería a los efectos de la declaratoria de procedencia del amparo, incorporando, además de la suspensión del acto reclamado (en términos similares al artículo 80 de la Constitución de 1956, con el agregado del “restablecimiento de la situación jurídica afectada”, lo que guardaría congruencia con el artículo 49, inciso a), de la Ley de Amparo), los supuestos de omisión de resolución y la consumación “de modo irreparable” o el cese de efectos del acto reclamado (en sintonía con los artículos 49, incisos b) y c), y 51 de la Ley de Amparo).

Los artículos 83 y 84, redactados en términos parecidos a los artículos 84, 85 y 86 de la Constitución de 1956, reiterarían elementos esenciales del trámite y resolución del amparo, incluidos los siguientes: a) la interpretación judicial extensiva; b) la imposibilidad de inadmitir la garantía o de obviar una resolución “sobre el fondo”; c) su interposición “mediante recursos específicos”; d) la previsión de que la regulación aplicable sería objeto de una “ley constitucional” específica, y e) el carácter punible de cualquier acción que impidiera “el ejercicio” del derecho.

(iii) *La evolución del amparo con miras a consolidar su “amplitud” en la Constitución de 1985.* Sin duda, es la Constitución de 1985, vigente de manera íntegra desde el 14 de enero de 1986, el texto fundamental que más “ampliamente” desarrolla la garantía del amparo en la historia constitucional patria. Para respaldar tal afirmación, basta aludir a algunos aspectos, de los que a continuación se efectuará una somera referencia, que denotan una perspectiva distinta, desde la normativa constitucional, a efecto de proveer al amparo de máxima eficacia como mecanismo de protección.

Así, la Constitución vigente dedicó un único artículo para recoger el objeto y naturaleza del amparo: el artículo 265, pero ese solo precepto conformó una evolución sin precedentes en la regulación y aplicación de este mecanismo procesal de tutela.

Por un lado, la Constitución de 1985 instituyó el amparo con la finalidad de protección de un catálogo amplísimo, inacabado y en constante expansión, de derechos y libertades. Así, a diferencia de lo previsto en los textos constitucionales anteriores, especialmente los promulgados en 1956 (artículos 79 y 80) y 1965 (artículo 80), el amparo no se limitará ya a la tutela de los “derechos constitucionales”, sino que, como será analizado más adelante, su alcance de protección abarcará todos los derechos y libertades, expresamente reconocidos o no, sean de fuente constitucional, convencional, legal o jurisprudencial, en tanto respondan a la naturaleza de derechos humanos o derechos fundamentales (la acotación sobre la supuesta diferenciación entre estos conceptos será abordada oportunamente).

En segundo término, la Constitución de 1985, al contrario de los textos que le antecedieron (artículo 82 de la Constitución de 1956 y artículo 81 de la Constitución de 1965), explícitamente descarta que existan “ámbitos” en los que el amparo resulte inviable o improcedente. Tal apertura supone avizorar un repertorio extenso, como nunca antes lo había previsto el sistema jurídico, de decisiones, actuaciones y, en general, circunstancias y expresiones del ejercicio del poder, sean de hecho o de derecho, judiciales o administrativas, jurídicas o políticas, públicas o privadas, y otras más de muy diversa naturaleza, en las que el amparo puede actuar para proveer tutela a los derechos lesionados.

Cabe agregar que todo lo anterior sirvió de complemento perfecto a la apertura que la propia Constitución previó en materia del reconocimiento, respeto y garantía de los derechos y libertades, como no se había dado en los textos previos. Así, la Constitución vigente promueve y permite una “expansión” del catálogo de derechos que tutela, lo que se ve reafirmado con la doctrina del bloque de constitucionalidad. De ahí que resulte cierta y pertinente la afirmación del doctor Chacón Corado en cuanto a que la Ley Fundamental de 1985, “a diferencia de las anteriores, con su reconocimiento a los derechos fundamentales de las personas, que desarrolla con claridad”, ha permitido durante más de tres décadas, y ojalá siga permitiendo a futuro, un orden social, jurídico y político, “al cual se han adaptado y que han aceptado gobernantes y gobernados”<sup>17</sup>.

## *b.2) Notas características de la “amplitud” del amparo guatemalteco*

En las líneas que prosiguen se pretende hacer un breve repaso sobre los elementos propios del amparo en Guatemala, los cuales, según ha sido indicado, denotan el carácter “amplio” del instituto, a fin de proveer una tutela judicial efectiva.

### **1) Derechos y libertades que tutela: un catálogo “expansivo” y en continua evolución**

Se ha avanzado señalando que el catálogo de derechos que el amparo guatemalteco protege es extenso. Así, este primer elemento de “amplitud” de la garantía constitucional puede ser analizado desde dos perspectivas, íntimamente relacionadas. Por un lado, la falta de enumeración de los derechos tutelados por el amparo, y por el otro, las muy diversas fuentes de las que pueden originarse estos derechos.

(i) *La no enumeración o delimitación de los derechos tutelados.* En cuanto a la primera perspectiva, cabe hacer referencia que el sistema jurídico interno no detalla, a modo de limitación, los derechos que salvaguarda el amparo. Esto denota un aspecto sumamente importante de la garantía constitucional, en tanto no restringe, sino que amplía, el catálogo de los derechos tutelados. Para mejor

---

<sup>17</sup> Chacón Corado, Mauro Roderico: “La Constitución Política de Guatemala”, *op. cit.*, pág. 17.

comprensión de este elemento, cabe hacer referencia, a modo de comparación, de otros sistemas jurídicos en los que, como el español o el chileno, desde sus textos constitucionales se delimita el inventario de los derechos cuyo reclamo de protección es dable por vía de las garantías constitucionales dispuestas, similares al amparo.

Así, en el primer ejemplo mencionado, es la Constitución Española de 1978 la que prevé en su artículo 53.2 que se “podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo [...] a través del recurso de amparo”, el que también “será aplicable a la objeción de conciencia”. En tal sentido, el texto constitucional español taxativamente enumera los derechos cuya protección puede pretenderse mediante amparo. Por ende, de la lectura del precepto citado se colige que los derechos reconocidos en los artículos 14, del 15 al 29 (correspondientes a la sección primera del capítulo segundo) y 30.1 (objeción de conciencia) son los que, conforme a la decisión del constituyente, merecen la tutela del amparo. En línea con lo indicado, el amparo español sería eficaz para la tutela de distintos derechos (igualdad, vida, libertad, seguridad, honor, intimidad personal, libertad de expresión, reunión, asociación, participación política, tutela judicial, debido proceso, educación, libre sindicalización, huelga, petición y objeción de conciencia, en una escueta mención del contenido de los artículos citados).

Sin embargo, el texto citado dejaría fuera del listado demarcado otros derechos, como los concernientes a la propiedad privada, al trabajo, a la negociación colectiva laboral o a la libertad de empresa (artículos 33, 35, 37 y 38, respectivamente). Así, sin perjuicio de la interpretación jurisprudencial que el Tribunal Constitucional español ha efectuado en torno al alcance del “recurso de amparo”, la doctrina de aquel país ha afirmado que los términos del citado artículo 53.2 constitucional “pueden interpretarse como una delimitación indicativa de los derechos a los que el recurso de amparo extiende su protección”, delimitación de la que se deduciría que “no existe un, por así decir, derecho a acceder al [...] amparo para todos los asuntos en los que la discusión versa acerca de la aplicación de los derechos fundamentales”<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Carrasco Durán, Manuel: “El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, No. 63, septiembre-diciembre 2001, págs. 90 y 111.

Por su parte, la Constitución de Chile, que data de 1980 y, hasta la fecha, continúa vigente, sin aludir expresamente a un instrumento procesal, señala en su artículo 20 que la “privación, perturbación o amenaza” en el ejercicio de los derechos “establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º” del mismo texto constitucional, faculta para “ocurrir” ante los tribunales de justicia a efecto de que estos dispongan lo necesario para “restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. El precepto citado ha dado paso a la consolidación de un instrumento denominado acción o recurso “de protección”, que responde a la naturaleza de una verdadera garantía constitucional, por lo que se considera análogo al amparo<sup>19</sup>.

Ahora bien, el texto citado demarca, en orden a los preceptos constitucionales enumerados, los derechos susceptibles de tutela por vía de la acción de protección (vida, integridad, igualdad, juez natural, vida privada, honra, inviolabilidad del domicilio, libertad de conciencia, libertad de enseñanza, libertad de opinión, reunión, asociación, libertad de trabajo, libertad de contratación, libre sindicalización, libre desarrollo de actividades económicas, no discriminación en materia económica, libre adquisición de bienes, propiedad y creación y difusión de las artes, a partir de una somera referencia del contenido de los preceptos normativos citados en el artículo 20).

Por ende, el ámbito de tutela de la acción “de protección” dejaría fuera derechos como el relativo a un ambiente libre de contaminación, a la educación, de petición, a acceder a la función y empleo públicos, o a la seguridad social, conforme al contenido de los numerales 8º, 10º, 14º, 17º y 18º del artículo 19, no recogidos en el texto del artículo 20.

Ante ello, la doctrina ha afirmado que el trámite procesal del reclamo de tutela “puede iniciar [...] cuando hay una afectación [...] de un derecho garantizado por el artículo 20 de la Constitución”, lo que configura “un requisito básico para que prospere una acción de protección”<sup>20</sup>. A *contrario sensu*, la falta de invocación de hechos referidos a “la

19 Nogueira Alcalá, Humberto: “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, en: *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 16, No. 1, pág. 220. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24759.pdf>.

20 *Ibid.*, págs. 251 y 260.

vulneración de los derechos indicados en el artículo 20 de la Constitución”, determinará que “la acción será declarada inadmisibles”<sup>21</sup>.

Lo antes referido permite apreciar la “amplitud” con que la Constitución guatemalteca instituye el amparo, en tanto no enumeró ni delimitó, en forma alguna, los derechos cuya protección puede reclamarse por vía del amparo, lo que se comprende aún mejor a partir de la siguiente perspectiva.

(ii) *Las diversas fuentes de las que se originan los derechos tutelados.* Quizá el aspecto más importante, en lo que concierne a los derechos que salvaguarda el amparo, sea la redacción abierta que la Constitución recoge tanto en su artículo 265 como en otros preceptos de los que se hará relación.

Así, el citado artículo 265 prevé que el amparo protege “los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”, lo que ya denota un alcance ausente en los textos de 1956 y 1965, en tanto la norma fundamental vigente, a diferencia de estos últimos, reconoce la tutela de derechos no exclusivamente recogidos en norma constitucional, sino también aquellos garantizados a nivel legal. En tal sentido, cabe destacar que la interpretación de este mandato, en armonía con una hermenéutica “extensiva”, como exige el principio pro persona (artículos 2º y 42 de la Ley de Amparo)<sup>22</sup>, debe abarcar también los derechos reconocidos en cualquier norma del ordenamiento jurídico, sin sujeción al procedimiento de su elaboración y al rango normativo que le corresponda. Es decir, se hace imperativo entender que el artículo 265, bajo el término “ley”, alude al sentido material del concepto (no al formal), con lo que los derechos cuya tutela es viable mediante amparo serían también los reconocidos en leyes ordinarias, reglamentarias y en cualesquiera otras normas del sistema jurídico<sup>23</sup>.

21 *Ibid.*, pág. 257.

22 Véase, entre otras, la Sentencia del 13 de octubre de 2015, expediente 4040-2014, en la que la Corte de Constitucionalidad consideró: “[...] si la interpretación constitucional exige siempre una intelección contextual, sistemática y finalista, más aún, al tratarse de normativa atinente a derechos fundamentales, cualquier decisión que se asuma en esta materia no puede desconocer su naturaleza de ‘mandatos de optimización’ (siguiendo doctrina autorizada en este ámbito), de forma que la interpretación que se impone ha de estar guiada e informada por el principio pro persona, cuyo fin último es ‘lograr la máxima eficacia de los derechos y libertades, y, consiguientemente, de sus instrumentos de garantía’, como lo ha afirmado la Corte en distintas sentencias”.

23 Véase, Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 15.

Sin embargo, es preciso indagar más allá, en el contenido de la Constitución, para comprender la magnitud de la tutela que provee el amparo a nivel interno. En tal sentido, cabe hacer mención de los artículos 44, 46 y 149, cuyos mandatos, desde un plano material, dotan de contenido al ámbito de actuación instrumental del amparo.

En primer término, el artículo 44 alude a una cláusula abierta que logra irradiar la fuerza normativa de la Constitución a los derechos no expresamente reconocidos en esta, siempre que sean “inherentes a la persona humana”. El contenido de este precepto permite advertir que los derechos humanos y los derechos fundamentales, materialmente hablando, se confunden (en el mejor sentido que se pueda atribuir al verbo empleado).

La doctrina explica que, desde una concepción material, son derechos fundamentales aquellos inherentes a la condición de persona, sin importar el rango de la norma que los reconozca<sup>24</sup>. Por su parte, los derechos humanos configuran facultades que “concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas”<sup>25</sup>. Así las cosas, la normativa constitucional guatemalteca no siguió la práctica, acogida por otros sistemas legales, de reservar el concepto “derechos fundamentales” para referirse a aquellos garantizados a nivel interno, y “derechos humanos” para los recogidos en instrumentos internacionales. De esa cuenta, la Constitución guatemalteca utiliza indistinta y conjuntamente los términos “derechos humanos” (título II y artículos 45, 46, 72, 149, 273 y 274) y “derechos fundamentales” (artículos 93 y 275).

En tal sentido, de acuerdo al contenido del artículo 44 serán derechos con reconocimiento y tutela constitucional, todos los derechos esenciales para respetar y garantizar la dignidad humana, es decir, los derechos humanos, sin importar que no se encuentren recogidos en el texto fundamental. Se suma a lo anterior el artículo 265 que provee tutela, por medio del amparo, a los derechos que la

---

24 Díez-Picazo, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*. España, Thomson Civitas, 2008, págs. 38 y 39.

25 Pérez Luño, Antonio E: *Los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pág. 46.

cláusula abierta del artículo 44 incorpora al plexo constitucional<sup>26</sup>. En todo caso, resulta importante denotar que en el sistema constitucional patrio los derechos fundamentales y los derechos humanos coinciden en su contenido y, en lo que interesa a este trabajo, participan conjunta, indiscriminada e ilimitadamente de la garantía que provee el amparo.

Lo anterior ha permitido, por ejemplo, que la Corte de Constitucionalidad tutele sin reparos ni cortapisas, incluso sin normativa interna (antes y ahora), derechos fundamentales como el denominado “a la autodeterminación informativa”, hoy comprendido en la protección de datos personales, por entenderlo inherente a la dignidad humana<sup>27</sup>.

El artículo 46, por su parte, recoge un mandato de singular alcance para la protección y efectiva garantía de los derechos humanos, en tanto afirma la “preeminencia” de los tratados y convenciones internacionales sobre la materia, aceptados y ratificados por Guatemala, respecto del “derecho interno”.

Sin perjuicio de las interpretaciones que a lo largo de los años sostuvo la jurisprudencia constitucional al respecto, sin lugar a dudas la doctrina del bloque de constitucionalidad, incorporada mediante la sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011 (cuyo ponente fue, precisamente, el magistrado Chacón Corado), revela un sentido ciertamente “expansivo” del catálogo de derechos reconocidos y garantizados a nivel interno. En efecto, la doctrina originada a nivel doméstico a

26 A este respecto, cabe hacer mención de la Sentencia del 19 de enero de 1999, expediente 248-98. Aunque el fallo no fue dictado en virtud del planteamiento de un amparo, devela la “expansión de derechos” que surge a partir de la interpretación del artículo 44. Así, la Corte de Constitucionalidad derivó del contenido del precepto constitucional el “derecho a morir con dignidad”, reconocido y garantizado en el contexto de la aplicación de la pena de muerte, al punto que, sin decirlo expresamente, previó que la eventual amenaza del derecho sería susceptible de protección por vía del amparo: “Siendo un valor fundamental la estimativa de la persona humana, y aun cuando no esté constitucionalizado expresamente el derecho a morir con dignidad, este corresponde a la categoría de los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución, y, por ello [...] deben quedar preservados los derechos del ejecutable en cuanto a que la ejecución de la sentencia se haga con absoluto respeto a su derecho a la intimidad, de la que la sentencia condenatoria no le ha privado, y por ello, de pretenderse vulnerar ese deseo, estarán a salvo los medios de protección directa y concreta de los derechos e intereses que la Constitución y las leyes preservan”.

27 Véase, Sentencia de 11 de octubre de 2006, expediente 1356-2006. En este fallo se indicó, entre otras cosas, lo siguiente: “Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el artículo 44 de la Constitución Política de la República o de la recepción que también autoriza el artículo 46 del texto matriz, también pueden ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, su carácter de inherentes a la persona humana, aun cuando no figuren expresamente en este último texto normativo. Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquéllos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa.”

partir de la sentencia citada, y reiterada por una serie de fallos posteriores, afirma la relación de complementariedad –no de jerarquía– en que se ubican, en cuanto a los derechos que protegen, la Constitución y los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>28</sup>. Por consiguiente, ese extenso –y expansivo– conjunto de derechos incluido en el bloque de constitucionalidad guatemalteco será objeto de tutela, en caso de violación o amenaza, por medio del amparo.

Cabe agregar que el contenido del artículo 46, aunado a la interpretación que la Corte de Constitucionalidad ha efectuado acerca de los alcances a nivel interno de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, ha conllevado que se aplique, con eficacia práctica y carácter vinculante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera que han encontrado reconocimiento y tutela, por vía del amparo, específicos derechos originados de los criterios del tribunal regional. Entre estos, los derechos a la verdad, a la reparación y a la no repetición de conductas violatorias a los derechos humanos<sup>29</sup>.

Por último, el artículo 149 constitucional, cuyo alcance interpretativo aún se encuentra en desarrollo por parte de la jurisprudencia nacional, refiere que el Estado guatemalteco fundamentará sus relaciones internacionales en “los principios, reglas y prácticas internacionales”, a fin de contribuir, entre otros objetivos, “al mantenimiento de la paz y la libertad”, y “al respeto y defensa de los derechos humanos”.

El reconocimiento, con alcance constitucional, de los principios, reglas y prácticas del Derecho Internacional denota la aplicación, en el ámbito interno, de un conjunto de fuentes no escritas y prácticas consuetudinarias que afianzan la protección internacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, los principios de *jus cogens*, como normas imperativas de Derecho Internacional general, encuentran sólido sustento en el sistema jurídico guatemalteco a partir del citado artículo 149 y, en tanto encarnen verdaderos derechos humanos (igualdad y no

---

28 La Sentencia refiere que la “función esencial” del bloque de constitucionalidad “es la de valerse como herramienta de recepción del derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia” (expediente 1822-2011).

29 Véase, Sentencia de 28 de enero de 2020, expediente 1559-2018, y Sentencia de 9 de febrero de 2021, expedientes acumulados 682-2019 y 1214-2019.

discriminación<sup>30</sup>, prohibición de la tortura<sup>31</sup> o prohibición de la esclavitud<sup>32</sup>, entre otros), también será viable su protección por medio de la garantía del amparo.

Por otro lado, el amparo guatemalteco ha ofrecido protección a derechos que, en mayor o menor medida, han derivado de la interpretación jurisprudencial del texto constitucional, incluidos los citados artículos 44 y 46. Así, cabe mencionar el derecho a la tutela judicial efectiva, pues antes de su reconocimiento expreso a nivel legislativo<sup>33</sup>, el amparo sirvió como instrumento útil para su adecuada garantía, tanto a nivel general como de sus respectivos componentes (acceso a la justicia, debido proceso, resolución sobre el fondo y fundada en derecho, motivación del fallo y ejecución de la decisión), considerados, a su vez, como verdaderos derechos<sup>34</sup>.

En definitiva, la Constitución nacional revela una apertura hacia el reconocimiento de un catálogo, “expansivo”, inacabado y en permanente construcción, de derechos y libertades, todos los cuales encuentran tutela por vía del amparo.

## 2) El amparo como instrumento para garantizar la eficacia horizontal de los derechos

Otro elemento que caracteriza al amparo guatemalteco, y que lo diferencia de otros instrumentos análogos del derecho comparado<sup>35</sup>, deriva del contenido del artículo 10 de la Ley de Amparo, primer párrafo, en tanto prevé la procedencia de la garantía ante amenazas o violaciones a los derechos provocadas por actuaciones u omisiones

30 Véase, Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, párr. 182.

31 Véase, Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402, párr. 140.

32 Véase, Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, párr. 176.

33 Decreto 7-2011 del Congreso de la República que reformó el artículo 5 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92.

34 Véase, entre otras, Sentencia de 7 de marzo de 2007, expediente 2628-2006. En el fallo, la Corte de Constitucionalidad explicó: “Por medio de la debida fundamentación de las decisiones jurisdiccionales, se garantiza el acceso a la tutela judicial, pues las partes intervinientes en la causa pueden conocer los motivos reales por los cuales su pretensión ha sido acogida o no, apreciar con plenitud qué circunstancias y elementos de hecho y de derecho ha tenido en cuenta el tribunal al juzgar el caso concreto, percibir si sus alegaciones han sido o no estimadas y advertir qué valor ha sido conferido a los distintos elementos de prueba propuestos”.

35 Afirma Nogueira Alcalá que, en los casos de España, México y Colombia, la garantía constitucional correspondiente (amparo o tutela) procede “solo respecto de actuaciones de entes públicos”, no así contra particulares. Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pág. 220.

de sujetos u órganos del poder público, “o entidades de derecho privado”.

La posibilidad de promover amparo para reclamar la protección de los derechos frente a sujetos de derecho privado supone el acogimiento, en el sistema jurídico interno, de la doctrina de la “eficacia horizontal de los derechos” o “eficacia inmediata”. Dicha doctrina, originada de la teoría alemana (*Drittwirkung*), extiende la garantía de los derechos más allá de su eficacia frente a los poderes públicos (eficacia vertical)<sup>36</sup>.

En tal sentido, se habla de la eficacia mediata o indirecta de los derechos en las relaciones entre particulares cuando aquellos no resultan vulnerados a partir de la sola conducta de un particular, sino a partir del resultado conjunto entre dicha conducta y la de los poderes públicos que han posibilitado o no han logrado reprimir la afectación provocada en el plano privado. Por su parte, la eficacia inmediata refiere la posibilidad de que la mera conducta del particular, sin vincular la acción u omisión de los poderes públicos, lesione los derechos de otra persona<sup>37</sup>, que es lo que posibilita reclamar el citado artículo 10 de la Ley de Amparo.

Estos criterios tienen especial repercusión en la forma como puede reclamarse la protección de los derechos, pues conforme a los parámetros de la eficacia mediata, primero debe requerirse la intervención de la jurisdicción ordinaria para exigir el cese de la situación agravante, y solo después acudir a la jurisdicción constitucional en reclamo del fallo que no ha reparado la lesión originalmente ocasionada por el particular, es decir que se reclama ahora contra el resultado conjunto de la conducta del particular y la del poder público (el órgano jurisdiccional). Por el contrario, conforme a la eficacia inmediata, es factible acudir en la vía constitucional en forma directa contra un particular<sup>38</sup>.

En tal sentido, el ordenamiento jurídico guatemalteco, conforme al texto de la Ley de Amparo en su artículo 10, acoge la doctrina de la eficacia horizontal o eficacia inmediata de los derechos, en tanto posibilita

---

36 Cruz Villalón, Pedro: “Derechos fundamentales y Derecho privado”, en: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pág. 227.

37 *Ibid.*, pág. 237.

38 *Loc. cit.*

promover amparo, de manera directa, contra sujetos de derecho privado, sin exigir previamente reclamar contra estos ante la jurisdicción ordinaria, salvo, claro está, en los casos en que esto se imponga como cumplimiento del presupuesto procesal de definitividad.

De esa cuenta, la jurisprudencia constitucional ha conocido de distintos casos en los que se ha promovido amparo directamente contra sujetos de derecho privado, cuya tutela ha sido otorgada cuando ha sido evidenciada una actuación arbitraria que ha ocasionado agravio de relevancia constitucional<sup>39</sup>.

Cabe acotar que la interpretación jurisprudencial en esta materia ha posibilitado que la tutela del amparo sea otorgada, incluso, frente a personas (no entidades) de derecho privado<sup>40</sup> o colectivos que carecen de personalidad jurídica<sup>41</sup>, en el entendido que también estos pueden vulnerar derechos cuya reparación, de no ser por la garantía constitucional de mérito, sería ineficaz.

Por consiguiente, es evidente el avance de la legislación nacional y la interpretación extensiva que ha sostenido la jurisprudencia en esta materia, todo lo cual denota la “amplitud” que se reconoce al amparo como mecanismo eficaz de tutela.

39 Por ejemplo, amparos promovidos contra asociaciones de vecinos o asociaciones de propietarios (véanse, Sentencia de 17 de febrero de 2015, expediente 1638-2014, y Sentencia de 13 de mayo de 2014, expediente 5646-2013), así como amparos instados contra entidades propietarias de centros educativos particulares (véanse, Sentencia de 23 de febrero de 2017, expediente 4943-2016; Sentencia de 9 de agosto de 2012, expediente 434-2012, y Sentencia de 29 de agosto de 2000, expediente 787-2000).

40 Véase, Sentencia de 27 de octubre de 2003, expediente 855-2003. En este caso, el amparo fue promovido contra una persona particular en calidad de propietaria de una discoteca. Para el efecto, el solicitante del amparo reclamó que, “al momento de ingresar [a dicho lugar], le impidieron el paso, con fundamento en su notoria identidad maya”. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad consideró: “Es absolutamente innegable que los asuntos que conciernen a la protección de la dignidad de las personas, tienen carácter fundamental y prioritario, por lo que debe condenarse todo acto de discriminación racial que viole los derechos humanos y libertades fundamentales [...]. Esta Corte advierte que, si bien los propietarios de lugares privados destinados a servicios públicos tienen derecho a reservarse el derecho de admisión, el mismo no debe basarse en ningún tipo de discriminación, extremo que aconteció en el caso objeto de análisis”. A partir de ello, la Corte ordenó al propietario de la discoteca “eliminar de inmediato toda regla que tienda a la discriminación”.

41 Véase, Sentencia de 17 de febrero de 2000, expediente 954-99, en la que la Corte de Constitucionalidad consideró lo siguiente: “[...] se ha discutido la legitimación pasiva en tanto que se ha solicitado protección contra [una] agrupación voluntaria, sin personería jurídica, que reconoce su existencia de hecho por la propia manifestación de su presidente [...]. Sin embargo, encuéntrase ante el realismo del derecho de amparo que allana cuestiones eminentemente formales ante situaciones urgentes que procuren la virtual defensa de los derechos de las personas cuando carezcan de medios efectivos y rápidos de protección en consonancia con la naturaleza de los derechos esgrimidos, puesto que no todos estos tienen igual prioridad. En el caso que se examina, se presupone que la libertad de locomoción es de esa clase de derechos que no pueden ser postergados en su cuidado, en especial cuando se ha determinado que las personas que lo reclaman no tienen vías alternativas de ingreso a su propio domicilio. [...] Con base en las apreciaciones anteriores, debe estimarse que existe legitimación pasiva del comité impugnado, entendiéndose que lo que deba resolverse vincularía a sus dirigentes o responsables [...]”.

### 3) Los variados e ilimitados “ámbitos” en los que es viable promover amparo

Por último, el artículo 265 de la Constitución dispone que “[n]o hay ámbito que no sea susceptible de amparo”. Esta escasa frase repercute, como no había sucedido con los antecedentes normativos sobre la materia, en la “amplitud” de la garantía constitucional, en tanto su eficacia protectora no encuentra límite ante la materia controvertida, la naturaleza de los sujetos de la discusión o el escenario en el que se origina el acto u omisión agravante. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de la exigencia jurisprudencial del cumplimiento de los presupuestos procesales y de no desconocer el carácter extraordinario y subsidiario del amparo.

Así, el amparo guatemalteco opera, por igual, en asuntos de índole administrativa, jurisdiccional o política, en tanto se trate de la protección de derechos amenazados o violados. De esa cuenta, la jurisprudencia ha venido conociendo de un amplio número de garantías constitucionales promovidas contra actuaciones y autoridades administrativas, especialmente cuando no existe otra vía de reclamo frente a la situación agravante de derechos. Asimismo, un alto número de los amparos instados cuestionan decisiones y procesos judiciales, de cualquier materia e instancia, con tal que no se pretenda discutir en sede constitucional el tema de fondo de la controversia sometida a la justicia ordinaria, en tanto configura un tema de su exclusiva competencia<sup>42</sup>. De igual forma, el amparo procede contra órganos del poder político, incluidas las más altas autoridades del Estado.

También la garantía deviene procedente ante actuaciones u omisiones, de *iure* y de *facto*, de los órganos del poder público, de cualquier nivel, competencia o autoridad<sup>43</sup>. Asimismo, el ilimitado campo

42 Al respecto, en la Sentencia del 13 de octubre de 2015, expediente 4040-2014, la Corte de Constitucionalidad destacó: “La viabilidad del amparo frente a decisiones judiciales [...] no tiene como fin la mera revisión del criterio de fondo asumido por los órganos de la justicia ordinaria al resolver los conflictos sometidos a su conocimiento, en tanto solo a estos corresponde la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado (artículo 203 constitucional). Por el contrario, el objeto de la garantía constitucional se circunscribe a controlar que se hayan respetado y observado los derechos que la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico reconocen [...]. En suma, cuando se trata de actuaciones judiciales, 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”.

43 Por ejemplo, amparo promovido ante el “desalojo” decidido por las autoridades municipales de puestos en mercados bajo su administración, sin previo procedimiento (véase, Sentencia de 7 de agosto de 2013, expediente 3713-2012); amparo en el que se reclama contra la ubicación de un basurero municipal, previo contrato de arrendamiento del inmueble, sin observar la normativa correspondiente en materia de ambiente y recursos naturales (véase, Sentencia de 17 de abril de 2007, expediente 3095-2006), y amparo instado ante el “allanamiento” y “despojo violento” de un inmueble reclamado por la autoridad municipal sin instar previamente los procesos judiciales pertinente para dilucidar la titularidad del bien (Sentencia de 11 de diciembre de 2013, expediente 1429-2013).

de acción del amparo se corresponde con la posibilidad de reclamar su tutela frente a sujetos de derecho privado (artículo 10 de la Ley de Amparo), como antes fue indicado.

Como corolario, por el extenso e inconcluso catálogo de derechos que protege, y por los ámbitos ilimitados en que puede actuar, el amparo guatemalteco se revela “amplio” y efectivo para proveer tutela constitucional.

## **A manera de conclusión**

Los textos constitucionales anteriores a 1985 reconocían el “derecho” a pedir o promover amparo para reclamar la protección, a su vez, de derechos y libertades amenazados o vulnerados.

Esta alocución, que no fue seguida por la Constitución vigente, lejos de denotar una confusión de términos, enfatiza que el amparo, acorde con su naturaleza de garantía constitucional, configura un mecanismo de tutela judicial, es decir, un instrumento para acceder eficazmente a la tutela de los tribunales de justicia, lo que sí conforma un derecho humano propiamente dicho (el derecho a la tutela judicial efectiva). De ahí que poder instar el amparo, pretendiendo una decisión que de manera motivada y fundada en Derecho responda a la pretensión formulada, constituye en sí mismo un derecho, esto es, precisamente, el derecho a pedir amparo y reclamar, por su medio, la tutela constitucional debida.

Así, ese concreto derecho, complementado con la “amplitud” que la garantía constitucional conlleva, tanto en el “expansivo” catálogo de derechos y libertades que protege, como en los muy diversos y variados ámbitos en los que puede actuar, revelan que el amparo en Guatemala responde de manera completa y perfecta, como ningún otro instrumento de carácter procesal a nivel interno, a las exigencias del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto reconoce el “derecho” a un mecanismo sencillo, rápido y efectivo “ante los jueces”, que “ampare” a las personas “contra actos que violen sus derechos” que reconoce la Constitución, la ley o la propia Convención.

## Referencias

- Carrasco Durán, Manuel: “El concepto constitucional de recurso de amparo: examen de posibilidades para una reforma de la regulación y la práctica del recurso de amparo”, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, No. 63, septiembre-diciembre 2001.
- Chacón Corado, Mauro Roderico: “El amparo constitucional en Guatemala”, en: *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla*. Año V, No. 27, enero-junio 2011. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n27/v5n27a8.pdf>.
- Chacón Corado, Mauro Roderico: “La Constitución Política de Guatemala”, en Instituto de Justicia Constitucional: *Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala, Tomo I*. Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 2013.
- Cruz Villalón, Pedro: “Derechos fundamentales y Derecho privado”, en: *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*. España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- Díez-Picazo, Luis María: *Sistema de derechos fundamentales*. España, Thomson Civitas, 2008.
- García Laguardia, Jorge Mario: *La defensa de la Constitución*. Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1983. Disponible en: <http://biblio3.url.edu.gt/Publi/Libros/2013/DEF-Constitucion.pdf>.
- Nogueira Alcalá, Humberto: “La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México”, en: *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, año 16, No. 1. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24759.pdf>.
- Pérez Luño, Antonio E.: *Los derechos fundamentales*. España, Tecnos, 1986.

## **Sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala**

Sentencia del 19 de enero de 1999, expediente 248-98.

Sentencia de 17 de febrero de 2000, expediente 954-99.

Sentencia de 29 de agosto de 2000, expediente 787-2000.

Sentencia de 27 de octubre de 2003, expediente 855-2003.

Sentencia del 11 de octubre de 2006, expediente 1356-2006.

Sentencia de 7 de marzo de 2007, expediente 2628-2006.

Sentencia de 17 de abril de 2007, expediente 3095-2006.

Sentencia del 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011.

Sentencia de 9 de agosto de 2012, expediente 434-2012.

Sentencia de 7 de agosto de 2013, expediente 3713-2012.

Sentencia de 11 de diciembre de 2013, expediente 1429-2013.

Sentencia de 7 de marzo de 2014, expediente 461-2014.

Sentencia de 13 de mayo de 2014, expediente 5646-2013.

Sentencia de 17 de febrero de 2015, expediente 1638-2014.

Sentencia del 13 de octubre de 2015, expediente 4040-2014.

Sentencia de 23 de febrero de 2017, expediente 4943-2016.

Sentencia de 28 de enero de 2020, expediente 1559-2018.

Sentencia de 9 de febrero de 2021, expedientes acumulados 682-2019 y 1214-2019.

## **Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte IDH. *La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. *Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362.

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de marzo de 2020. Serie C No. 402.

Corte IDH. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407.



# Un ejercicio ponderativo sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación

## *A balancing exercise on the origin of the protection action against cassation judgments*

Diego León Gómez Martínez<sup>1</sup>

### Resumen

Este artículo tiene como objetivo realizar un ejercicio de ponderación sobre el tema de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Para ello, primero se contextualiza el tema de la doctrina de las causales de procedencia de dicha acción constitucional sobre tales sentencias, luego se realiza un análisis que muestra la aplicabilidad de esa doctrina a las sentencias de casación. Después se reconstruye brevemente la teoría de la ponderación y la fórmula del peso para después realizar las posibles ponderaciones. Finalmente, se realiza una conclusión.

**Palabras clave:** Acción de tutela, sentencia de casación, ponderación.

### Abstract

*This article aims to carry out a balancing exercise on the issue of the origin of the protection action against cassation judgments of the Supreme Court of Justice of Colombia. To do this, first the issue of the doctrine of the grounds of origin of said constitutional action on such judgments is contextualized, then an analysis is carried out that shows the applicability of that doctrine to cassation judgments. Afterwards, the balancing theory and the weight formula are briefly reconstructed and then carry out the possible weights. Finally, a conclusion is made.*

**Keywords:** Guardianship action, cassation judgment, balancing.

---

<sup>1</sup> Universidad Santiago de Cali.

---

## **SUMARIO**

Introducción – La doctrina constitucional sobre las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales – ¿Se aplica esta doctrina a las sentencias de casación? – Análisis del argumento de la Corte Suprema de Justicia, frente a la teoría de la ponderación – El principio de independencia judicial vs. El principio al libre acceso a la administración de justicia – El principio de cosa juzgada (seguridad jurídica formal) vs. El principio de tutela efectiva – El principio de órgano límite o corte de cierre vs. El principio de justicia material – Conclusión – Bibliografía – Anexo.

---

# Un ejercicio ponderativo sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación

## *A balancing exercise on the origin of the protection action against cassation judgments*

Diego León Gómez Martínez

### **Introducción: El tema de la acción de tutela contra sentencias de casación, en las providencias de tutela de la Corte Suprema de Justicia**

Para realizar este análisis se han estudiado algunas providencias relevantes de la Corte Suprema de Justicia proferidas por salas de decisión de tutelas de las Salas de Casación Laboral, Civil y Penal (Ver anexo). Estos pronunciamientos dan cuenta de lo que ha sido el tema de la procedencia de la Acción de Tutela contra sentencias judiciales de casación<sup>2</sup>.

---

2 Es importante a modo de referencia aclarar dos puntos: 1) La tutela es una acción procesal constitucional regulada en el artículo 86 de la Constitución Política para la protección de derechos fundamentales cuando sea que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o privada. 2) Las sentencias de casación son decisiones judiciales que la Corte Suprema de Justicia que se profieren al resolver un recurso extraordinario de casación. Mediante estas sentencias se defiende la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, se logra la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, se protegen los derechos constitucionales, se controla la legalidad de los fallos de los jueces de inferiores jerarquía funcional, se unifica la jurisprudencia nacional y se reparan los agravios irrogados a las partes. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria esta integrada por 23 magistrados, cumple las funciones detalladas en artículo 235 de la Constitución Política mediante siete salas que son, además de la Sala Plena y la Sala de Gobierno, las tres tradicionales Salas de Casación: la Penal integrada por nueve magistrados; la Civil y Agraria; y la Laboral, las cuales están integradas por siete magistrados cada una. Es importante anotar que mediante el artículo 2 del acto legislativo 1 de 2018 se agregaron la Sala Especial de Instrucción conformada por 6 magistrados y la Sala Especial de Primera Instancia integrada por tres magistrados. La Corte Suprema, decide acciones de tutela en primera y en segunda instancia. De otro la Corte Constitucional es el máximo tribunal de jurisdicción constitucional, esta compuesta por nueve magistrados, cumple las funciones previstas en el artículo 241 de la Constitución Política, siendo las principales decidir las demandas de inconstitucionalidad que se promuevan contra actos reformativos de la Constitución y contra las leyes, el control previo de proyectos de ley estatutaria, el control automático de decretos de estados de excepción y la revisión eventual de las sentencias de acciones de tutela de primera y segunda instancia.

Los argumentos de la Corte para decir que la Acción de Tutela no procede contra sus sentencias de casación son los mismos en todas las salas, y los podríamos resumir de la siguiente manera.

La Corte Suprema entiende que la acción de tutela no procede contra sus decisiones de casación por las siguientes consideraciones: i) porque no hay norma positiva que así lo prevea, pues, según dice la Corte, la Constitución no consagra la posibilidad de esgrimir tal acción constitucional contra providencias judiciales, además, señala el alto tribunal, que la única norma que posibilitaba la acción de amparo contra providencias judiciales, eran los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, pero tales preceptos fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-543 de 1992, soportes supralegal, legal y jurisprudencial que conservan plena vigencia, añade la Corte; ii) que la eficacia de los derechos fundamentales debe acompañarse con los fines del *Estado de Derecho*, que son la administración de justicia, la seguridad jurídica, el instituto de la cosa juzgada, la independencia judicial, habida cuenta que un principio no supone la anulación de otro, sino que deben funcionar de forma armónica dentro del sistema jurídico; y iii) que las providencias de casación son inmutables, intangibles e inmodificables, pues responden al principio de corte de cierre u órgano límite, ya que son proferidas por el máximo organismo de la jurisdicción ordinaria. No obstante, los anteriores argumentos presentan algunos problemas.

En primer lugar, no es cierto que no exista norma positiva que permita la procedencia de la acción constitucional de tutela contra providencias jurisdiccionales, pues el artículo 86 de la Constitución Política colombiana no hace distinción alguna, ya que dirige la acción amparo contra cualquier acción u omisión de las autoridades públicas. Los jueces o magistrados son autoridades públicas y en sus sentencias pueden plasmarse acciones u omisiones. Pero las cosas no son tan simples.

Ya se ha dicho en la doctrina (Esguerra, 2004, págs. 158-159) que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, porque en la constituyente se discutió el tema y hubo varios proyectos del artículo, como el del partido conservador o el del constituyente Esguerra, que fueron presentados haciendo la salvedad que no se incluyera la posibilidad de atacar por medio de la tutela, decisiones con autoridad de

cosa juzgada, y que en la subcomisión tercera de la comisión primera de la constituyente, se acogió la proposición. La misma que después se suprimió por la comisión primera, según ellos porque se trataba de excepciones obvias que estaban implícitas en la naturaleza misma de la tutela. Después, indica esa doctrina, que en la constituyente no se volvió a tocar el tema y que, posteriormente, nada se dijo sobre el particular, luego el artículo quedó como hoy rige en la carta de derechos.

Frente a lo anterior es preciso manifestar que esa no puede ser una razón válida para hablar de improcedencia de la tutela contra sentencias, puesto que lo que se dijo en la constituyente a modo de proyectos, solo fueron eso, proyectos, eran opiniones en la discusión. Sin embargo, lo quedó regulado en la Constitución vigente (art. 86), al interpretarse en concordancia con artículos constitucionales como el 5º, indica otra cosa muy distinta. Frente a argumentos como el anterior, Radbruch ha dicho que,

Aun cuando la opinión expresada en la fundamentación de la ley [nosotros diríamos Constitución] por su autor permanezca irrefutable, no es necesariamente decisiva para su interpretación [...] Pues el legislador, [hablaría nuestro argumento de constituyente] cuya voluntad se escudriña, no es el autor de la ley, sino el Estado, y el Estado no habla en la preparación de la ley, sino exclusivamente en la propia ley [...] La voluntad del legislador es un fin y no un medio de interpretación [...] Así la interpretación jurídica no es reflexión sobre lo premeditado, sino razonar final sobre lo pensado, una mezcla indisoluble de elementos productivos y reproductivos, teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, objetivos y subjetivos, científicos y supracientíficos (Radbruch, 1999, pág. 43).

Ahora bien, frente a la sentencia que cita la Corte de Casación, la C-543 de 1992, para sustentar su postura de cerrarle el espectro a la tutela contra sentencias, la cita es evidencia del defecto argumentativo de la Corte porque, a decir verdad, este pronunciamiento fue la segunda decisión dentro del precedente de la Corte Constitucional sobre la materia, después de la providencia T-006 de 1992. Hoy el criterio de la sentencia que esgrime la Corte de Casación ya ha cambiado dramáticamente en el seno de la Corte Constitucional, incluso las llamadas vías de hecho, hoy se denominan causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. Dicha doctrina constitucional la podemos encontrar actualmente en los siguientes cinco pronunciamientos constitucionales, a saber: las sentencias C-590 de 2005, T-1021

y 1057 de 2007, T-350 de 2008, T-264 de 2009, y la más actual la T-019 de 2021. En estas decisiones judiciales constitucionales, se muestra el estado actual de este precedente y ahí se indica que la tutela procede hasta contra sentencias de casación; pero claro el tradicionalismo del sistema de fuentes consagrado en el artículo 230 de la Constitución Nacional no respalda del todo esa pretensión<sup>3</sup>.

Frente al segundo argumento de la Corte Suprema, se debe decir que este resulta problemático a la luz de cierta Teoría del Derecho y de Teoría Constitucional. Fíjese el lector que la Corte usa, en su discurso, la expresión *Estado de Derecho*, registra hoy usos distintos, en el discurso de la argumentación pospositivista, la cual prefiere el concepto de *Estado Constitucional*, el cual exige tres requisitos al establecimiento, ellos son: i) el poder normativo de la constitución, ii) que a su vez ésta sea un límite el poder del Estado, y iii) que, además, la constitución del constitucionalismo sea norma eficaz en el plano social (Aguiló, 2004, págs. 51-62).

En el mismo argumento la Corte Suprema dice que hay que hacer acompasamiento entre derechos fundamentales y otros principios del Estado de Derecho, en razón a que un principio no anula otro. Ese acompasamiento al que se refiere no es otra cosa que aplicar la teoría de la ponderación, junto a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, para ajustar la decisión judicial al criterio correcto, entonces, se pregunta ¿Cómo acompasar los Derechos Fundamentales y la Acción de Tutela con principios como la seguridad jurídica, el instituto de la cosa juzgada, la independencia y autonomía judiciales? Una opción para hacer esta operación jurídica podría ser recurrir al test de razonabilidad y proporcionalidad (Corte Constitucional, sentencia C-337 de 1997), pues la aplicación del test podría dar, por ejemplo, un argumento de corrección a favor del examen de igualdad.

Es posible que si se aplica el test la argumentación de la Corte Suprema no se adecua a la norma de normas, porque siempre quedan sacrificados principios constitucionales más importantes que los que

3 Es importante aclarar que a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-836 de 2001 en el sistema jurídico colombiano se tiene un sistema de precedente fuerte, según el cual el precedente constitucional es de obligatorio acatamiento para todas las autoridades del territorio nacional, incluida la Corte Suprema de Justicia. Es relevante también decir que, en Colombia, el precedente judicial en general, es obligatorio, pero cuando se trata del precedente emanado por la Corte Constitucional, éste es de rango axiológicamente superior a todos los demás, razón por la cual la Corte Suprema estaría sometida a la Constitucional. No obstante, hay que advertir que todo lo anterior ha sido una creación jurisprudencial de la Corte Constitucional.

la Corte expone, por ejemplo, se sacrifican derechos y principios fundamentales (art. 5 C.P.) que son el núcleo esencial del establecimiento, por razones que pertenecen a un plano más político como la independencia y autonomía judiciales, o las razones referentes a las decisiones de cortes de cierre.

En el caso que se presenta, sobre los argumentos de la Corte de Casación versus principios y garantías fundamentales ¿se puede hablar de una colisión entre principios jurídicos?, en otras palabras, ¿la seguridad jurídica, el instituto de la cosa juzgada, la independencia judicial, chocan con los principios fundamentales del libre acceso a la administración de justicia, tutela efectiva, y justicia material, entre otros?, se podría decir que en el caso concreto de la acción de tutela contra sentencias de casación, habría choque. Así las cosas, se puede decir según Dworkin (1997, págs. 22-28-82-84), que la colisión entre principios puede solucionarse si se observa el orden jerárquico de los mismos. Dworkin propone la distinción entre políticas y principios para establecer ese orden jerárquico.

Las políticas son estándares que buscan proteger un “objeto colectivo”, como la seguridad nacional o el crecimiento de la economía. Su justificación se encuentra en el bienestar de la comunidad en su conjunto. Los principios son estándares que defienden un “derecho individual” [...] Su justificación es moral y, por lo tanto, no depende del provecho que la comunidad obtenga de su existencia (Rodríguez, 2005, págs. 77-78).

Teniendo esta distinción, afirma la tesis Dworkiniana, que los actos jurídicos de carácter general (ley, decreto, etc.) que profieren los funcionarios de elección popular, por ejemplo, los congresistas o el presidente, pueden estar basados en políticas y/o en principios, con el fin de proteger el interés colectivo. Pero tratándose de funcionarios que no son elegidos popularmente, como los jueces, éstos solo deben fundar sus actos jurídicos (providencias) con argumentos de principio, esto es lo que explica, según Dworkin, el papel de los jueces en los Estados democráticos, ya que los argumentos de principio son triunfos del individuo contra el conglomerado y por ello son susceptibles de ser garantizados, de forma preferente, por la judicatura. “Cuando dos alternativas de solución encajen en igual grado en esta práctica, (el juez) debe escoger la que esté mejor justificada a la luz de las convicciones morales y políticas subyacentes a las normas e instituciones de la comunidad” (Rodríguez, 2005, pág. 80).

Finalmente, en relación con el último punto de los argumentos de la corte, en el que se pone de presente el principio de corte de cierre u órgano límite, del que se deriva la supuesta inmutabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de sus providencias, se podría de decir que esto quedaría enlazado con los otros principios que se exponen, y que tal argumentación deviene en problemática, pues tales estándares seguirían siendo de tipo político. Es muy discutible admitir la cosa juzgada formal como un argumento absoluto, ya que a ella se opone la cosa juzgada material con predilección de las garantías fundamentales, solo así se puede llegar a la seguridad jurídica material;

porque no basta que la sentencia sea de punto final para que ella brinde seguridad jurídica, no basta la mera forma jurídica por el solo hecho de ser sentencia. Por el contrario, la seguridad jurídica consistirá, en que todos los jueces y ciudadanos del país habrán de saber, que todas las decisiones judiciales son revisables, cuando ellas violan derechos fundamentales (Quinche, 2001, pág. 103).

## **La doctrina constitucional sobre las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales**

Las causales de procedibilidad de la acción de amparo contra providencias judiciales no nacieron para el ordenamiento jurídico colombiano con tal denominación, pues en sus inicios el precedente sobre el punto se edificó bajo el nombre de “vía de hecho judicial”. Esta doctrina constitucional tuvo su génesis en la sentencia T-006 de 1992 con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz. En dicho precedente, la guardiana de la Constitución anuló una providencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por violación al debido proceso. En la citada sentencia de revisión salvó voto un magistrado del ala tradicionalista de la Corte Constitucional de nombre José Gregorio Hernández Galindo.

El asunto que en ese entonces clamaba la atención de la Sala de Revisión de tutelas del tribunal que guarda la Constitución, se suscitó en una acción de amparo que incoaron dos ciudadanos que habían sido condenados en un proceso penal. El apoderado de los ciudadanos condenados en primera y en segunda instancia, optó por la

casación, pero la Sala Penal de la Corte Suprema no casó la sentencia de segunda instancia, por ello el apoderado elevó el amparo ante la Sala de Casación Civil contra el Tribunal de instancia y contra la Sala de Casación Penal, alegando vulneraciones a las garantías fundamentales de libertad personal, honra, y debido proceso. Pero la Sala Civil decidió no desatar de fondo el litigio constitucional y rechazó *in límine* la acción de tutela.

La tesis de la Corte Suprema, para impedir que la acción de tutela proceda contra sus sentencias de casación, fue la misma que se ha citado líneas arriba. La Corte Suprema ha entendido desde los inicios de este debate, que los principios de independencia judicial, cosa juzgada, órgano límite o corte de cierre, se pueden anteponer a los derechos fundamentales, sin realizar el ejercicio de la ponderación al aplicar los principios y derechos fundamentales, cuando se indaga por el peso de estos. Más adelante el argumento se detendrá en este punto, y se observará lo que sucede con el argumento de la Corte de Casación.

Posteriormente al pronunciamiento de revisión arriba citado, se profirió la sentencia C-543 de 1992, donde se consideró la exequibilidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que contenían la regulación positiva donde el ejecutivo le daba la posibilidad al ciudadano que cuestionase mediante la acción de tutela las sentencias judiciales que fueran contrarias a la Constitución Política. En dicho fallo, que ha suscitado algunas dudas y confusiones en el debate, la guardiana de la norma de normas declaró, en la parte resolutive, que la regulación que abría la posibilidad a la acción de tutela contra providencias judiciales era inexecutable, pero la *ratio decidendi* de la parte motiva de la providencia indicó que la tutela contra sentencias podía ser viable por excepción, cuando se configurara una “vía de hecho judicial”, pues:

[...] en la parte final de los considerandos de la sentencia [...], permite la aplicación de la tutela en los casos de actuaciones de hecho de los funcionarios, sin configurar una sentencia integradora o de constitucionalidad condicionada, instrumentos éstos que habrían propiciado una solución técnica al asunto (Quinche, 2001, págs. 59-60).

El ala antiformalista de la Corte Constitucional, en la discusión de la sentencia, terminó por añadirle el fragmento que sería, pues, la llave de acceso al recinto de la tutela contra providencias judiciales. Ese sector

disidente, en conciencia del error en que se incurría con la inexequibilidad pura y simple de los preceptos, adicionó en la parte motiva el acápite importante en la *ratio decidendi* del fallo, dicho aparte fue justamente el que se refirió a las actuaciones de hecho imputables a los funcionarios, lo que causó confusión sobre si era o no abiertamente inconstitucional la tutela contra sentencias, pues la Corte Constitucional con tal considerando debió modificar también la parte resolutive; así se denunció en el salvamento de voto:

[...] la adición de última hora, como ineluctablemente ocurre con los suplementos de su género, introduce contradicciones insalvables con el resto del texto, y particularmente con la parte resolutive. En efecto, de ser consecuente, la mayoría luego de su inesperado viraje ha debido también modificar la parte resolutive, declarando la exequibilidad parcial condicional de los preceptos acusados, dado que ella misma reconoce, así sea tardíamente la constitucionalidad de la acción de tutela contra sentencias y demás providencias judiciales (Corte Constitucional, Salvamento de voto, sentencia C-543 de 1992).

Después de esta sentencia, la doctrina constitucional sobre “vía de hecho judicial” siguió estructurándose sin parar, inspirándose en aquel aparte del fallo que admitía la cuestión como excepción. Así las cosas, la doctrina constitucional fue confirmada inmediatamente después a la sentencia de constitucionalidad, con la revisión contenida en los fallos T-079 de 1993, reiterado en la T-055 de 1994. De ahí en adelante el precedente sobre el punto maduró considerablemente, hasta su primera unificación en la sentencia SU-047 de 1999, donde se concluyó que:

La consideración del carácter arbitrario del acto judicial como requisito para la existencia de una vía de hecho, es una constante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A continuación se citan algunas sentencias discriminadas según su magistrado ponente:

Jorge Arango Mejía: T-323/93, T-458/94, T-416/95, T-121/98.

Antonio Barrera Carbonel: T-442/93, T-081/94, T-139/94, T-175/94, T-442/94, T-444/94, T-459/34, T-123/96, T-554/96, T-716/96, T-056/97, T-027/98, T-117/98.

Alfredo Beltrán Sierra: T-343/98, T-383/98, T-460/98, T-684/98.

Eduardo Cifuentes Muñoz: T-097/93, T-055/94, T-231/94, T-538/94, T-323/95, SU-638/96, T-324/94, T-345/96, T-603/96, T-055/97, T-086/97, SU-337/98, SU-640/98, T-083/98, T-162/98, T-325/95, T-567/98, T-654/98, T-698/98.

Carlos Gaviria Díaz: T-320/93, T-258/94, T-505/94, T-518/94, SU-327/95, T-193/95, T-386/95, T-074/96, T-057/97, T-162/97, T-163/97, T-194/97, T-019/98, T-258/98, T-295/98, T-501/98, T-567/98, T-569/98.

José Gregorio Hernández Galindo: T-173/93, T-118/95, T-492/95, C-666/96, T-329/96, T-699/96, T-331/97, T-098/98, T-100/98, T-458/98.

Hernando Herrera Vergara: T-221/93, T-208/94, T-245/94, T-470/94, T-240/95, T-249/95, SU-707/96, T-133/96, T-078/98, T-204/98, T-349/98, T-350/98, T-452/98.

Alejandro Martínez Caballero: T-336/93, T-572/94, T-282/96, T-178/98, T-280/98, T-416/98, T-475/98.

Fabio Morón Díaz: T-346/94, T-212/95, T-494/95.

Vladimiro Naranjo Mesa: T-158/93, T-198/93, T-368/93, T-424/93, T-327/94, T-435/94, T-146/95, T-197/95, T-285/95, T-336/95, T-500/95, T-518/95, C-037/96, T-299/96, T-401/96, T-037/97, T-201/97, SU-429/98, T-029/98, T-465/98, T-608/98 (Corte Constitucional, sentencia SU-049 de 1999).

Hoy la posición del precedente constitucional en esta materia sigue igual y es mucho más precisa y consistente, por ejemplo, la doctrina de las vías de hecho, ya no se denomina así, si no como causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, pues se ha considerado que, por más que una decisión judicial se sitúe en los extramuros del Derecho, no puede quedar denominada bajo un concepto tan tosco como el de “vía de hecho”. Tal como se dijo antes, hoy el instituto encuentra desarrollo en las sentencias T-949 de 2003, C-590 de 2005, T-1021 y 1057 de 2007, T-1140 de 2005, T-686 de 2007, T-350 de 2008, la T-264 de 2009, y la T-019 de 2021 donde principalmente se ha reiterado que básicamente las causales genéricas procedibilidad, para hacer compatibles los valores a la eficacia de los Derechos Fundamentales, consisten en que una providencia judicial pueda ser enmarcada en cualquiera de ellas. Frente al punto la guardiana de la norma de normas ha dicho que:

...se erigen como condiciones de procedibilidad de la tutela contra decisiones judiciales:

(I) defecto sustantivo –que incluye el desconocimiento de sentencias con efectos erga omnes–, orgánico y procedimental, que corresponden a los eventos en los cuales la violación de la Constitución y la afectación de derechos fundamentales, es consecuencia del desconocimiento de normas de rango legal, (II) defecto fáctico, en virtud del cual se presentan graves problemas relacionados con el soporte fáctico de los procesos ya sea por omisión en la práctica o el decreto de pruebas, la indebida valoración de las mismas por juicio contraevidente o porque la prueba es nula de pleno derecho; (III) error inducido, el cual se refiere a las situaciones en las cuales la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de su inducción en error por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a lo que la jurisprudencia ha denominado vía de hecho por consecuencia; (IV) decisión inmotivada, que representa las situaciones en las cuales la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en su decisión consistentes en la insuficiente sustentación o justificación del fallo; (V) desconocimiento del precedente; y (VI) violación directa de la Constitución, en los eventos en que la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución desconociendo el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes, o en los casos en que el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que se presente solicitud expresa de su declaración por alguna de las partes en el proceso (Corte Constitucional, sentencia T-056 de 2004).

## **¿Se aplica esta doctrina a las sentencias de casación?**

La vía de hecho judicial o las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales es una doctrina constitucional que se aplica a toda providencia judicial de toda instancia, pues aquí no se trata de jerarquías judiciales, sino de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas. Esta doctrina sí se aplica a sentencias de casación, y a cualquier otra sentencia que vulnere o amenace derechos humanos.

Lo que se quiere, en últimas, con esta doctrina constitucional es hacer un acto de corrección frente a la interpretación de los derechos

fundamentales, y de toda la Constitución, para darle a la sociedad tutela efectiva y seguridad jurídica material. De un modo similar lo concibe la doctrina nacional, que interpreta a la Corte Constitucional, al indicar que:

La Corte indicó que la acción de tutela contra sentencias constituye uno de los mecanismos más importantes de articulación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, ya que garantiza la primacía de la Constitución y tiende a permitir la aplicación coherente de los derechos fundamentales. Con ello, según el criterio de la Corte, se promueven los principios de igualdad y seguridad jurídica (Botero y Jaramillo, 2007, pág. 22).

No cabe duda de que la acción de tutela proceda contra sentencias de casación. Inclusive en Colombia la primera tutela contra sentencia fue contra una de Casación, pero la Corte Suprema ha sido tajante cuando manifiesta que permitir la procedencia de la tutela contra sus providencias es desconocer su carácter de órgano límite dentro su jurisdicción, pero esta aseveración no es tan consistente, y tampoco es tan veraz, ya que,

Esta afirmación sería cierta si el juez de tutela entrara a conocer sobre sentencias de tutela sin ninguna restricción. La situación es distinta si se admite que el examen del juez de tutela sobre esos pronunciamientos se limita a observar si ellos respetaron las normas constitucionales. En este caso, la tutela contra sentencias reafirma el principio de que todos los órganos públicos están sujetos a la Constitución, y se reconoce a la Corte Constitucional como órgano de cierre en materia de interpretación de derechos fundamentales, pero mantiene la superioridad de las altas dentro de su jurisdicción (Botero y Jaramillo, 2007, pág. 34).

## **Análisis del argumento de la Corte Suprema de Justicia, frente a la teoría de la ponderación**

La Corte de Casación plantea en las providencias de tutela que se analizaron que la acción tutela no procede contra sentencias de casación porque de ser así se vulnerarían los principios de independencia judicial, órgano límite, seguridad jurídica y cosa juzgada. Sobre este asunto versarán las páginas siguientes, no sin antes recordar que para Alexy la realización de los derechos fundamentales, como principios materiales,

depende su aplicación en la mayor medida posible, según la posibilidades fácticas y jurídicas, lo cual a su vez es premisa para ponderarlos entre sí (Alexy, 2003, pág. 82). Por ello veamos con trazos muy gruesos en qué consiste la subsunción y la ponderación, para luego pasar hacer algunas ponderaciones posibles.

## **Una consideración previa sobre la subsunción y su diferencia con la ponderación como presupuesto iusteórico de aplicación de los principios constitucionales**

La subsunción es una operación interpretativa propia de la lógica silogística que tuvo mucha acogida en el positivismo clásico. Era la forma predilecta de interpretar la regulación positiva o codificada, ya que con este método se respetaba la “sabiduría del legislador”, y la “voluntad general”, pues consistía en que ante el acaecimiento de un hecho, el juez lo subsumía en la norma, y como consecuencia dictaba la sentencia, por ello es que se asevera que tal forma de aplicación pertenece al razonar silogístico donde lo que se necesita es una premisa mayor, una menor, y la consecuencia como resultado de unir las premisas por medio de la subsunción (Bernal, 2006, págs. 95-96). Pero cuando se trata de aplicar cláusulas constitucionales, el modelo de la subsunción algunas veces resulta problemático, porque las disposiciones constitucionales son normas de textura abierta o muy generales que hacen problemática la subsunción.

El positivismo constitucional se impone como forma última de positivismo jurídico, puede entenderse como un positivismo crítico, moderado o suave, donde la regulación escrita se presenta con un grado de amplitud significativo o de textura abierta, el cual siempre tendrá una zona de penumbra, que el intérprete autorizado de la Constitución tendrá que dilucidar, en algunos casos, a través del principio de proporcionalidad, para llevar a cabo una ponderación.

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso (Bernal, 2006, pág. 97).

La ponderación es una forma de aplicar principios, y de darle solución a colisiones que se presente entre ellos. La acepción ponderación se deriva de la expresión latina *pondos* que significa peso. La referencia etimológica es exacta, porque la función del juez es justo eso, sopesar los principios que litigan en posiciones contrapuestas. “Y es que, como dejo claro Ronald Dworkin, los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso” (Bernal, 2006, pág. 96).

Entendida así la ponderación, se erige en recurso iusteórico metodológico para la aplicación de mandatos de optimización o de principios jurídicos. Los principios son considerados mandatos de optimización porque son preceptos jurídicos que no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que prescriben “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1997, págs. 86-87). El principio de mayor peso determina la posibilidad jurídica, y el factum la posibilidad real.

Para realizar la ponderación se hace imperativo acudir a los criterios de Racionalidad, Razonabilidad y Proporcionalidad. La Racionalidad es un concepto que posee un nivel mayor de abstracción que los otros dos, ya que nace en la iusteoría como similar de la objetividad, pero la racionalidad judicial, o la expresada en providencias, es una racionalidad muy particular, y por ello en este campo funciona como criterio de valoración de la conducta humana. Pero la objetividad desde aquella óptica es un ideal al que difícilmente se puede aspirar en Derecho Constitucional, precisamente por la indeterminación de las disposiciones constitucionales.

El elemento mencionado está compuesto por los siguientes criterios, con sus conceptos y reglas:

1. Primer criterio: claridad y consistencia conceptual. El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más se haya construido sobre la base de argumentos claros y consistentes desde el punto de vista conceptual y lingüístico.
2. Segundo criterio: consistencia normativa. El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más se funde en argumentos que puedan justificar los mismos resultados interpretativos cuando se apliquen a hechos idénticos y análogos.

3. Tercer criterio: saturación. El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más se base en argumentos que cumplan la máxima saturación [...] todo argumento debe ser completo, es decir, debe tener todas las premisas que le pertenezcan.
4. Cuarto criterio: respeto de la lógica deductiva: El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más respete la lógica deductiva.
5. Quinto criterio: respeto a las cargas de argumentación: El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más cumplan sus argumentos con las diversas cargas de *argumentación [...] por ejemplo aquellas que se derivan de principios como el in dubio pro libértate o el de la presunción de constitucionalidad de las leyes.*
6. Sexto criterio: consistencia argumentativa y coherencia. El fundamento de las sentencias constitucionales será tanto más racional cuanto más sea consistente y coherente desde el punto de vista argumentativo [...] la consistencia argumentativa se define como la ausencia de contradicciones entre las proposiciones que componen el argumento [...] el criterio de coherencia exige que las proposiciones utilizadas [...] en el fundamento de las decisiones de constitucionalidad encuentren sustento en las reglas, en los valores comunes o en los principios generales (Bernal, 2006, págs. 63-65).

Ahora bien, el principio de proporcionalidad es la columna vertebral en la ponderación, este es una acepción jurídica que se utiliza con frecuencia en decisiones de constitucionalidad de Cortes o Tribunales Constitucionales. En la práctica el principio se constituye, en forma laudable, como presupuesto argumentativo en los juicios constitucionales donde se comprometen derechos fundamentales. Los tribunales que más lo usan son el Tribunal Constitucional Alemán, el español, y por su puesto nuestra Corte Constitucional.

Para entender el principio de proporcionalidad, es necesario comprender los subprincipios que lo informan. El principio de proporcionalidad, pues, está compuesto por tres estos que son el de Idoneidad, Necesidad, y Proporcionalidad en sentido estricto. Según el de Idoneidad siempre que se pretenda intervenir derechos fundamentales, dicha

intervención debe ser idónea para ayudar a lograr una finalidad constitucionalmente legítima. Respecto al de Necesidad las intervenciones a derechos base deben hacerse aplicando la favorabilidad en pro del derecho intervenido, teniendo siempre en cuenta la idoneidad para la realización del fin perseguido. Y por último el de Proporcionalidad en sentido estricto indica que “las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general” (Bernal, 2006, págs. 66-67).

Por su parte, la Razonabilidad es otro de los postulados importantes a la hora de fundamentar decisiones constitucionales y de interpretar derechos fundamentales. Es entendida como una interdicción de la arbitrariedad, ya que una decisión es considerada razonable si se fundamenta en por lo menos una razón jurídica legítima. Una decisión es razonable, también, si es capaz de llegar al punto intermedio entre las razones fácticas y jurídicas contrapuestas, que se deben tener en cuenta en un caso concreto, y además si cumplido esto, la decisión es aceptada por la comunidad, concebida como auditorio ideal e informado.

Pero la cuestión no es tan sencilla, pues la ponderación también tiene sus críticos, y la subsunción sus adeptos. García Amado (1997, pág. 71) es uno de los fuertes críticos de la aplicación de principios y derechos fundamentales por medio de la ponderación, sus principales tesis, según Bernal Pulido, son las siguientes:

- a. La ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto [...];
- b. La ponderación es un concepto que los tribunales constitucionales utilizan, no para fundamentar sus decisiones, sino justo para todo lo contrario, es decir para dar una apariencia de fundamentación a tales decisiones [...];
- c. Cuando el neoconstitucionalismo aplica la ponderación incurre en un formalismo constitucional ingenuo. La ponderación implica la idea de que los principios que ponderan son mandatos de optimización. Esta idea niega la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslaya la inexcusable discrecionalidad del juez constitucional [...];
- d. La ponderación, en todo caso es irrelevante. Puede

dejar de aplicarse o sustituirse por un procedimiento de fundamentación exclusivamente de tipo subsuntivo e interpretativo. Y más aún, la subsunción y la interpretación, sin la ponderación, ofrecen una fundamentación más racional de las decisiones judiciales, pues estos dos métodos sí evidencian las verdaderas elecciones del juez; e. La ponderación es problemática cuando se aplica en el control de constitucionalidad de las leyes [...]; f. La ponderación es problemática cuando se aplica en el juicio de amparo. Ello es así, en primer lugar, “cuando el amparo se pretende contra la pura y simple aplicación de la ley, en lo que tiene de clara”, y, en segundo lugar, “cuando el amparo cuestiona una ponderación judicial previa (Bernal, 2006, págs. 21-24).

Según Prieto Sanchís la carga argumentativa de García Amado parece demasiado fuerte, y hasta convincente desde el punto de vista propositivo, pero en realidad solo comporta una objeción de baja intensidad al neoconstitucionalismo en general, y a la teoría de la ponderación en particular. Para Prieto Sanchís la Constitución sustantiva o principialista suministra razones justificatorias distintas y tendencialmente contradictorias (Sanchís, 1990, pág. 463), y por ello la ponderación se torna como un requisito indispensable a la hora de interpretar derechos fundamentales.

En la tesis de Pietro Sanchís, que además es una réplica a la de García Amado, podemos encontrar como argumentos más relevantes que I. existe la posibilidad de aceptar el neoconstitucionalismo y defender la teoría de la ponderación, sin tener que señalar que las normas constitucionales ostentan una naturaleza prelingüística y axiológica, ya que estas aristas se distinguen y además se excluyen; II. que se encuentra una contradicción en la tesis de García Amado cuando este acepta la plena capacidad de configuración legislativa del legislador, y al mismo tiempo acepta que el Tribunal Constitucional precise el significado de las cláusulas de la Constitución, con plena discrecionalidad; y III. respecto al argumento de la subsunción, Sanchís plantea que la denunciada subjetividad de la ponderación no puede mutarse en una objetiva subsunción, pues “el modelo subjuntivo de las teorías internas de los derechos fundamentales resulta más cognitivista que el de las teorías externas” (Bernal, 2006, págs. 26-27), además no hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, pues cualquier asunto puede desembocar en una argumentación en el espectro de los derechos fundamentales. De la mano de Sanchís, Bernal Pulido indica que:

A mi modo de ver, lleva razón Prieto Sanchís cuando sostiene que la defensa de las tesis del neoconstitucionalismo no implica necesariamente la aceptación de una idea semejante de la Constitución, como sistema axiológico independiente de su texto [...] En mi concepto, no solo es posible, sino también deseable, la conjunción de dos ideas: en primer lugar, la idea de que la constitución es una entidad lingüística (idea que García Amado parece atribuir en exclusiva al positivismo), y en segundo lugar, la idea de que las disposiciones constitucionales establecen principios que se tienen como mandatos de optimización y se aplican por medio de la ponderación.

[...]

Es por ello que la concepción lingüística de la Constitución no puede separarse de la dimensión axiológica que tiene el significado de los derechos fundamentales [...] [pues tal separación] consistiría en atrincherarse en la famosa opinión que Kelsen hiciera valer en su famoso escrito *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit*<sup>4</sup>, en el que desaconsejaba la inclusión en el texto constitucional de conceptos tan indeterminados como aquellos que hoy conforman el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución.

[...]

El problema de abanderar hoy una tesis semejante radicaría en que implicaría rechazar la característica principal del Estado Constitucional democrático, es decir, la defensa de los derechos fundamentales [...] [Ahora] la idea de que los derechos fundamentales son principios que se aplican mediante la ponderación parte del reconocimiento de la positividad de los derechos fundamentales en toda su entidad [...] La aplicación de un principio mediante la ponderación presupone la subsunción del principio en el supuesto de hecho de la disposición constitucional que lo establece [...] Si los derechos fundamentales fuesen mandatos precisos, identificables objetivamente, a pesar de la imprecisión de las disposiciones que los establecen, superflua sí sería entonces la ponderación (Bernal, 2006, pág. 31).

Teniendo en cuenta lo anterior, los principios que se ponderan a continuación son los que entrarían en colisión según el argumento de la parte motiva de las providencias de tutela que fueron proferidas por

---

4 En castellano significa "La garantía jurisdiccional de la Constitución".

la Corte Suprema de Justicia. Por ello vale pena observar, teóricamente, cual es el enfrenamiento de estos principios, para luego realizar la ponderación respectiva, aplicando la fórmula del peso.

## **El principio de independencia judicial vs. El principio al libre acceso a la administración de justicia**

Antes de entrar en el análisis, contextualicemos porqué se enfrentan los dos principios, para ello es necesario recordar en este punto, que la Corte Suprema rechaza de plano las acciones de tutela que se interponen contra sus sentencias de casación, porque el hecho de admitir la acción constitucional contra sentencias de la Corte Suprema de Justicia fracciona el principio de la independencia judicial expresado en el artículo 228 de la Constitución Nacional.

Del otro lado se mueve, en dirección contraria, el principio del libre acceso a la administración de justicia que se encuentra garantizado en el artículo 229 de la carta de derechos, y en el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tratado internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad (Valencia, 2007, págs. 293-297).

La independencia judicial tiene como característica fundamental la no intromisión de los diferentes actores en las decisiones del poder judicial. Este principio constitucional puede definirse como “la ausencia de indebidas injerencias en la labor de administrar justicia por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, las partes de un proceso, los actores sociales u otros organismos vinculados a la administración de justicia” (Burgos, 2007, pág. 7). Por ello se puede afirmar que:

La ausencia de vínculos como los anotados es inicial y fundamentalmente predicable del juez como persona. Sin embargo, también es referida al poder judicial en cuanto órgano. De esta forma la independencia se desglosa en dos dimensiones, una propiamente personal o subjetiva y otra que podríamos denominar independencia institucional (Burgos, 2007, pág. 7).

Ahora bien, la independencia judicial tiene un carácter instrumental en el funcionamiento del Estado Constitucional, por ello el ejercicio de dicho principio está sujeto a límites. Dado a la contextualización de

la división de poder, el necesario sistema de pesos y contrapesos trae consigo que el poder judicial tiene límites y controles absolutamente legítimos, que además son ineludibles para el adecuado funcionamiento del Estado, y para el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos. “Los límites a la independencia están dados por leyes producidas por el legislativo y que no solo sujetan a los jueces, sino que pueden transformar la forma misma como está estructurada y distribuida la judicatura” (Burgos, 2007, pág. 9).

Pero es necesario precisar que los límites a la independencia judicial no solo se encuentran en la ley formal, sino en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Pero además, en los Estados constitucionales los límites a la independencia judicial, también encuentran sustento en los pronunciamientos de los Tribunales o Cortes Constitucionales, que actúan como intérpretes máximos y autorizados de las normas fundamentales, pues siempre que entran en juego derechos fundamentales se presenta como jurídica y lógicamente adecuado, que los Tribunales Constitucionales revisen las decisiones de los demás jueces, y que por tanto intervengan, legítimamente, en sus decisiones judiciales independientes (Burgos, 2007, pág. 12).

Es muy importante tener en cuenta que en los Estados Constitucionales el precedente constitucional de tutela es un límite legítimo a la independencia judicial. Este argumento une lazos muy fuertes con el del peso de la jurisprudencia de tutela, pues ese valor vinculante del precedente aquí es entendido como un límite material a la independencia al que la judicatura y, en concreto, la Corte Suprema, se enfrentan cuando deciden las acciones de tutela contra sentencias, por ello,

[...] no se entiende cómo el hecho de reconocer que los jueces están vinculados a la jurisprudencia [constitucional] pueda poner en jaque a la independencia judicial. Es evidente que el principio de independencia judicial no es incompatible con la vinculación del juez al sistema de fuentes del derecho, sino que le es complementario. De acuerdo con este principio, el juez debe decidir los casos que se presenten a su examen, solo con fundamento en el sistema de fuentes del derecho y no en el sentido en que se lo indique la influencia que otros poderes ejerzan: El ejecutivo, el Legislativo, poderes privados u otros funcionarios de la rama judicial. En cuanto a estos últimos, es bien palmaria la diferencia que media entre sus opiniones e intereses privados y la jurisprudencia. Lo que implica la atribución de fuerza

vinculante a la jurisprudencia es, desde luego, que el juez futuro está sujeto a las decisiones existentes en el sistema jurídico, mediante los cuales se han resuelto casos pasados, y no a las opiniones o intereses de los demás jueces [...] Esta diferencia incluso es parangoneable con la distinción que se presenta entre la ley y las opiniones e intereses de los congresistas. [...] La independencia judicial no es la autonomía del juez frente al sistema de fuentes del derecho, sino frente a la influencia de poderes, opiniones e intereses que se sitúan por fuera de dicho sistema. Una interpretación diferente del principio de autonomía judicial no sería acorde con la Constitución (Bernal, 2005, págs. 201-202).

La independencia judicial no puede ser vista como un prolegómeno iusfilosófico para desconocer derechos fundamentales, tal axioma debe ser interpretado como que la autocracia judicial, en el Derecho Constitucional contemporáneo, es de carácter *técnico y político*, tal como lo ha interpretado la guardiana de la Carta de derechos, pues según la Corte Constitucional:

la independencia a la que se refiere la Constitución es de carácter técnico y político, bajo el entendido de la continuada unidad de todos los componentes orgánicos del Estado y de la coherencia y corrección funcional de todos los componentes institucionales del ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, sentencia C-388 de 1994),

Esto quiere decir que la independencia judicial en estricto sentido es una limitante frente al ejecutivo, el legislativo y otros órganos de poder del Estado, para que no interfieran en las decisiones de los jueces, entonces, tal autonomía no significa que los jueces deban desacatar las decisiones constitucionales del máximo intérprete de la Constitución, que indican que la tutela procede contra todo tipo de providencia judicial; máxime si la independencia se comprende como un principio constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, pues ninguna garantía judicial puede ser interpretada o entendida para desconocer derechos fundamentales (Gómez, 2006, págs. 17-18).

La tesis de la Corte Suprema que indica que la tutela no precede contra sus sentencias porque se compromete la independencia judicial, es un argumento extremadamente formalista que milita, sin justificación relevante, contra la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, por ello es certero el planteamiento de Quinche cuando afirma que:

“...pareciera que el sensible asunto de la violación de los derechos fundamentales le pareciera cosa secundaria a la Corte Suprema, más preocupada por preservar la pureza funcional de sus salas, que por preservar la vigencia de los derechos de los ciudadanos” (Quinche, 2001, pág. 63).

El principio de independencia judicial se confronta con el de libre acceso a la administración de justicia, porque cuando la Corte Suprema rechaza de plano una acción de tutela contra sus salas, el ciudadano queda imposibilitado para acceder a la justicia constitucional de amparo. Frente a esto es importante tener en cuenta, como premisa para la ponderación, que la afectación que sufre el principio del libre acceso a la administración de justicia es grave, habida cuenta que se trata de un derecho fundamental que habilita al ciudadano a materializar otros derechos fundamentales, como por ejemplo todos los que tienen que ver con el debido proceso; un juez no puede denegar justicia (Corte Constitucional, sentencia C-038 de 1995), pues fallar una tutela es un deber inexcusable del poder judicial.

Ningún juez, ante el cual se intente la acción de tutela puede abstenerse de resolver de fondo sobre el asunto planteado. Esto es, debe conceder o negar la tutela, motivando debidamente su determinación. Se trata de un deber inexcusable del juez, quien, al negarse a decidir, viola el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (C.N., Art. 229) y deja desprotegido al peticionario, desconociendo así el artículo 86 de la Carta [...] (Corte Constitucional, sentencia T-486 de 1994).

El principio al libre acceso a la administración de justicia es considerado por la Corte Constitucional como un derecho fundamental, habida cuenta que es un derecho humano de carácter internacional. El libre acceso a la administración de justicia como derecho fundamental debe ser efectivo. La efectividad de esta prerrogativa humana no se traduce en una simple regulación positiva que consagre la facultad del ciudadano de acceder al poder judicial, ya que el acceso a la administración de justicia se materializa y se hace eficaz cuando el asociado puede ejercitar la acción judicial consagrada en la norma, y así mismo el proceso que se deriva de ella, se desarrolla con el respeto debido de todas las garantías fundamentales, hasta llegar a la sentencia que igualmente debe dictarse con observancia de los derechos humanos.

La afectación grave al principio del libre acceso a la administración de justicia deviene de una situación práctica. Cuando la Corte Suprema rechaza *in limine* las acciones de tutela que se esgrimen contra sus sentencias de casación, sucede algo muy particular. La decisión que toma la Corte de Casación se materializa en un auto, es decir, la providencia judicial que rechaza la tutela contra las salas de casación, procesalmente hablando es un auto interlocutorio. Que sea esta clase de providencia agrava la situación del tutelante, pues un auto de la Corte Suprema no se puede apelar o impugnar, porque no hay superior funcional ante quien hacerlo.

Ahora bien, el auto que dicta la Sala de Casación respectiva del caso concreto de tutela, tampoco es susceptible de revisión por parte de la Corte Constitucional, porque las regulaciones positivas contenidas en los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991 solo prevén que la revisión constitucional sea ejercida sobre sentencias o fallos de tutela, lo que deja en estado de indefensión judicial al ciudadano, pues ya no puede accionar en ninguna instancia en defensa de sus derechos constitucionales fundamentales, por lo menos en el Estado colombiano<sup>5</sup>.

Hecha la contextualización de los principios y precisada su colisión en este debate, pasemos ahora a emplear la ley de la ponderación, para aplicar la fórmula del peso, que nos indicará qué principio pesa más, y cuál debe primar sobre el otro. Robert Alexy plantea que se deben seguir tres pasos para aplicar la ley de la ponderación, Alexy identifica que:

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 afectación del otro (Alexy, 2002, pág. 32).

---

5 Se recuerda que por esta situación fue que la Corte Constitucional dictó el auto No. 100 de 2008, en el cual se expresó que si la Corte Suprema de Justicia no resolvía de fondo las acciones de tutela que se incoaran contra sus sentencias de casación, el tutelante podía acudir a otro juez de igual jerarquía, o a la Corte Constitucional previo proceso de selección.

Alexy sostiene que el grado de afectación de los principios puede determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades. En esta escala, el grado de afectación de un principio en un caso concreto puede ser “leve”, “medio” o “intenso”.

[Ahora bien], la fórmula del peso tiene la siguiente estructura:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{W_{PjC} \cdot G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

Esta fórmula expresa que el peso principio  $P_i$  en relación con el principio  $P_j$ , [...] resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio  $P_i$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio  $P_j$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica, de la siguiente manera: leve 2°, o sea 1; medio 2 [a la 1], o sea 2; intenso 2 [a la 2], es decir 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor seguro: 2°, o sea 1; plausible 2 [a la -1], o sea ½; y no evidentemente falso 2 [a la -2], es decir 1/4” (Bernal, 2005, págs. 99-100).

Puestos en escena los pasos de la ponderación y la fórmula del peso, pasemos a asignarle el valor que corresponde a las premisas empíricas, y al grado de afectación del principio del libre acceso a la administración de justicia, y al principio de independencia judicial, según la escala triádica propuesta por Robert Alexy.

El peso del principio del libre acceso a la administración de justicia, en los casos en que se presenten acciones de tutela contra sentencias de casación, podría establecerse de la siguiente manera, bajo el supuesto de que la afectación de dicho principio, cuando se rechace *in limine* el amparo constitucional contra sentencia de casación, se catalogue como intensa ( $I_{PiC} = 4$ ), al igual que su peso abstracto (¡se trata de acceder a la justicia de tutela, para salvaguardar los derechos fundamentales!) ( $G_{PiA} = 4$ ) y la certeza de las premisas (se está afectando un derecho fundamental: acceso a la justicia, que permite ejercer otros derechos

fundamentales), y además como se dijo arriba (el ciudadano queda desprotegido judicialmente, por lo menos en lo que respecta al amparo constitucional de su caso concreto) (SPiC = 1). En forma paralela la satisfacción del principio de la independencia judicial puede catalogarse como leve (WPjC = 1), su peso abstracto, también, como leve (la independencia judicial no es un derecho fundamental, además no es garantía para el juez, sino para el justiciable) (GPjA = 1) y la seguridad de las premisas sobre su afectación, igualmente, leve (pues que la tutela proceda contra sentencia de casación no afecta en nada la independencia judicial) (SPjC = 1). El resultado de esta ponderación en virtud de la fórmula del peso sería:

$$GP_{i,j}C = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{1 \cdot 1 \cdot 1} = \frac{16}{1} = 16 \text{ (peso del libre acceso a la justicia)}$$

El peso del principio de la independencia judicial en los casos en que se promueve acción de tutela contra sentencia de casación sería el siguiente:

$$GP_{j,i}C = \frac{1 \cdot 1 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{1}{16} = 0.06$$

Así las cosas, se establece que la satisfacción de la independencia judicial, satisfecha en solo 0.06, no justifica la intervención al principio del libre acceso a la administración de justicia de tutela de los colombianos, afectado en 16. Este último principio, sin duda, tendrá que preceder en la ponderación y por tanto prevalecer en el caso concreto, lo que impone que la Corte Suprema de Justicia debe admitir las acciones de tutela que se incoen contra sus sentencias de casación.

### ***El principio de cosa juzgada (seguridad jurídica formal) vs. el principio de tutela efectiva***

Otro de los principios que se encuentran en el argumento de la Corte Suprema, y que esta utiliza para negar la procedencia de la acción tutela contra sentencias de casación es el de la cosa juzgada que, a su vez, la Corte enlaza con el argumento de la seguridad jurídica formal. Frente

al principio de la cosa juzgada es que la Corte de Casación presenta el argumento de la inmodificabilidad de sus providencias, respecto del cuestionamiento a estas a través de la acción de tutela (Quinche, 2001, pág. 64).

La cosa juzgada al igual que la seguridad jurídica tiene un significado dual, es decir, al definir ambos principios se debe acudir a sus dos manifestaciones, pues si no se hace así, el concepto al que se llegue puede tener un alto grado de sesgo. Así las cosas, se afirma que la cosa juzgada y la seguridad jurídica, desde una perspectiva, se puede catalogar como acepción formal, y desde otra, como un concepto material.

Hablando en términos procesales y desde una perspectiva formal, la cosa juzgada es entendida como el mero hecho de que el juez dicte sentencia en la resolución de un caso concreto (Quinche, 2001, pág. 101). Este mero hecho de que sea el Estado mediante el poder judicial el que dirima la controversia social, es apreciado desde una visión también formal, como la seguridad jurídica que brinda el establecimiento a los ciudadanos, o la certeza que ofrece el Estado frente a los derechos. Justamente así, es que la Corte Suprema entiende las acepciones de cosa juzgada y seguridad jurídica, o por lo menos así lo expresa en las motivaciones de las providencias de tutela que se analizaron. Recuérdese que la Corte de Casación argumenta que la acción constitucional de tutela no procede contra sus sentencias de casación, porque se impone salvaguardar la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero, a decir verdad,

El argumento expuesto [...] [tiene] que ver con el concepto de seguridad, bajo una lectura estrictamente formal, que prefiere como hecho seguro una sentencia intocable, así ésta sea el producto de la violación de los derechos fundamentales, a la posibilidad jurídica de revisión constitucional de los fallos que hayan violentado derechos fundamentales (Quinche, 2001, pág. 64).

Ahora bien, al concepto de seguridad jurídica formal viene aparejado el concepto de certeza, esta noción tratándose de decisiones judiciales es el núcleo o elemento esencial de la seguridad jurídica en sus dos manifestaciones, ya que la certeza en la decisión judicial da confianza al ciudadano en el Derecho y en el sistema judicial; en últimas lo que se busca es que el ciudadano confíe en el Estado y en el poder judicial al que pertenece. Pero la certeza que da la seguridad jurídica como resultado

de la cosa juzgada formal no puede ser interpretada a favor de la tesis de la Corte Suprema, porque la sola concepción de punto final de los litigios, no se compadece con la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, por ello afirma la doctrina antiformalista que:

En este sentido, hacer descansar la seguridad jurídica en la mera inmutabilidad formal de un fallo es un error, tan solo corregible por una concepción de la seguridad jurídica que descansa en el hecho de que cualquier fallo que viole derechos fundamentales, podrá ser revisado, pues solo así podrá despertarse y sentirse un verdadero sentimiento de seguridad, de certeza, de pertenencia y de adhesión al sistema judicial al que pertenecemos. (Quinche, 2001, pág. 102).

Así las cosas, entendido como se ha planteado por la Corte Suprema, desde su visión formal, el principio de cosa juzgada entra en una concreta colisión con el principio de tutela efectiva, que en últimas reclama la cosa juzgada material, como presupuesto de una justicia real y efectiva, que impone la concepción antiformalista en que se apoyan los postulados del Estado constitucional, que de acuerdo con su teleología antropocéntrica, tienen como fin último la protección efectiva de los derechos inherentes al ser humano.

El principio de tutela efectiva tiene su fuente normativa en los tratados internacionales de derechos humanos, que hacen parte del bloque de constitucionalidad colombiano *stricto sensu* (Paz y Rivera, 2002, pág. 59-60). Este principio encuentra entidad normativa en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y en el numeral 1º del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972. Según esta norma internacional el principio de tutela efectiva consiste en que:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra sus actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.

El principio de tutela efectiva, pues, al ser parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu* y al estar contenido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que no pueden ser suspendidos, ni siquiera en los estados de excepción, se considera como un derecho fundamental del ciudadano, ya que en virtud de este, el asociado, puede hacer valer sus garantías constitucionales fundamentales ante el poder judicial, esto equivale a decir que, el derecho a tener acción de tutela contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas que vulneren o amenacen garantías fundamentales, es un derecho fundamental *per se*.

Es claro que el solo hecho de que en la Constitución colombiana (Art. 86), y en el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tenga una regulación positiva, no satisface la exigencia iusinternacional del principio de tutela efectiva, ya que para que esto pueda alcanzarse, se necesita que la garantía consagrada en el Derecho positivo tenga, en la práctica judicial, una efectiva realización (Gómez, 2006, pág. 15), es decir, no basta que el derecho esté consagrado en la legislación, sino que además de ello, el ciudadano pueda hacer uso, real y efectivo de este en la práctica judicial concreta, como por ejemplo cuando una sentencia de casación, en opinión del litigante, amenace o vulnere un derecho fundamental, este pueda acudir a la revisión constitucional de ese fallo, para que se decida si hubo o no transgresión al derecho humano que expone el actor.

Ahora bien, es apreciable que cuando la Corte Suprema argumenta la imposibilidad de ejercer la acción de tutela contra sentencias de casación, en virtud del principio de cosa juzgada en su sentido formal, este entra en colisión o choque con el principio de tutela efectiva, pues dicho principio, aplicado de forma ciega e irreflexiva, le quita toda efectividad al ejercicio del derecho a incoar la acción de tutela, la cual está concebida como recurso sencillo y protector de derechos humanos; entonces, si el litigante considera que se le han vulnerado garantías fundamentales, tiene derecho a la acción de tutela para que dicha sentencia sea revisada por el juez constitucional, y si el juez de tutela confirma la sentencia, esta hará tránsito a cosa juzgada material, de lo contrario la providencia deberá revocarse.

Por ello es imperativo insistir en que no basta con que el alto tribunal de casación ya haya dictado sentencia, sino que esa sentencia sea conforme a la Constitución, o lo que es lo mismo, que la sentencia sea dictada con pleno respeto de los derechos fundamentales, pero si la sentencia de casación vulnera garantías jurídicas humanas, el ciudadano tiene derecho, en virtud del principio de tutela efectiva, a incoar la acción de amparo constitucional contra dicha providencia, para que por medio de este recurso sencillo se garantice la protección y prevalencia de los derechos humanos.

Dicho lo anterior, hagamos ahora la ponderación respectiva según los postulados de Robert Alexy, y su fórmula del peso.

El peso del principio del principio de tutela efectiva, en los casos en que se presenten acciones de tutela contra sentencias de casación, podría establecerse de la siguiente manera, bajo el supuesto de que la afectación de dicho principio, cuando se rechace *in limine* el amparo constitucional contra sentencia de casación, se catalogue como intensa (IPiC = 4), al igual que su peso abstracto (¡se trata de una obligación internacional del Estado colombiano!) (GPiA = 4) y la certeza de las premisas (se está afectando un derecho fundamental por otro que no lo es, y además la acción de tutela como recurso sencillo instituido para la salvaguarda de los derechos humanos, pierde toda efectividad en estos casos concretos) (SPiC = 1). Paralelamente la satisfacción del principio de la cosa juzgada puede catalogarse como media (WPjC = 2), su peso abstracto como intenso (es indudable que un Estado constitucional los litigios deban tener punto final) (GPjA = 4) y la seguridad de las premisas de valor seguro (pues la cosa juzgada formal se hace mutable frente a la acción de tutela, podría decirse) (SPjC = 1). El resultado de esta ponderación en virtud de la fórmula del peso sería:

$$GPi,jC = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{16}{8} = 2 \text{ (peso del principio de tutela efectiva)}$$

El peso del principio de la cosa juzgada en los casos en que se incoa acción de tutela contra sentencia de casación sería el siguiente:

$$GP_{j,iC} = \frac{2 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{8}{16} = 0.5$$

Así pues, se establece que el principio de cosa juzgada, satisfecho en solo 0.5, no justifica la intervención al principio de tutela efectiva, afectado en 2. Lo que impone una vez más la procedencia de la tutela contra sentencia de casación, además revela la incuria de la Corte Suprema de Justicia en la aplicación de los principios constitucionales, y también pone de presente el atraso teórico de la Corte de Casación.

### **El principio de órgano límite o corte de cierre vs. El principio de justicia material**

Ahora veamos qué sucede con otro de los principios que se leen en las motivaciones de la Corte de Casación, hechas en las providencias de tutela que se analizaron. El principio de órgano límite o corte cierre. Este principio está regulado en el artículo 234 de la Constitución Nacional, el cual se refiere a que “La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria [...]”. A la luz de este principio, la Corte que guarda la ley, afirma que la acción de tutela no procede contra sus providencias de casación, porque al ser ella la máxima autoridad dentro de la jurisdicción ordinaria, sus sentencias son inmodificables, por tanto no pueden ser cuestionadas mediante ninguna acción o recurso, porque encontrándose el litigio en la cúspide de la jurisdicción, no existe superior funcional que tenga competencia para revisar una decisión del órgano límite; en este contexto el principio de corte de cierre se relaciona, en una entusiasta connivencia, con la seguridad jurídica formal.

Este principio de corte de cierre aparece en el argumento de la Corte de Casación, como uno de los mandatos constitucionales que precisan con más fuerza la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de casación. Pero a nuestro juicio este argumento se encuentra disminuido, si a su vez se considera el principio de justicia material, que entraña la realización efectiva de los fines del Estado constitucional. Con otras palabras, lo que se quiere proponer es que el principio de órgano límite o corte de cierre, en los casos en que se debate la procedencia de

la tutela contra sentencias de casación, entra en una abierta colisión con el principio de justicia material.

Enunciada la idea que aquí se sostiene, sobre la colisión de estos dos principios, veamos ahora en qué consiste el principio de justicia material. Básicamente este principio se entiende como el derecho del ciudadano a obtener una sentencia justa en la resolución de conflictos que dirime el poder judicial, es decir, una sentencia respetuosa de todos los derechos de las partes, tanto los legales, pero especialmente los derechos inherentes al ser humano estén o no regulados en el catálogo de derechos fundamentales de la norma de normas (Art. 94 C.N.); esto último haría del principio de justicia material una garantía fundamental. En este punto es preciso señalar que el contenido material del principio de justicia, como diría Quinche:

[...] no descansa en el simple deseo hermenéutico del modelo del garantismo. Por el contrario, descansa en sólidos preceptos constitucionales, que son actualizados con ocasión de la acción de tutela contra sentencias judiciales. Tal es la preceptiva del artículo 5° de la Constitución Política, que establece perentoriamente la primacía de los derechos fundamentales de la persona; la del artículo 86 de la Constitución Política, que fija la protección directa de los derechos fundamentales constitucionales por medio de la acción de tutela; y el ya referido artículo 228 de la Carta que ordena la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental (Quinche, 2001, pág. 103).

Por ello no se puede aceptar que la Corte Suprema sostenga que la tutela no procede contra sus sentencias en virtud del principio de corte de cierre, pues ese argumento es violatorio de nuestra Constitución Nacional. Así las cosas, el principio de órgano límite no puede ser entendido como la negación del derecho fundamental que tiene el ciudadano a obtener del poder judicial justicia material, lo que equivale a decir que no basta el argumento de que la sentencia, por el solo hecho de haber sido dictada por una Corte de Cierre, como la Corte Suprema, sea una barrera para cuestionar dicha providencia de cierre mediante la acción de tutela, si a juicio del litigante se violaron derechos fundamentales.

Toda sentencia que viole derechos humanos, así sea dictada por una Corte de cierre, debe ser sometida a un examen estricto de constitucionalidad, para que el Estado haga de la justicia un principio real y efectivo, o lo que es lo mismo, para que el establecimiento pueda

cumplirle cabalmente a los ciudadanos con el principio de justicia material, pues de lo contrario, defendiendo la tesis de fallos intocables en virtud de consideraciones puramente formales, como el principio de órgano límite, el argumento devendría en sacrificar el interés general que, en el Estado constitucional, no es otra cosa que la obtención de la justicia material, y la primacía de los derechos fundamentales. Sostener la tesis de fallos intocables, sería un grave error, en un Estado como Colombia que además de las exigencias internas de la propia Constitución Nacional, tiene con compromisos, de *Pacta Sunt Servanda*<sup>6</sup>, en Tratados Internacionales de salvaguarda y prevalencia de Derechos Humanos.

Ahora, pasemos a la ponderación entre los dos principios, y de nuevo apliquemos la fórmula del peso, para observar qué sucede con el argumento de la Corte Suprema.

El peso del principio de justicia material, en los casos en que se presenten acciones de tutela contra sentencias de casación, podría establecerse de la siguiente manera, bajo el supuesto de que la afectación de dicho principio, cuando se rechace *in limine* el amparo constitucional contra sentencia de casación, se catalogue como intensa (IPiC = 4), al igual que su peso abstracto (¡se trata de un fin del Estado colombiano consagrado en la Constitución: el orden social justo!) (GPiA = 4) y la certeza de las premisas (obtener justicia material es más importante que observar una sentencia de una corte de cierre) (SPiC = 1). Ahora bien, la satisfacción del principio de Órgano límite puede catalogarse como leve (WPjC = 1), su peso abstracto como intenso (es un mandato imperativo que en los Estados constitucionales hayan cortes de cierre) (GPjA = 4) y la seguridad de las premisas de valor seguro (la justicia material impone una restricción al principio de órgano límite, habida cuenta que no significa que el hecho que la Corte Suprema sea la máxima autoridad de la justicia ordinaria, sus sentencias sean intocables, intangibles e inmutables, cuando se trata de cuestionamientos por violación de derechos fundamentales) (SPjC = 1). El resultado de esta ponderación en virtud de la fórmula del peso sería:

---

6 “*Pacta Sunt Servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, firmada en Viena el 23 de mayo de 1969.

$$GP_{j,C} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{1 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4 \text{ (peso del principio de justicia material)}$$

El peso del principio de órgano límite en los casos en que se incoa acción de tutela contra sentencia de casación sería el siguiente:

$$GP_{j,iC} = \frac{1 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Así pues, se establece que el principio de órgano límite, satisfecho en solo 0.25, no justifica la intervención al principio de justicia material, afectado en 4. Con lo que debe llegarse a la conclusión que el argumento de la Corte Suprema de la improcedencia de la tutela contra sentencia de casación queda seriamente cuestionado. Y nuevamente se impone la procedencia del amparo constitucional contra sentencias de la Corte de Casación, para la protección de los derechos inherentes al ser humano.

## Conclusión

La Corte Suprema de Justicia en las providencias de tutela estudiadas, para hacer el análisis que propongo cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales que la Corte Suprema emplea en las providencias de tutela, para argumentar sobre la improcedencia de la acción tutela contra sentencias de casación, está la Corte haciendo una interpretación silogística de los principios, y una aplicación subsuntiva de los mismos. Por ello se puede concluir, que la Corte Suprema no está aplicando la teoría de la ponderación, la cual podría ser la más adecuada a la hora de aplicar principios jurídicos que tienen intereses contrapuestos.

Finalmente, se puede también concluir que Colombia no cuenta con una Suprema Corte que sea el límite de todo el poder judicial. En el modelo político que está regulado en la norma constitucional como estructura del Estado cada jurisdicción tiene su corte de cierre, y por tal motivo es que se presenta el tan nombrado “choque de trenes”, porque cada corte límite se concentra en defender su supremacía.

## Referencias

- Aguiló, J (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima-Bogotá: Palestra y Temis.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, No.66 (página 32). Madrid.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos. Escritos sobre la aplicación de derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2006). *El Neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de estudios constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita.
- Botero Marino, C. y Jaramillo, J F. (2007). El Conflicto de las altas cortes colombianas entorno a la tutela contra sentencias, en *Estado de Derecho y Sentencias Judiciales. Seguridad jurídica y garantismo*. Bogotá: ILSA.
- Burgos, J G. (2007). *La independencia judicial: conceptualización y mediación*. Bogotá: ILSA.
- Corte Constitucional, Sentencia C-337 de 1997, M.P Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995, M.P Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia C- 388 de 1994, M.P Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional, Sentencia SU-049 de 1999, M. P Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional, Sentencia T – 486 de 1994, M.P José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2004, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Esguerra Portocarrero, J C. (2004). *La Protección Constitucional del Ciudadano*. Bogotá: Legis.

García Amado, J A. (1997), ¿Ductilidad del derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a otros valores y principios. En *Archivos de Filosofía del Derecho* (pág.71), vols. XIII-XIV, Madrid.

Gómez Zuluaga, A L. (2006). *La aplicaron judicial de los Tratados Internacionales*. Bogotá: ILSA.

Paz Mahecha, G R. y Rivera Loaiza, J. (2002). *Protección internacional de los derechos humanos*. Santiago de Cali: Universidad Santiago de Cali.

Quinche Ramírez, M. F. (2001). *Vías de Hecho. Acción de Tutela contra Providencias*. Bogotá: Huella de Ley.

Radbruch, G. (1999). *Relativismo y Derecho*. Bogotá: Temis.

Rodríguez, C. (2005) Teoría del Derecho y Decisión Judicial en torno al debate entre H.L.A Hart y R Dworkin. En *La Decisión Judicial. El Debate Hart-Dworkin*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.

Salvamento de voto de la Sentencia C-543 de 1992, consideración número 30, Magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz, y Alejandro Martínez Caballero.

Sanchís P. (1990). *Estudios sobre derechos Fundamentales*. Madrid: Debate.

Valencia Restrepo, Hernán. (2007). *Nomoárquica Principialística Jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*. Medellín: Comlibros.

## **Anexo**

Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casa-ción laboral, sent. del 29 de enero de 2008, rad. 17.442, M.P Luís Javier Osorio López; sent. del 22 de enero de 2008, rad. 17.344, M.P Javier Ricaurte Gómez; sent. del 1 de abril de 2008, rad. 17.738, M.P Gustavo José Gnecco Mendoza; sent. del 29 de abril de 2008, rad. 17.894, M.P

Eduardo López Villegas; sent. del 2 abril de 2008, rad. 17.766, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; sent. del 29 de abril de 2008, rad. 17.858, M.P. Eduardo López Villegas; sent. del 5 de febrero de 2008, rad. 17.468, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza; sent. del 26 de febrero de 2008, rad. 17.564, M.P. Camilo Tarquino Gallego; sent. del 27 de marzo de 2008, rad. 17.690, M.P. Luís Javier Osorio López; sent. del 28 de mayo de 2008, rad. 18.076, M.P. Isaura Vargas Días; sent. del 7 de mayo de 2008, rad. 17.992, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza.

Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación civil, sent. del 24 de enero de 2008, rad. 2008-075, M.P. Pedro Munar Cadena; sent. del 28 de enero, rad. 2008-026, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 21 de enero de 2008, rad. 2008-2082, M.P. Pedro Munar Cadena; sent. del 30 de enero de 2008, rad. 2008-058, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 21 de enero de 2008, rad. 2007-2141, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 25 de enero de 2008, rad. 2008-001, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 16 de abril de 2008, rad. 2008-524, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 30 de abril de 2008, rad. 2008-642, M.P. Pedro Munar Cadena; sent. del 10 de abril de 2008, rad. 2008-468, M.P. William Namén Vargas; sent. del 24 de abril de 2008, rad. 2008-620, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 22 de abril de 2008, rad. 2008-617, M.P. William Namén Vargas; sent. del 22 de abril de 2008, rad. 2007-2593, M.P. William Namén; sent. del 19 de febrero de 2008, rad. 2008-178, M.P. Pedro Munar Cadena; sent. del 22 de febrero, rad. 2008-234, M.P. William Namén Vargas; sent. del 19 de febrero de 2008, rad. 208-104, M.P. Pedro Munar Cadena; sent. del 20 de febrero de 2008, rad. 2008-284, M.P. William Namén Vargas; sent. del 4 de marzo de 2008, rad. 2008-282, M.P. Pedro Munar Cadena; sent. del 9 de junio de 2008, rad. 2008-850, M.P. William Namén Vargas; sent. del 8 de mayo de 2008, rad. 2008-677, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 17 de mayo de 2008, rad. 2008-692, M.P. William Namén Vargas; sent. del 8 de mayo de 2008, rad. 2008-723, M.P. Jaime Arrubla Paucar; sent. del 7 de mayo de 2008, rad. 2008-661, M.P. William Namén Vargas.

Corte Suprema de Justicia, sala de decisión de tutelas de sala de casación penal, sent. del 24 de enero de 2008, rad. 34.896; sent. del 24 de enero de 2008, rad. 34.903; sent. del 21 de febrero de 2008, rad. 35.461; sent. del 6 de marzo de 2008, rad. 35.612, sent. del 31 de marzo de 2008, rad. 36.093; sent. del 3 de abril de 2008, rad. 36.172; sent. del 10 de abril de 2008, rad. 36.243; sent. del 24 de abril de 2008, rad. 36.519;

sent. del 16 de mayo de 2008, rad. 36.770; sent. del 22 de mayo de 2008, rad. 37.047; sent. del 30 de mayo, rad. 36.915; sent. del 5 de junio de 2008, rad. 37.181; sent. del 19 de junio de 2008, rad. 37.372; sent. del 3 de julio de 2008, rad. 37.570; sent. del 3 de julio de 2008, rad. 37.610; sent. del 31 de julio de 2008, rad.37.970. Todas con ponencia del Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

**El amparo en Guatemala ¿mantiene actualmente su naturaleza jurídica de garantía con la que fue instituido en el ordenamiento constitucional?**

***Propuesta de análisis de temas que motivan a reflexionar sobre la manera cómo se decide la viabilidad de algunas pretensiones de amparo en la actualidad***

***Amparo in Guatemala, does it currently maintain its legal nature as a guarantee with which it was instituted in the constitutional order?***

***Proposal for analysis of issues that motivate us to reflect on the way in which the viability of some amparo claims is currently decided***

*Manuel Mejicanos Jiménez<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Abogado independiente



# **El amparo en Guatemala ¿mantiene actualmente su naturaleza jurídica de garantía con la que fue instituido en el ordenamiento constitucional?**

***Propuesta de análisis de temas que motivan a reflexionar sobre la manera cómo se decide la viabilidad de algunas pretensiones de amparo en la actualidad***

***Amparo in Guatemala, does it currently maintain its legal nature as a guarantee with which it was instituted in the constitutional order?***

***Proposal for analysis of issues that motivate us to reflect on the way in which the viability of some amparo claims is currently decided***

*Manuel Mejicanos Jiménez*

## **Introducción**

El amparo en Guatemala ha arribado a cien años de historia. Regulada originalmente como una garantía constitucional desde los inicios de la segunda década del siglo pasado, en época reciente al amparo se le ha juzgado más por los resultados evidenciables en las estadísticas que lleva la Corte de Constitucionalidad,<sup>2</sup> que por la finalidad con la que fue instituido; todo ello en detrimento de los objetivos de prevención y restitución que el legislador constituyente encomendó

<sup>2</sup> Véase, a manera ejemplificativa, los datos estadísticos que proporciona el autor, Miguel Aldana, en su artículo denominado *El amparo judicial, un fenómeno que desborda los límites de la jurisdicción constitucional*, en <https://www.guardiaconstitucional.com/post/el-amparo-judicial-limites-jurisdiccion-constitucional>. [Fecha de consulta: 21 de julio de 2021].

a esa institución en la actual Constitución Política de la República de Guatemala (1985), para proteger los derechos de las personas frente al ejercicio del poder.

Quien escribe este trabajo monográfico sí cree en la efectividad de esta garantía constitucional. Pero también opina que lo que ha ocurrido es que el juzgamiento sobre la procedencia de aquella se ha realizado con base en criterios restrictivos, impropios a la luz del garantismo que caracteriza el juzgamiento en la jurisdicción constitucional. De ahí que el autor de este artículo estime que es pertinente que se retome el enfoque garantista del amparo desde el momento de decidir sobre su admisibilidad hasta aquel en el que se ha de declarar su eventual procedencia. Para posibilitar todo ello, los tribunales deben apartarse de criterios que quien esto escribe considera errados, en tanto que, con esto, lejos de propiciar la efectiva protección de derechos, lo que se ha logrado es evidenciar al amparo como un medio de defensa inoperante, no obstante que aquel está instituido como una de las garantías establecidas para la defensa del orden constitucional. Si de algo está seguro el autor de este ensayo, es que, en su día, cuando el legislador constituyente instituyó el amparo en Guatemala, aquel lo propugnó como una garantía dotada de efectividad y eficacia para lograr una tutela judicial proteccionista de derechos fundamentales.

En este artículo y por los límites de su extensión, se hace un somero recorrido histórico de la institución del amparo, desde su nacimiento en el orden constitucional guatemalteco. Luego de ello, se destaca la amplitud del ámbito de su protección y se sitúa al amparo en su debido contexto, esto es, como una garantía que de forma efectiva posibilita (*ergo*, garantiza) el goce y ejercicio de derechos de carácter fundamental. Por último, se someten a análisis del lector tres temas. Con ello se pretende motivar la reflexión propia de quien esto lee, a efecto de que con criterio propio se pueda concluir si el juzgamiento que se hace del amparo con base en criterios que se consideran no atinentes a la naturaleza jurídica del amparo, soslaya esa especial naturaleza garantista así preconizada en la actual Constitución Política de la República de Guatemala, inobservancia que se suscita tanto al momento de decidir su admisibilidad como su eventual procedencia. A manera de reflexión final, el autor expresa su deseo de que el análisis pretendido quede, cuando menos, pendiente en el intelecto

del lector; empero, sería aún más valioso el que el producto de ese análisis pudiese generar debates y propuestas que partan de la respuesta que se pueda dar a la interrogante planteada en el título de este trabajo monográfico, y se asuma así una posición sobre si para retomar el carácter garantista del amparo se impone realizar los correspondientes giros jurisprudenciales o, en su caso, se formulen las correspondientes propuestas reformas de los ordenamientos jurídicos que regulan la garantía antes dicha, aun cuando esto último pudiese ser un camino de más largo transitar.

### **Breve historia de la regulación constitucional del amparo en Guatemala.<sup>3</sup>**

En este segmento se hace una muy breve reseña histórica del origen del amparo en Guatemala. Aquí se pretende destacar la forma cómo originalmente se instituyó aquel y cómo fue evolucionando en los textos constitucionales anteriores a la actual Constitución Política de la República (1985).

#### 1. Ley Constitutiva de la República de Guatemala (1879).<sup>4</sup>

El amparo surge en reformas realizadas a esta ley constitutiva. El cuerpo normativo que propicia la reforma es el Decreto número 7 de la Asamblea Nacional Constituyente de 11 de marzo de 1921.<sup>5</sup> Por medio del artículo 6º. de ese decreto, se reformó el artículo 34 de la ley constitutiva en mención, el cual quedó con el siguiente texto:

“Artículo 34. La Constitución reconoce el derecho de amparo. Una ley constitutiva anexa desarrollará esta garantía”.

Se resalta de lo anterior que originalmente se instituyó un derecho a solicitar amparo, pero que a este último se le reconoció como una garantía.

3 Este recorrido se apoya en recopilación realizada en el Digesto Constitucional.

4 Promulgada el 11 de diciembre de 1879.

5 La fecha explica por qué el amparo tiene ya cien años de haber sido instituido en la regulación constitucional guatemalteca. En el criterio del autor de este trabajo, es posible que a la institución se le haya recogido de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), en la que se le conoce como juicio de amparo, y que tiene su origen en el proyecto de Constitución del Estado de Yucatán, en 1840.

Con posterioridad, el artículo 34 constitucional fue nuevamente reformado, esta vez por medio del artículo 13 del Decreto número 5 de la Asamblea Nacional Constituyente del 20 de diciembre de 1927. Así reformado, el texto del artículo 34 *ibid*, en lo que a este artículo interesa, quedó de la siguiente manera:

“Artículo 34. [...]”

Toda persona tiene derecho de pedir amparo en los casos y para los efectos siguientes:

1º. Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece.

2º. Para que, en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de la autoridad no le es aplicable.<sup>6</sup> [...]”.

Se mantuvo así el derecho que tenía toda persona de pedir amparo. Y si bien ya no se aludió a este como una garantía, sí se enumeraron casos de su procedencia, entre ellos, el encaminado a propiciar (*ergo*, garantizar) el mantenimiento o restitución en el goce de derechos y garantías establecidas en la Constitución, con lo que nuevamente se concedió la esencial característica de garantía al amparo.

El texto constitucional de 1879 y sus reformas estuvo vigente hasta el 28 de noviembre de 1944, cuando fue derogado mediante Decreto número 18 de la Junta Revolucionaria de Gobierno.

## 2. Constitución de la República (1945)<sup>7</sup>

En esta Constitución, al amparo se le instituyó en el artículo 51. Con redacción similar a la del artículo 34 de la constitución anterior, el texto de ese artículo iniciaba así:

“Artículo 51. Toda persona tiene el derecho a pedir amparo [...]”.

6 Lo que actualmente se tutela por medio de la garantía de control indirecto de constitucionalidad de las leyes. *Cfr.* Art. 266 de la Constitución Política de la República (1985).

7 Promulgada el 11 de marzo de 1945.

Aquí no se alude al amparo con la denominación de garantía. Sí se mantienen en la regulación constitucional los dos casos de procedencia indicados en el artículo 34 antes mencionado.<sup>8</sup>

### 3. Constitución Política de la República (1956)<sup>9</sup>

En este texto constitucional, al amparo se le regula en cinco artículos, todos contenidos en el Capítulo II, Título IV [Derechos Humanos], de esa Constitución. De la regulación en mención se destacan las siguientes características:

- a. Se instituyeron para el amparo dos funciones esenciales: el mantenimiento de las garantías individuales<sup>10</sup> y la invulnerabilidad de los preceptos de la Constitución [Cfr. Artículo 79]. Nótese aquí que nuevamente se concede al amparo un cariz garantista.
- b. Se mantuvo el derecho que toda persona tiene de pedir amparo. Se enumeran de manera general tres casos de procedencia<sup>11</sup> [Cfr. Artículo 80].
- c. Al amparo aquí se le denominó como *recurso*, con carácter de específico. Se precisó un efecto en caso de otorgarse, que era el de dejar en suspenso<sup>12</sup> la resolución o acto de autoridad y el consiguiente cese de la medida gubernamental dictada [Cfr. Artículo 80].
- d. Expresamente se reguló de que el amparo no procedía en asuntos de orden judicial o administrativo<sup>13</sup> que se ventilaban conforme sus leyes y procedimientos [Cfr. Artículo 82].
- e. Era punible toda acción que impidiera, restringiera o estorbare el ejercicio del derecho del amparo o la aplicación de disposiciones legales que garantizaban y regulaban ese derecho [Cfr. Artículo 83].

---

8 Se mantenía lo relacionado con dos casos de procedencia, al indicarse que toda persona tiene el derecho de pedir amparo en los casos y para los efectos siguientes: "a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece; b) Para que, en casos concretos, se declare que una ley, un reglamento o cualquier disposición de autoridad no le es aplicable. (...)"

9 Decretada el 2 de febrero de 1956.

10 Lo que le dio a esta garantía un carácter netamente individualista.

11 En los incisos a), b) y c), que como nota curiosa en su texto son los mismos contemplados en los incisos a), b) y c), todos del artículo 10 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

12 Efecto que actualmente se recoge, pero en el inciso a) del artículo 49 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

13 Regla general que encontraba una excepción en casos en los que se hubiese incurrido en infracciones de procedimiento por parte de la Corte Suprema de Justicia y esta aún no hubiese dictado sentencia.

- f. La interpretación judicial en materia de amparo siempre sería extensiva,<sup>14</sup> los tribunales no podían dejar de admitir un –recurso de– amparo<sup>15</sup> [Cfr. Artículo 84], y
- g. El (recurso de) amparo requería incoación a instancia de parte; su resolución no producía excepción de cosa juzgada<sup>16</sup> [Cfr. Artículo 85].

Aunque aquí al amparo se le denominaba como recurso, lo antes destacado evidencia que su regulación no le daba en esencia ese carácter recursivo; sí le mantuvo el de ser una garantía idónea para –a su vez– efectivizar otras garantías, derechos, principios y límites contenidos en el texto supremo.

#### 4. Constitución de la República (1965)<sup>17</sup>

En esta Constitución (que es la anterior a la actualmente vigente) se instituyó al amparo en el Capítulo II, Título II, de ese texto supremo, en cinco artículos (80-84). De estos se destacan como aspectos relevantes:

- i. Que se mantuvo el reconocimiento de que toda persona tiene derecho a pedir amparo<sup>18</sup> [Cfr. Artículo 80].
- ii. Se contempló el ámbito de procedencia del amparo en materia administrativa, al regularse que podía pedirse aquel cuando por medio de un reglamento acuerdo, resolución o medida, asumidos de forma ilegal o abuso de poder, una autoridad causaba un agravio; con matizaciones tales como que ese agravio podía causarse cuando se exigiera al peticionario (de amparo) el cumplimiento de requisitos no razonables, y que procedía solicitar amparo siempre que el reglamento o acto impugnado no fuese susceptible de ser impugnado mediante recurso administrativo con efecto suspensivo, o bien que el agravio no fuese

14 Previsión que actualmente se mantiene, pero en los artículos 2 y 42 (segundo párrafo), ambos de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

15 Actualmente, lo que se regula es que “*Los jueces y tribunales están obligados a tramitar los amparos (...)*”. Cfr. Art. 33 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Esto ha generado el cuestionamiento sobre si la observancia de esa regla imperativa es lo que no permite el rechazo liminar de peticiones de amparo aun cuando estas estuviesen irreversiblemente inhabilitadas.

16 Efecto que ahora se recoge, pero en el artículo 190 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

17 Decretada el 15 de septiembre de 1965.

18 Ahí se institúan cuatro casos de procedencia, de los cuales, los primeros tres –numerales 1), 2) y 3)– son los primeros tres casos regulados en los incisos a), b) y c) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y un cuarto caso *numerus apertus* que indicaba que el amparo procedería en “*(...) los demás casos que expresamente establece la Constitución*”.

reparable por otro medio legal de defensa<sup>19</sup> [Cfr. Artículo 80, segundo párrafo].

- iii. Se enumeraban cuatro casos de *improcedencia* del amparo [Cfr. Artículo 81]. En estos se excluía del ámbito de protección de esta garantía a:
  - a. Los asuntos del orden judicial,<sup>20</sup> respecto de quienes intervienen en ellos [Cfr. numeral 1].
  - b. Las resoluciones dictadas en los recursos (*ergo*, procesos) de amparo<sup>21</sup>[Cfr. numeral 2].
  - c. Los actos consentidos por los agraviados<sup>22</sup> [Cfr. numeral 3], y
  - d. Las medidas sanitarias y las que se dicten con el objeto de prevenir o conjurar calamidades públicas. [Cfr. Numeral 4].
- iv. Se describían de forma general de los efectos de la declaración de procedencia del amparo<sup>23</sup> [Cfr. Artículo 82], con reconocimiento de eventos en los que el agravio se pudo haber consumado de manera irreparable o bien hubiesen cesado los efectos del acto reclamado.<sup>24</sup>
- v. Se mantuvo lo relacionado con la interpretación judicial extensiva en materia de amparo, a lo que se le indicaba que los tribunales no podían dejar de admitir ese *recurso*, ni “de resolver el fondo del mismo sin incurrir en responsabilidad”<sup>25</sup> salvo los casos indicados en el artículo 81 de esa Constitución [Cfr. Artículo 83, primer párrafo].

19 Espiritu proteccionista que actualmente se recoge, pero en los incisos d) y e), ambos del artículo 10 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

20 Regla que siempre tenía como excepción lo que se precisó en la cita 12 de pie de página de este artículo.

21 Causal de improcedencia que ahora se mantiene, pero por desarrollo jurisprudencial.

22 Esta causal no se mantuvo ni en la Constitución Política (1985) ni en la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. En algunos fallos sí la ha receptado la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad bajo la teoría de los actos propios [*venire contra factum proprium non valet*]. Cfr. A manera ejemplificativa la sentencia dictada por esa Corte el treinta de julio de dos mil catorce, en el expediente 4934-2013.

23 Actualmente recogidos, con similitud en el texto, en el artículo 49 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

24 Lo que actualmente se recoge, pero en el artículo 51 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

25 De mantenerse actualmente esta previsión, no podría ser posible la suspensión definitiva del trámite del proceso de amparo que actualmente se regula en el artículo 26 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

- vi. Se contempló la potestad de los jueces que conocían de procesos de amparo, de relevar de prueba esos procesos cuando a su juicio aquella no era necesaria<sup>26</sup> [Cfr. Artículo 83, segundo párrafo], y
- vii. Se indicó que el amparo se interpondría mediante un *recurso específico*, y todo lo relacionado a la competencia de quienes iban a conocerlo y el trámite de aquel se iba a regular en una ley constitucional<sup>27</sup> [Cfr. Artículo 84].

## El amparo en la Constitución vigente.<sup>28</sup> amplitud proteccionista

En la actual Constitución Política de la República de Guatemala (1985) se instituyó el amparo en un único artículo: el 265, contenido en el Título VI,<sup>29</sup> Capítulo II de la ley matriz. En el texto del artículo en mención, con el epígrafe de “Procedencia del amparo”:<sup>30</sup>

“Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan”.<sup>31</sup>

Se eliminó la denominación de *recurso* de amparo. Se mantuvo, ahora dotándole de mayor amplitud, el carácter de garantía del amparo. Se establecieron dos fines proteccionistas, con efectos preventivos o reparadores según fuese el caso. Se destaca la decisión del legislador constituyente de brindar, en la intelección de esta garantía constitucional, una amplia apertura, sin precedentes en el ordenamiento jurídico guatemalteco, cuando se regula en el texto constitucional que no hay ámbito que no sea susceptible de amparo.

26 Potestad que aún está reconocida, pero en el segundo párrafo del artículo 35 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; 28, primer párrafo del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

27 El Decreto 8 de la Asamblea Nacional Constituyente, Ley Constitucional de Amparo, Habeas Corpus y de Constitucionalidad, cuerpo normativo que precede la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

28 Promulgada el 31 de mayo de 1985.

29 En el que se contemplaron las garantías constitucionales y defensa del orden constitucional.

30 Aquí lo interesante es la regla orientativa que el legislador constituyente quiso dar al instituir ese epígrafe, que era la de que la procedencia del amparo debía ser la regla general y su improcedencia la excepción.

31 Similar redacción se plasmó en el artículo 8º. de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Con esa apertura, ya en la ley constitucional que actualmente regula la jurisdicción constitucional<sup>32</sup> se autorizó que por medio del amparo pueda objetarse, entre otras:

1. Decisiones administrativas emanadas por personas o instituciones que ejercen función pública (desde luego, materializadas en un acto de esa índole).
2. Decisiones y actos judiciales,<sup>33</sup> y
3. Decisiones político electorales, asumidas tanto con base en la ley constitucional que rige los procesos eleccionarios a nivel nacional, como los cuerpos normativos que regulan eventos de esa índole.<sup>34</sup>

La redacción del precepto [artículo 265 *in fine*], al indicar que el amparo se podía promover frente a actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad, evidencia que esa garantía constitucional es oponible frente a actuaciones del poder público,<sup>35</sup> con lo cual el amparo *per se* no solo constituye un verdadero límite en el ejercicio de ese poder, sino, además, garantiza el adecuado goce y ejercicio de derechos instituidos en la Constitución<sup>36</sup> y las leyes, cuando puedan ser amenazados de violación o directamente violados por una autoridad<sup>37</sup> (administrativa, judicial o electoral, entre otras) que incurre en exceso en sus facultades o atribuciones. Así, el amparo es una garantía que puede hacerse valer frente a la arbitrariedad en la que puede incurrir quien ejerce una función pública, en tanto que con aquella se provoque violación de límites constitucionalmente establecidos y afectación de principios y derechos cuya efectividad propicia la necesaria convivencia de toda sociedad democrática.

---

32 Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto No. 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

33 La amplitud con la que en la actual Constitución Política de la República se instituyó el amparo fue lo que permitió, ante la ausencia de norma constitucional expresa que lo prohibiera, el amparo en materia judicial, al que se hace alusión en los artículos 10, inciso h) y 19, ambos de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

34 Esto tampoco se reconoció expresamente en la actual Constitución Política de la República, pero sí se hizo en el inciso h) del artículo 10 de la actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

35 Revestidas por excelencia de la *autoridad*, característica distintiva que conlleva el ejercicio de ese tipo de poder.

36 Por cierto, también instituidos como límites constitucionales, eficaces frente al abuso en el ejercicio del poder.

37 Ello en ningún momento limita o restringe que el amparo pueda promoverse frente a sujetos de Derecho Privado, cuando estos en su actuación ejerciten un poder de hecho. *Cfr.* Artículo 14, inciso f), de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, y 5°, inciso f), del Auto Acordado 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

Para el autor de este trabajo monográfico, el amparo es en esencia y por naturaleza [jurídica] una garantía constitucional.<sup>38</sup> De manera que una conclusión inicial que pretende dar respuesta de quien esto escribe a la interrogante formulada en el título del presente trabajo monográfico, es la de que en la Constitución Política de la República actualmente vigente en Guatemala se mantiene ese carácter, lo que no permite comprender al amparo como un recurso o como un medio dilatorio o bien como una modalidad instituida para soslayar la regla prohibitiva establecida en el primer párrafo del artículo 211 del texto supremo.

La garantía del amparo se efectiviza al instarla mediante el ejercicio del derecho a solicitar la tutela judicial encaminada a la protección [positividad] de derechos fundamentales. Lo anterior encuentra respaldo en normativa convencional internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretamente en su artículo 25.1.<sup>39</sup> La intelección de este artículo,<sup>40</sup> extraída de jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce al amparo el carácter de garantía judicial que posibilita la eficacia de otros derechos fundamentales; de ahí que el derecho a pedir amparo no pueda ser suspendido, ni siquiera en estados de excepción.<sup>41</sup> Por lo anterior, como toda garantía que se estime ser idónea (esto es, positiva) para cumplir con el propósito para el que fue instituida, en el juzgamiento sobre su admisibilidad y eventual acogimiento debe propiciarse su efectividad.

38 Desde la elaboración del trabajo de tesis de graduación profesional, quien esto escribe ha sustentado que el amparo es “una garantía de carácter constitucional (...)”. Cfr. Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, *El efectivo cumplimiento del objeto del amparo en Guatemala*, Tesis de graduación de abogado y notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, Mayté, 1995. Ello se reiteró en Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, *El amparo como garantía para el acceso a la justicia y protección de los derechos humanos en la jurisdicción constitucional guatemalteca*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (32-33), Edición Especial sobre Acceso a la Justicia, Lihssa, San José, 2000; y en Mejicanos Jiménez, Manuel de Jesús, “¿Es necesaria una reforma legal para preservar la naturaleza jurídica y eficacia del amparo contra resoluciones judiciales en Guatemala?” En *Derecho Constitucional Americano y Europeo*. (Bazan, Víctor. Coord). Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

39 Aquí se reconoce el derecho de toda persona: “(...) a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que **la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales** reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. La negrilla es del autor de este trabajo.

40 Atinente, en el momento de hacer operativo un control de convencionalidad.

41 Cfr. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 “*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*”. Ahí se precisó que: “(...) *la institución procesal del amparo (...) tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados partes y por la Convención –y por ello– los procedimientos de (...) amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y que sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.*” (El realizado es de quien redacta este artículo), sentido que también se reiteró por ese tribunal internacional en la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987 “*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*”, Serie A, No. 9.

Existe suficiente fundamento, tanto en normativa convencional internacional como en la nacional, que permite sustentar que el amparo es una garantía cuya eficacia propicia el goce de derechos y principios reconocidos en la Constitución, en tratados internacionales de derechos humanos y las leyes del país, garantía que se hace valer ante los órganos jurisdiccionales por medio del derecho a solicitar tutela judicial para la protección de esos derechos y principios establecidos en los ordenamientos jurídicos antes mencionados.

Por ende, se consideró relevante evidenciar esa especial naturaleza, para ahora pasar a analizar criterios jurisprudenciales que se consideran restrictivos en el juzgamiento sobre la admisibilidad o procedencia del amparo en determinados eventos; análisis que se propone, con la sana intención de que el lector pueda concluir si los tribunales de amparo del país (lo que incluye a la Corte de Constitucionalidad), al decidir sobre la admisibilidad o el fondo de una pretensión de amparo, observan la naturaleza jurídica propia de esta garantía constitucional.

### **Tres temas que merecen una mínima reflexión sobre la manera como se juzga la viabilidad del amparo en la actualidad<sup>42</sup>**

Al poner en conocimiento del lector los temas que en este apartado del artículo que se escribe propone el autor de este trabajo, se aclara que lo que se pretende es fomentar la discusión y reflexión sobre el análisis de ciertos criterios jurisprudenciales que se han mantenido hasta la actualidad y que se consideran, por quien escribe este trabajo, como restrictivos e impropios en el garantismo que debe preconizarse en la jurisdicción constitucional. Aclarado lo anterior, con intención objetiva y propositiva, el autor anticipa que comparte la conclusión expresada por Sara Larios Hernández, de que los criterios de viabilidad que sobre el amparo puedan sustentarse en la jurisdicción constitucional no pueden (ni deben) prevalecer por encima de la justicia, ni ser excesivamente formalistas en detrimento de pronunciamientos en los que se pueden resguardar (en casos concretos y en situaciones

---

42 Los comentarios que aquí se plasman, reflejan el pensamiento y experiencia adquirida por el autor en más de 25 años de graduación profesional. Asimismo, los errores en que aquí se incurran, se asumen como de plena responsabilidad de quien redacta este artículo.

futuras), los derechos de las personas de quienes a su favor se pide amparo.<sup>43</sup>

1. Sobre la decisión de suspensión definitiva del trámite de los procesos de amparo.

De origen y *diseño* meramente jurisprudencial,<sup>44</sup> este tipo de decisión finalmente encontró un asidero normativo al emitirse el Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, el 9 de diciembre de 2013. Así, en el párrafo segundo del artículo 26 de este acuerdo, se regula que:

“Cuando el tribunal determine fehacientemente que la solicitud inicial incumple con algún **presupuesto procesal** deberá declarar, por medio de auto razonado, **la suspensión definitiva del trámite (...)**”. [Lo realizado es de quien redacta este artículo].

El artículo 26 *ibidem*, ahora en su primer párrafo, enumera esos presupuestos, e indica que estos atañen a:

- a. La temporalidad en la petición de amparo, esto es, que la pretensión se hubiese planteado observando de manera estricta los plazos indicados en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
- b. La definitividad del acto agravante, que determina la viabilidad del conocimiento de fondo de la pretensión, a que previo a la incoación del amparo se hubiese cumplido el agotamiento de medios de impugnación idóneos, de acuerdo con lo regulado en los artículos 10, inciso h), y 19, ambos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.
- c. Las legitimaciones activa y pasiva de quien y frente a quien se promueve el amparo.
- d. Aquellos (presupuestos procesales) que determine la Corte de Constitucionalidad en su doctrina legal. En este evento es en el que se ha pretendido que tengan cabida criterios como los de falta de materia,

43 Cfr. Larios Hernández, Sara. “La doctrina de falta de materia: un obstáculo para la administración de justicia ante situaciones que evaden la revisión judicial”, en *El constitucionalismo guatemalteco frente a lo global: Estudios de una nueva generación de voces*. Carlos Arturo Villagrán Sandoval (Coordinador), Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, Guatemala, 2020, página 103.

44 Acaecida desde el año 1996, por interpretación que sobre el artículo 22 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad hizo la Corte de Constitucionalidad, partiendo de las frases “*en lo posible, no suspenderá el trámite*”, contenidas en dicho artículo.

erróneo señalamiento del acto agravante y falta de conexidad entre los motivos de agravio y la decisión que se señala como acto agravante, con la sola invocación de que esos criterios constituyen doctrina legal, pero soslayan, en el entender de quien redacta este trabajo, que los motivos jurídicos en los que se sustentan esos criterios en ningún momento podrían constituir presupuestos procesales.

No está claro (taxativamente, desde luego) en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que –a criterio del autor de este trabajo– esté expresamente autorizada la decisión de suspender definitivamente el trámite de los procesos de amparo.<sup>45</sup> Pero aún admitiéndose que esa decisión está ahora contemplada en el segundo párrafo del artículo 26 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, se sostiene en este trabajo monográfico que solo el incumplimiento de presupuestos de procedibilidad del amparo es lo que sustentaría aquella decisión.

Los presupuestos aludidos son aquellos cuyo incumplimiento inhabilita irreversiblemente el conocimiento de fondo de la pretensión, y ante ello es obligada su denegatoria. Por su relevancia, esos presupuestos deben estar expresamente regulados en la ley y no pueden ser creación jurisprudencial, en tanto que la jurisprudencia no es ni debe ser inmutable, y si ello así se entiende, también es válido aceptar que lo que (en jurisprudencia o incluso en doctrina legal) podía entenderse como un presupuesto procesal, en análisis y reflexión posterior por parte de quienes administran justicia constitucional, en el presente y en el futuro puede ya no serlo.

La crítica que aquí se hace de las decisiones de suspensión definitiva del trámite de procesos de amparo no se encamina a cuestionar que exista ese tipo de decisiones. Si se disiente y es lo que se objeta que esas decisiones se asuman con sustentación en situaciones que no son presupuestos de procedibilidad. De manera que lo que aquí se sostiene es que el trámite de un proceso de amparo únicamente podría suspenderse en definitiva por incumplimiento de dos presupuestos de procedibilidad, siendo estos:

---

45 Por lógica jurídico procesal, a esa decisión le tuvo que proceder una de admisibilidad inicial de la petición de amparo.

1. Inobservancia, al momento de plantear la demanda de amparo, de los plazos establecidos en el artículo 20 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, salvo eventos de agravio continuo.
2. En materia administrativa y judicial, incumplimiento del agotamiento previo de medios de impugnación idóneos, cuya incoación y acogimiento pudo motivar la corrección del agravio sin necesidad de tener que pedir amparo; esto según exigencia contenida en los artículos 10, inciso h), y 19, ambos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Son estos dos los únicos presupuestos de procedibilidad que tienen asidero en normativa contenida en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. El resto de presupuestos<sup>46</sup> aludidos en el artículo 26 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad son de creación jurisprudencial y no encuadran en la figura de un presupuesto procesal.

A la disidencia antes expresada abona un reciente fenómeno que afecta directamente la necesaria celeridad con la que debe tramitarse un proceso de amparo, cual es el de que en muchos casos, tribunales de amparo que conocen de peticiones de amparo en primera instancia, asumen como regla general la de suspender de forma definitiva el trámite de muchos procesos de amparo, y dejar la responsabilidad de que, apelada esa decisión, sea la Corte de Constitucionalidad la que defina, como tribunal de cierre, si la suspensión fue acertada o bien procede continuar con el trámite del proceso.<sup>47</sup>

Por todo lo anterior, en el parecer de quien escribe este artículo, el mantener criterios restrictivos en los que se pretende encuadrar en la figura de un presupuesto procesal algo que no lo es sí merece una profunda reflexión, sobre todo porque ello va generando precedentes que en el futuro pudiesen no ser compartidos por quienes han

46 Denominados, como se indicó, como *procesales* en el primer párrafo del artículo 26 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

47 Lo que sí considero significativo es el elevado número de resoluciones judiciales que se emiten por la Corte de Constitucionalidad, por las que se deciden suspensiones definitivas del trámite de procesos de amparo. Para evidenciar esto puede consultarse ese dato en la Página de Internet de ese tribunal [www.cc.gob.gt](http://www.cc.gob.gt). En mi entender ese número no debería ser elevado, en tanto que en correcta observancia de los artículos 2 y 42, ambos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, lo que debe propugnarse como regla general tanto por la Corte de Constitucionalidad como por los tribunales que conocen de acciones de amparo, es la continuidad del trámite de los procesos originados por el planteamiento de esas acciones (nuevamente, insisto) por ser el amparo una garantía establecida para la defensa del orden constitucional.

de administrar justicia constitucional. Con el debido respeto, el autor considera impropia la manera como a nivel jurisprudencial se ha venido dando tratamiento a la facultad de suspensión definitiva contenida en el artículo 26 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, a la luz de que, como antes se indicó, para el legislador constituyente, la regla general debería de ser la de propugnar por la admisibilidad, continuidad y finalización por medio de una decisión de fondo de los procesos de amparo. Al ser aquellos criterios restrictivos contrarios a la regla general antes trazada, quien esto escribe sustenta que es contrario al matiz garantista del amparo, la tendencia a privilegiar la suspensión del trámite de procesos de amparo con base en presupuestos no establecidos en la ley de la materia, lo que amerita asumir una posición definida a efecto de no seguir provocando que esa garantía se torne inoperante, y para evitar esto último se realizan los correspondientes giros jurisprudenciales y propuestas de reforma del artículo 26 en mención; todo ello, como se reitera, con el objeto de no seguir afectando sustancialmente los altos objetivos que el constituyente dispuso para la garantía del amparo, mismos que no se cumplen si se mantienen criterios jurisprudenciales rigoristas que lo único que propician son datos estadísticos que, al no ser comprendidos en su justa dimensión, orillan a concluir que el amparo en Guatemala es ineficaz.<sup>48</sup>

2. Sobre los presupuestos de legitimación activa y pasiva de quien promueve y frente a quien se plantea el amparo, como fundamento para decisiones de suspensión definitiva de procesos de amparo.

Estos presupuestos también son de creación jurisprudencial. Como tales, su obligada observancia no está contemplada en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Fue la Corte de Constitucionalidad, la que desde sus primeros años de actividad los instituyó en su jurisprudencia, producto de una interpretación –estimo, meramente positivista– de varios artículos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

---

<sup>48</sup> Si a esta conclusión se llegase a arribar algún día, es evidente que el Estado de Guatemala estaría incumpliendo con una obligación de carácter internacional, asumida a la luz de la efectividad que debe propiciar de lo regulado en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ello podría aparejar responsabilidad internacional.

Así, por medio de criterio jurisprudencial que se ha sostenido en sus años de actividad, la Corte de Constitucionalidad se ha decantado por precisar que:

- a. Se cumple con la legitimación activa del solicitante de amparo, si se determina que es al peticionario a quien se le pudo haber causado un agravio personal y directo, en tanto que es este interés de reparación de aquel agravio lo que le legitima para pedir amparo. De esta determinación se originó un principio con muy dudoso respaldo en la ley, que es en el que se pretenden apoyar las decisiones de falta de legitimación activa: el principio de agravio personal y directo.<sup>49</sup>
- b. La legitimación pasiva se determina por la necesaria coincidencia que debe concurrir entre la autoridad que se dice emitió el acto que se reputa como agravante y aquella frente a la que se pide amparo.<sup>50</sup> A lo anterior, debe agregarse que también es criterio jurisprudencial decantado: (i) que solo puede ser considerada como autoridad, la que actúe ejerciendo el *ius imperium*,<sup>51</sup> es decir, aquella cuyos actos revistan características de unilateralidad, imperatividad y coercitividad; (ii) que en materia judicial solo pueden ser sujetos pasivos de amparo los órganos jurisdiccionales, bien sean unilaterales o colegiados, y (iii) que no ostentaría esa legitimación [pasiva], la autoridad que en su actuación únicamente se limita a ejecutar una orden dictada por otra autoridad jerárquicamente superior.<sup>52</sup>

49 Este principio, como antes se dijo, es de creación jurisprudencial, y la Corte de Constitucionalidad lo extrae de considerar que “*En esta acción constitucional [el amparo], es necesario demostrar la existencia de un agravio personal y directo, dado que la legitimación activa corresponde al que tiene interés en el asunto. Este requisito puede deducirse interpretando el contenido de los artículos 8o., 20, 23, 34 y 49 inciso a) de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en los que figuran los conceptos de ‘sus derechos’, ‘afectado’, ‘hecho que lo perjudica’, ‘derechos del sujeto activo’, ‘interés directo’, ‘ser parte’, o tener ‘relación directa con la situación planteada’. En el amparo (...) es necesario hacer valer un derecho o interés propio. (...) El agravio denunciado no afecta a los postulantes de manera directa y, en consecuencia, ellos carecen de legitimación activa*”. Cfr. Entre otras, la sentencia de dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco, dictada en el expediente 389-94. Nótese, de la lectura de lo antes transcrito, la intelección positivista que se hace de las normas ahí indicadas.

50 En este sentido con contestes las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y siete (Expediente 1477-96), dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve (Expediente 909-98), y veintiuno de julio de mil novecientos noventa y nueve (Expediente 246-99), por citar únicamente tres fallos.

51 En ese sentido, si la persona contra la que se promueve el amparo no ejerce ningún tipo de autoridad, aquélla carecerá de legitimación para ser sujeto pasivo de amparo. Cfr. Entre otras, la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el tres de octubre de mil novecientos noventa y cinco (Expediente 288-95).

52 En este sentido, la sentencia de siete de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, dictada por la Corte de Constitucionalidad en el Expediente 454-98.

La evolución jurisprudencial que se ha dado en la Corte de Constitucionalidad, cuando menos durante los últimos catorce años, no permitiría que en una sincera reflexión de quienes administran justicia constitucional (con énfasis en el matiz garantista del amparo), puedan seguir sosteniendo que el incumplimiento del presupuesto de legitimación activa deba provocar obligadamente la decisión de suspender definitivamente el trámite de un proceso de amparo. A ello se reitera –pues no es ocioso hacerlo– que este motivo no podría constituir un presupuesto de procedibilidad del amparo para unos eventos y no para otros.

Se sustenta lo anterior, en razón de que por esa misma evolución jurisprudencial, la Corte de Constitucionalidad ha propiciado el reconocimiento de una especie de legitimación activa que autoriza a promover la acción constitucional de amparo a personas no agraviadas directamente, es decir, en peticionarios de amparo que instan esta garantía para lograr una decisión judicial declarativa que no necesariamente les beneficia directamente a ellos, pero sí –directa o indirectamente– a una colectividad o a la sociedad en general. Esta legitimación es de connotación colectivista,<sup>53</sup> que en origen se comprendió como extraordinaria; sin embargo, se destaca que en su intelección aperturista se evidencia una orientación garantista que se desconoce totalmente a la legitimación de corte individualista, a la que se le entiende y juzga con una connotación evidentemente restrictiva.<sup>54</sup>

La legitimación extraordinaria antes dicha, desde sus inicios se pretendió autorizar únicamente para eventos en los que se imponía preservar que las instituciones del poder público, con capital relevancia las relacionadas con el sistema de justicia, se desarrollen (esto es, actúen) de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República y las leyes de la materia, sin riesgos de demoras y vicios en cuanto a los procedimientos de su integración. De ahí que para esos eventos, la falta de legitimación activa estaba dispensada.<sup>55</sup> Así entendida esa determina-

---

53 Atinente cuando lo que se pretende es que sean justiciables derechos económicos, sociales y culturales. Así entendido, quien escribe este trabajo no puede descalificar el surgimiento de esta modalidad de legitimación.

54 Se sostiene esto si se toma en cuenta que ante el enjuiciamiento sobre la probable violación de derechos fundamentales, los tribunales siempre deben tener presentes los principios de progresividad de los derechos humanos, *pro persona* y *pro actione*, los que se soslayan en orientaciones restrictivas como la que aquí se señala.

55 Así lo determinó la propia Corte de Constitucionalidad, cuando en la sentencia dictada el catorce de diciembre de dos mil once (Expediente 876-2011), indicó que “*el presupuesto procesal de legitimación activa, no resultaba aplicable en los casos en los que el objeto de discusión radicaba en la conformación o integración de un órgano del Estado electo o designado por el sistema de comisiones de postulación, tal como ocurre en el asunto en particular*”, sentido que se reiteró en las sentencias de veinticuatro de enero de dos mil doce (Expediente 777-2011) y veintinueve de marzo de dos mil doce (Expediente 3330-2011).

ción el ejercicio de aquella legitimación ya no encontró fácil explicación, incluso en época reciente, en la que la historia ha demostrado que la legitimación antes dicha no se ha observado para ser ejercitada con el exclusivo propósito antes mencionado.<sup>56</sup>

A quien redacta este trabajo sí le parece cuestionable [y es sobre ello que se pretende motivar el análisis] a la luz del garantismo propio de la justicia constitucional, el que si comprende al amparo como una garantía idónea para propiciar la protección de derechos de orden fundamental –bien sea de corte individual o colectivo, de lo que el legislador constituyente no hizo excepción alguna– coexistan actualmente en la jurisprudencia constitucional dos modalidades de un mismo tipo de legitimación (activa). Lo cuestionable no es su existencia en sí, sino que al apreciar esas modalidades, se pueda evidenciar sin mayor esfuerzo que en una se dispensa, para los efectos de admisibilidad, de un principio creado jurisprudencialmente (de agravio personal y directo), que en la otra se impone su aplicación, y que de no cumplirse, para el caso de la última, ese principio incluso se decida suspender definitivamente el trámite del proceso. No puede negarse que ambos criterios generan antagonismo que dificulta su explicación con meridiana claridad, dificultad que también concurre al tratar de explicar por qué a la legitimación que en su creación se instituyó como extraordinaria es la que se interpreta de manera amplia, al punto de dispensarla para los efectos de admisibilidad y conocimiento de fondo de la petición de amparo, en tanto que la que se ejercita para preservar derechos de una sola persona deba juzgarse de manera restrictiva.

Si se entiende que el amparo protege a las personas [individuales, morales o colectivas, de las cuales el legislador constituyente no hizo distinción ni reserva alguna] contra amenazas de violaciones a sus derechos o restaura el imperio de estos cuando la violación hubiese ocurrido, no parece ser congruente con esos esenciales propósitos el que existan las modalidades de legitimación activa antes dichas, y menos aún que estas sean comprendidas en sentido que pudiera propiciar una antinomia. Para que no se suscite esto, que incluso puede derivar en conclusiones absurdas –dicho con todo respeto–, quienes crean y varían los criterios jurisprudenciales deben reflexionar sobre todo lo anterior y decantarse

---

56 Cfr. De manera ejemplificativa, la sentencia de fecha veintiuno de enero de dos mil veintiuno, dictada por la Corte de Constitucionalidad en los expedientes acumulados 2198-2018, 2201-2018 y 2306-2018. Nótese, de ese fallo, los actos que se señalaron como agraviantes y las personas quienes solicitaron amparo.

por una interpretación aperturista común a ambas (la que pretende la tutela de derechos colectivos o intereses difusos con la que pretende la protección de un derecho individual), que sería lo más coherente con la naturaleza garantista del amparo.

El autor de este trabajo también propone otra reflexión, esta vez en lo tocante al presupuesto de legitimación pasiva, del que también parecen originarse otros argumentos restrictivos que se han esgrimido respecto de la improcedencia de una pretensión de amparo, tales como que el acto agravante no es en rigor un acto de autoridad o que los motivos de agravio que se imputan a ese acto no guardan conexidad con la decisión ahí asumida. A quien escribe este artículo le parece que todo lo anterior no guarda congruencia con el mandato de optimización establecido en el segundo párrafo del artículo 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad,<sup>57</sup> y que un equívoco en cuanto a la concreta y precisa determinación de quién es la persona o autoridad que debería ser sujeto pasivo en la pretensión de amparo, por ser esta la que en realidad está causando el agravio, es dispensable si el tribunal de amparo, recibidos los antecedentes o informe circunstanciado, tiene elementos fácticos y jurídicos que de forma razonable le permitan concluir que la pretensión debe dirigirse frente a quien realmente sí está causando ese agravio y que sea este a quien el tribunal responsabilice de la efectiva restitución del derecho fundamental violado, desde luego, garantizando previamente el derecho a la audiencia debida.

3. Sobre el juzgamiento del amparo con base en criterios restrictivos, construidos desde la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

El autor de este trabajo, por razón del ejercicio de su profesión, ha tenido oportunidad de leer criterios plasmados tanto en sentencias dictadas por tribunales que conocen en primera instancia de procesos de amparo, como de fallos que se emiten cuando la Corte de Constitucionalidad conoce en apelación de esas sentencias. La lectura e intelección de esos criterios ha orientado a quien aquí escribe a concluir que decisiones de denegatoria de amparo o de suspensión definitiva del trámite de procesos se asumen con base en criterios restrictivos, alejados de los mandatos contenidos en los artículos 2

---

<sup>57</sup> Que preconiza la interpretación extensiva de la Constitución y que el análisis del caso que se haga, se realice en función de brindar la máxima protección en esa materia.

y 42, ambos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, con lo cual, además, se soslaya la especial naturaleza del amparo como garantía para la protección y goce y ejercicio de derechos fundamentales.

Algunos de los criterios antes mencionados forman doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad, por reiteración que se hizo de aquellos en tres sentencias contestes<sup>58</sup> emitidas por esa Corte. En este segmento, brevemente comentaremos dos de esos criterios, que, como se dijo, por haber pasado a formar doctrina legal, permitiría que aplican como sustento de una decisión desestimativa de una petición de amparo y también –en mi entender, indebidamente– como motivos de suspensión definitiva del trámite de procesos de amparo, lo que se pretende apoyar en lo que se prevé en el primer párrafo del artículo 26 del Acuerdo 1-2013 de la referida Corte. Nuevamente se reitera que lo que aquí se cuestiona y se disiente es de que la decisión de suspensión, para ser procedente constitucionalmente, no debe asumirse con sustento en supuestos criterios de procedibilidad no vinculados a un precepto normativo sino de origen netamente jurisprudencial. De esa cuenta, en el entender del autor de este trabajo, no podrían tener el carácter de presupuesto de procedibilidad, la apreciación de equívoco en el señalamiento del acto agravante ni la determinación de falta de conexidad entre lo que se decidió en dicho acto y los motivos de agravio que el peticionario de amparo endilga al acto objetado por medio de esa garantía, aparte de que esas falencias no constituyen cargas procesales de obligado cumplimiento por parte del amparista, por ser situaciones que de concurrir, son plenamente dispensables en correcta intelección *pro actione* de lo que se regula en el primer párrafo del artículo 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.<sup>59</sup>

- a) Denegatoria de amparo con sustentación en señalamiento erróneo del acto agravante (usualmente, el acometido no es el acto definitivo).

Lo que inicialmente surgió por criterio jurisprudencial, al haber pasado a conformar doctrina legal emanada por la Corte de Constitu-

<sup>58</sup> Cfr. Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

<sup>59</sup> Se sustenta ello, en razón de que de acuerdo con el artículo 42 *ibidem*, corresponde al tribunal de amparo analizar todo lo que formal, real y objetivamente resulte pertinente para conocer sobre la procedencia de la pretensión de amparo, lo que abarcan los argumentos y fundamentos jurídicos aplicables con abstracción sobre si estos fueron o no alegados por las partes.

lidad, es considerado como un argumento [no un presupuesto procesal] invocable para respaldar decisiones, incluso de suspensión definitiva del trámite de procesos de amparo, independientemente si la decisión primigenia de suspensión se asumió por otro motivo que el de equívoco en el señalamiento del acto agravante.

El criterio que propugna por la desestimación o suspensión del trámite de procesos de amparo al concurrir equívoco en el señalamiento del acto agravante, parte de las siguientes proposiciones, establecidas en criterio jurisprudencial decantado:

- a. En materia administrativa y judicial, para que pueda emitirse un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión de amparo, el acto de autoridad que se objeta por medio de esa garantía debe ostentar el carácter de definitivo; esto en cumplimiento del principio contenido en los artículos 10, inciso h), y 19, ambos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.<sup>60</sup>
- b. Constituye doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad, la determinación de que no es procedente otorgar amparo si la pretensión no se dirige contra el acto que por el efecto propio que conlleva la decisión [definitiva] en aquel contenida, es el que eventualmente podría causar el agravio que se denuncia.<sup>61</sup> De ahí que si el amparo se intenta contra acto distinto de aquel que ostenta la condición de definitivo, la conclusión final que se impone es la de que no es posible lograr un pronunciamiento estimativo de la pretensión, por concurrir erróneo señalamiento del acto agravante.<sup>62</sup>

Es válido sustentar que la condición de definitividad de un acto se logra una vez que han sido agotados todos los medios de impugnación idóneos por cuyo medio la situación jurídica agravante pudo repararse sin necesidad de tener que pedir amparo. La decisión que se asume respecto del último de esos medios impugnativos deducidos es la que ostenta el carácter de definitiva. Empero, una lectura *prima facie* de la

---

60 Cfr. Entre otras, la sentencia de diez de enero de dos mil trece, dictada en el expediente 4295-2012.

61 Cfr. Entre otras, las sentencias de nueve de mayo de dos mil ocho (Expediente 807-2008), treinta de octubre de dos mil nueve (Expediente 2649-2009) y dieciséis de diciembre de dos mil diez (Expediente 3846-2010), por citar únicamente tres fallos.

62 Cfr. Entre otras, las sentencias de nueve de mayo de dos mil ocho (Expediente 807-2008), treinta de octubre de dos mil nueve (Expediente 2649-2009) y dieciséis de diciembre de dos mil diez (Expediente 3846-2010), por citar únicamente tres fallos.

regulación contenida en los artículos 10, inciso h),<sup>63</sup> y 19, ambos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad orilla a concluir que lo que ahí se exige es la obligación de agotamiento antes dicha, no así, en puridad, que el amparista tenga la carga procesal de señalar como acto agravante aquel que ostenta la condición de definitividad, y menos aún que si no se cumple con esa supuesta carga, la petición de amparo obligadamente deba denegarse.

En el criterio de quien esto escribe, una cosa es que la decisión que contenga un acto que se repute agravante de derechos constitucionales, carezca de ese efecto y por ende, en pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión el amparo deba denegarse, y otra muy distinta es la de que el tribunal, conociendo que en el proceso subyacente al amparo efectivamente existe un acto que por su condición de definitivo sea el que eventualmente cause el agravio que se denuncia, deniegue el amparo con acuse de una falencia (equivoco en el señalamiento de ese acto definitivo) que el propio tribunal bien pudo dispensar y, en su caso rectificar, tanto en el momento de conceder primera audiencia a las partes, como en la sentencia del proceso de amparo. A esta última conclusión se arriba aceptándose que un proceso es en sí una sucesión de actos, respecto de los cuales ha sido la jurisprudencia y no la ley la que ha orientado a determinar cuál de esos actos es el que se puede apreciar como definitivo, y que no constituye carga procesal alguna establecida en la ley, que el amparista deba necesariamente señalar como acto agravante, aquel que podría ostentar la condición antes dicha.

Se reitera entonces que si se llegase a apreciar lo que en la jurisprudencia se ha determinado como una falencia incurrida por quien pide amparo, ello no es óbice, nada impide y más bien la propia ley de la materia autoriza a que el propio tribunal de amparo pueda subsanar ese equivoco, con base en la facultad de amplitud de examen de todo aquello que resulte pertinente, que se preconiza en el primer párrafo del

63 En alguna ocasión, hace más de 25 años, el autor de este trabajo tuvo una amena conversación con el connotado jurista guatemalteco, don Edmundo Vásquez Martínez (QEPD), quien en esa oportunidad indicó a quien esto escribe, que la confusa redacción del inciso h) del artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, podría orillar al solicitante de amparo a arribar a la conclusión de que el acto agravante que debía objetarse por medio de esta garantía era el que originalmente había causado el agravio, y para cumplir con la definitividad procesal –según la redacción del precepto– solo debían agotarse medios de impugnación, de manera que al cumplirse esa obligación, el agravio original aún subsistiera. La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad da el tratamiento de acto definitivo, susceptible de ser reparado mediante amparo, al decisorio respecto de la última impugnación idónea hecha valer para reparar el agravio, por subsumir en este último acto al agravio primigenio, conclusión que no es fácil extraer de una lectura *prima facie* del texto del inciso h) antes mencionado.

artículo 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; de manera que al estar prevista (esto es, autorizada) esa forma de solución del yerro, es impropio, equivocado e incluso improcedente denegar amparo con sustento en una cuestión que por facultad establecida en la ley de la materia y por la naturaleza jurídica del amparo, bien se puede dispensar e incluso corregir. Por lo anterior, si es contrario a la ley denegar amparo con fundamento en el yerro que aquí se comenta, es más grave aún decidir la suspensión definitiva del trámite de procesos de amparo con sustento en equívoco en el señalamiento del acto agravante, ya que esto último torna inane por dejar vacía de contenido, la facultad de amplitud de análisis, conocimiento y examen contenida en el artículo 42 *in fine*.

- c) Denegatoria de amparo con sustentación en falta de conexidad entre lo que se decidió en amparo y los motivos de agravio expresados por quien solicita la protección constitucional.

Este es también otro criterio que inicialmente surgió en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, y que al pasar a conformar doctrina legal emanada por ese tribunal se convirtió en un argumento –no en un presupuesto procesal– para denegar amparo y que también, por constituir la doctrina antes aludida, podría utilizarse [en el entender de quien redacta este artículo] para sustentar decisiones de suspensión definitiva del trámite de procesos de amparo.

En doctrina legal emanada por la Corte de Constitucionalidad, se ha sustentado que:

*“(...) si se indica expresamente un acto reclamado pero los señalamientos de agravio van dirigidos a una circunstancia diferente, concurre falta de conexidad entre el acto reclamado y los agravios denunciados que hace inviable la pretensión de amparo”*.<sup>64</sup>

En el artículo 21 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se establecen los requisitos que debe cumplir el solicitante de amparo en su escrito contentivo de esa pretensión. En cuanto a la narrativa del caso, únicamente se contempla como requisito el de realizar una relación de aquellos hechos que motivan el tener que pedir amparo.<sup>65</sup>

64 *Cfr.* Sentencia de siete de agosto de dos mil diecisiete, dictada en el expediente 836-2017. Criterio jurisprudencial reiterado en las sentencias de treinta de octubre de dos mil diecisiete (Expediente 3477-2017) y catorce de mayo de dos mil dieciocho (Expediente 568-2018), por citar únicamente tres fallos.

65 *Cfr.* Inciso e) del artículo 21 *ibid.*

Por el carácter propio de garantía con el que se instituyó el amparo, sería impropio exigir del amparista una extensa o exhaustiva descripción de aquellos hechos, máxime si el examen de fondo que un tribunal de amparo ha de realizar al momento de dictar sentencia, no se limita ni se circunscribe a los hechos narrados por quien pide amparo.<sup>66</sup> Aun entendiendo que para quien solicita amparo le es achacable el cumplimiento de los requisitos de (i) descripción del acto reclamado, con especificación de su contenido;<sup>67</sup> y (ii) formulación de hechos y de argumentaciones que expliquen la manera cómo surgió la amenaza o acaeció la violación que se pretenden evitar o reparar mediante el otorgamiento del amparo,<sup>68</sup> por previsión contenida en el artículo 22 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad aquellos son requisitos cuyo eventual incumplimiento no podrían sustentar razonablemente una decisión de denegatoria de amparo, menos aún la de suspensión definitiva del trámite de procesos de amparo.

Entiende quien realiza este trabajo que si la narrativa de hechos que motivan el amparo fuese defectuosa –esto es, se evidenciara una falta de conexidad [*ergo*, encuadramiento] de los motivos de agravio con respecto de la decisión asumida en el acto objetado– ello no puede utilizarse como fundamento para denegar el amparo, por las siguientes razones:

1. El matiz garantista, propio de la jurisdicción constitucional, propugna por una interpretación extensiva de los preceptos de la ley que rige esa jurisdicción, a manera de procurar la eficacia de las garantías establecidas para la protección de derechos fundamentales.<sup>69</sup> Ese mandato no se observa cuando se acude a interpretaciones, en rigor restrictivas,<sup>70</sup> respecto del cumplimiento de obligaciones de orden meramente formal, y se utiliza esas interpretaciones rigoristas como sustento para denegar la tutela judicial solicitada.
2. Por disposición expresa del artículo 42 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad un tribunal de amparo está plenamente facultado para examinar “*todo aquello que formal,*

66 Esta limitación es más propia de medios de impugnación con connotación rigorista, como lo es la casación.

67 Cfr. Inciso f) del artículo 10 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

68 Cfr. Inciso h) del artículo 10 del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

69 Cfr. Artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

70 Lo cual es impropio en la jurisdicción antes dicha.

*real y objetivamente **resulte pertinente***”, lo que abarca, además, a los “*fundamentos de derecho aplicables, [con abstracción de sí] **hayan sido o no alegados por las partes***” (lo realzado es de quien redacta este trabajo monográfico), todo ello “*con el objeto de brindar la máxima protección en esta materia*”, por lo que con esas previsiones queda dispensada cualquier deficiencia de orden argumentativo que se haya podido evidenciar en la demanda de amparo, y esa deficiencia no puede ser utilizada en perjuicio de quien pide amparo en el momento de decidir sobre la procedencia de esa petición y menos aún en la oportunidad de decidir sobre la continuidad del trámite del proceso de amparo iniciado con aquella petición.

## **Reflexión propuesta por el autor**

Tras haber leído todo lo anterior, el lector estará en posición de realizar su propio análisis sobre la problemática que aquí se ha pretendido denotar. No es el propósito de este trabajo el de que se comparta el criterio aquí plasmado de quien esto escribe. Sí lo es el de propiciar aquel análisis y que este pueda generar discusiones académicas y propuestas [de giro jurisprudencial o de reforma de leyes constitucionales] encaminadas a posibilitar que el amparo retome nuevamente su carácter de garantía establecida para la defensa del orden constitucional. No fue la pretensión del autor hacer señalamientos concretos o infundados hacia persona o entidad alguna ni expresar crítica destructiva o irracional sobre la labor jurisdiccional al administrar justicia constitucional, cualquiera que sea el tribunal que ha de administrar este tipo de justicia. La restricción de una garantía constitucional no es un tema que afecte a quienes ejercen la profesión de abogado, sino irradia al sistema normativo que rige el país y atañe a la convivencia de un orden social constitucionalmente establecido. He ahí la importancia de que luego de la lectura de este artículo sea el lector el que con base en su propio criterio de respuesta a sí mismo a la interrogante formulada en el título de este artículo. Y, como antes se dijo, si luego de la reflexión que aquí se propone realizar, ello motiva a realizar estudios y análisis jurídicos y académicos sobre los tópicos aquí abordados, se genera el sano debate sobre lo aquí analizado y se formulan propuestas de cambio que bien pueden ir desde giros jurisprudenciales hasta reformas de textos constitucionales, todo ello con el objeto de que se retome el carácter garantista

del amparo, el objetivo principal con el que el autor de este trabajo se propuso escribir este último se habrá cumplido.

## **Bibliografía**

ALDANA, Miguel. El amparo judicial, un fenómeno que desborda los límites de la jurisdicción constitucional. Disponible en <https://www.guardiaconstitucional.com/post/el-amparo-judicial-limites-jurisdiccion-constitucional>.

CHACÓN CORADO, Mauro Roderico. El amparo constitucional en Guatemala. Rev. IUS [online]. 2011, vol.5, n.27. Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472011000100008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100008&lng=es&nrm=iso).

Digesto Constitucional. Publicaciones de la Corte de Constitucionalidad, Serviprensa, Guatemala, 2001.

FUENTES DESTARAC, Mario. Juzgamiento indebido por parte del juez constitucional. Artículo de opinión publicado en el diario el Periódico, año 23, número 7957, edición del 18 de febrero de 2019.

LARIOS HERNÁNDEZ, Sara. “La doctrina de falta de materia: un obstáculo para la administración de justicia ante situaciones que evaden la revisión judicial”, en El constitucionalismo guatemalteco frente a lo global: Estudios de una nueva generación de voces. Carlos Arturo Villagrán Sandoval (Coordinador), Universidad Rafael Landívar, Editorial Cara Parens, Guatemala, 2020.

MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús, El efectivo cumplimiento del objeto del amparo en Guatemala, Tesis de graduación de abogado y notario, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, Mayté, 1995.

MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús, El amparo como garantía para el acceso a la justicia y protección de los derechos humanos en la jurisdicción constitucional guatemalteca, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (32-33), Edición Especial sobre Acceso a la Justicia, Lihssa, San José, 2000.

MEJICANOS JIMÉNEZ, Manuel de Jesús, “¿Es necesaria una reforma legal para preservar la naturaleza jurídica y eficacia del amparo contra resoluciones judiciales en Guatemala?” En Derecho Constitucional Americano y Europeo. (Bazán, Víctor. Coord). Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

VÁSQUEZ MARTÍNEZ, Edmundo. El proceso de amparo en Guatemala. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3533/4217>

### **Leyes consultadas**

Constitución Política de la República de Guatemala (1985)

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto No. 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

Auto Acordado 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad.

### **Portales de Internet consultados**

[www.cc.gob.gt](http://www.cc.gob.gt)

[www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)



## III. Artículos

*Derecho Constitucional, Procesal Constitucional,  
Derechos Humanos y materias afines*



# **La tutela constitucional de la memoria histórica: análisis del caso del Archivo Histórico de la Policía Nacional y la figura de la “actuación inmediata de la sentencia impugnada”**

## ***The constitutional safeguard of the historic memory: an analysis of the Historic Archive of the National Police and the figure of the “immediate action of the contested sentence”***

*Miguel Ángel Aldana Moscoso<sup>1</sup>*

### **Resumen**

Este texto examina la situación del Archivo Histórico de la Policía Nacional –AHPN– desde la óptica jurídica, en referencia a la acción constitucional de amparo promovida por el Procurador de los Derechos Humanos, en el año 2019, contra el Ministerio de Cultura y Deportes y el Ministerio de Gobernación. En particular, se estudia el problema relativo al peligro que supone la demora de los tribunales constitucionales y las autoridades gubernamentales competentes en librar las órdenes y emprender las medidas requeridas para prevenir una situación irreparable que haga imposible restituir las cosas a su estado anterior. Para tal fin, se repasan los aspectos más relevantes de la sentencia de amparo recaída en el expediente 1281-2019 de la Corte Suprema de Justicia y, en orden a destacar una hipótesis de cumplimiento en este caso, se esbozan una de las técnicas jurídicas que el derecho comparado ofrece para asegurar el cumplimiento urgente de las sentencias constitucionales: la actuación inmediata de la sentencia impugnada.

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Universidad de San Carlos de Guatemala. Ex Profesor de Derecho procesal constitucional por la misma casa de Estudios. Estudios de posgrado y formación profesional en el ámbito del Derecho constitucional, Derecho procesal constitucional y derechos humanos. [miguel\\_aldana7@hotmail.com](mailto:miguel_aldana7@hotmail.com)

La figura –también conocida bajo el *nomen* de actuación inmediata de la sentencia impugnada– es el derecho de orden procesal que confiere al actor la posibilidad de que se ejecute en forma anticipada la sentencia, independientemente que esta sea apelada, con el propósito de prevenir daños irreparables no evitables por vía del amparo provisional.

**Palabras clave:** Derecho procesal constitucional, actuación inmediata de la sentencia impugnada, memoria histórica, derecho a la verdad, ejecución de las sentencias constitucionales.

## Abstract

*This text examines the situation of the Historical Archive of the National Police –[By its initials in Spanish AHPN]– from the legal optics, in reference to the constitutional action of amparo promoted by the Human Rights Ombudsman, in 2019, against the Ministry of Culture and Sports and the Ministry of the Interior. It is decided the problem related to the danger expected by the delay of the constitutional courts and the competent governmental authorities in issuing the orders and taking the measures required to prevent an irreparable situation that makes it impossible to restore things to their previous state. For this purpose, the most relevant aspects of the amparo sentence are read through, which are relapsed in the file 1281-2019 of the Supreme Court of Justice and, to highlight a hypothesis of compliance in this case, the legal techniques included in comparative law are studied to ensure the immediate effectiveness of constitutional sentences.*

*The immediate action of the contested sentence is the procedural law order that gives the plaintiff the possibility of having the sentence executed in advance, regardless of whether it is appealed, with the purpose of preventing irreparable damages not avoidable by an interim amparo.*

**Keywords:** *Constitutional procedural law, immediate action of the contested sentence, historical memory, right to the truth, execution of constitutional sentences.*

---

## SUMARIO

Introducción - Contexto histórico - Importancia y usos del AHPN - Amparo 1281-2019 - Problemática - Hipótesis: prevenir un cumplimiento diferido mediante la técnica de la “actuación inmediata de la sentencia impugnada” - Conclusión.

---

# **La tutela constitucional de la memoria histórica: análisis del caso del Archivo Histórico de la Policía Nacional y la figura de la “actuación inmediata de la sentencia impugnada”**

## ***The constitutional safeguard of the historic memory: an analysis of the Historic Archive of the National Police and the figure of the “immediate action of the contested sentence”***

*Miguel Ángel Aldana Moscoso*

### **Introducción**

El 26 de febrero de 2020 la Corte Suprema de Justicia declaró con lugar el amparo solicitado por el Procurador de los Derechos Humanos para preservar el Archivo Histórico de la Policía Nacional, un acervo documental que registra más de cien años de actividad operativa de la Policía, incluyendo el periodo de treinta y seis años de conflicto armado interno. Durante este periodo, tuvieron lugar las atrocidades más crueles en la historia reciente de Guatemala, cometidas por las fuerzas de seguridad del Estado contra población civil no combatiente.

En la actualidad, el Archivo corre peligro permanente. Durante el año 2019, el Ministro de Gobernación avanzó una serie de afrentas expresas dirigidas a retomar el control del Archivo invocando la doctrina de la “seguridad nacional” para sustentar supuestos secretos de Estado.

La pretensión real, según el Procurador de Derechos Humanos, más allá del ocultamiento, denotaba la intención por destruir y sustraer en la clandestinidad los importantes documentos históricos resguardados en el Archivo. Pese al otorgamiento del amparo, la incertidumbre sobre su efectividad sigue latente. En cumplimiento de la sentencia, el Ministerio de Cultura y Deportes declaró Patrimonio Cultural de la Nación, una medida considerada por expertos archivistas, tanto nacionales como internacionales, como una decisión crucial para avanzar en el resguardo del Archivo.

Sin embargo, persiste el incumplimiento de las medidas más urgentes decretadas por el tribunal de amparo de primer grado: resguardo inmediato del Archivo contra el potencial peligro de pérdida y destrucción, transferir la adjudicación del inmueble que alberga el Archivo del Ministerio de Gobernación al Ministerio de Cultura y Deportes, reincorporación del personal calificado que conoce el Archivo, dotar de recursos para garantizar la continuidad del proceso archivístico y, lo más importante, reactivar el flujo de acceso a información pública para los usuarios más recurrentes del Archivo: familias en busca de la verdad y la Unidad de Conflicto Armado Interno de la Fiscalía de Derechos Humanos del Ministerio Público.

Para la justicia constitucional en Iberoamérica, la vigencia efectiva de los derechos humanos reviste uno de los propósitos de mayor trascendencia. La ejecución de sentencias constitucionales forma parte de ese propósito. Pese a su importancia, este tema ha sido escasamente abordado en el derecho procesal constitucional guatemalteco. La teoría existente se ha concretado en estudiar los grandes tópicos trazados por los forjadores de la ciencia del derecho procesal constitucional, a saber, la jurisdicción constitucional, las garantías constitucionales y, los órganos y tribunales constitucionales. Sin embargo, es escasa la temática sobre la ejecución de sentencias constitucionales. Aunque falta mucho por desarrollar, sin pretensiones científicas, este texto propone una solución práctica, con base legal, para no seguir postergando la tutela constitucional de la memoria histórica: la actuación inmediata de la sentencia impugnada, una técnica que ofrece el derecho comparado para adelantar el cumplimiento de las medidas urgentes indistintamente de la apelación de la sentencia.

## Contexto histórico

Durante el periodo de treinta y seis años de conflicto armado interno, la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1999) documentó que la cifra de víctimas en Guatemala, incluyendo menores, mujeres y población no combatiente, ascendió a más de 200,000 personas. El 93% de los hechos de las graves violaciones a derechos humanos se atribuyeron al Estado de Guatemala. Además, el 85 y el 18% de estos hechos, se atribuyeron al Ejército de Guatemala y a las Patrullas de Autodefensa Civil –PAC–, respectivamente. Por su parte, la guerrilla, según la CEH, fue responsable del 3% de estos hechos graves.

La CEH también documentó en su Informe que la Policía Nacional y la Guardia de Hacienda –dos de las principales fuerzas de seguridad del Estado– cometieron numerosas y graves violaciones de los derechos humanos durante el enfrentamiento armado. En la mitad de los años sesenta, estas fuerzas trasladaron su subordinación al control del Ejército, y esto se mantuvo a lo largo del enfrentamiento. Según la Comisión, bajo las órdenes de estructuras del Ejército, los “detectives” y otras fuerzas policiales que se vestían de civil, se convirtieron en los principales agentes del terror estatal en la capital de Guatemala durante casi veinte años.

Esta evidencia histórica pone en relieve la gravedad de los crímenes atroces cometidos por el Estado de Guatemala durante el conflicto armado interno, asimismo, permite identificar con claridad un patrón sistemático de represión estatal que ha sido calificado, con la mayor propiedad, como verdadero *terrorismo de Estado*<sup>2</sup> (Salvioli, F., Duhaime, B., 2019).

---

2 En su voto razonado en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay (2006), el juez Sergio García Ramírez definió el concepto en los siguientes términos: “Terrorismo de Estado significa que el Estado se convierte en terrorista, siembra miedo y alarma en la población, causa la angustia que perturba gravemente la paz en el seno de la sociedad. Política de Estado que implica que este mismo –un ente complejo y diverso, que ciertamente no es una persona física, un individuo, ni se resume en una pandilla criminal– asume un plan y lo desarrolla a través de ciertas conductas que se disciplinan al fin y a la estrategia diseñados por el propio Estado. Igualmente, la noción de un crimen de Estado, si nos atenemos al significado literal de la expresión, se instala sobre el supuesto de que el Estado comete crímenes”. Citando a Aliozí, Raúl Carnevali refiere que este tipo de terrorismo es la peor, más peligrosa e inhumana forma de terrorismo, pues son los propios gobernantes, quienes aprovechándose del poder que ejercen, atemorizan sistemáticamente a la población (2015).

## Importancia y usos del AHPN

De acuerdo con Human Rights Data Analysis Group (2016) el Archivo Histórico de la Policía Nacional fue descubierto de forma fortuita en el inmueble en que continúa albergado, situado en la zona 6 de la Ciudad de Guatemala, adjudicado al Ministerio de Gobernación. Es un depósito de documentos que registra el actuar de los aparatos policiales y sus funciones administrativas y operativas llevadas a cabo desde 1891, incluyendo el periodo de 36 años que duró el conflicto armado interno. Es decir, contiene documentos de más de un siglo de historia, desde la época de la *Reforma Liberal*<sup>3</sup>. El Archivo constituye una de las fuentes más importantes de información relacionadas con violaciones a derechos humanos en el mundo. Su importancia radica en la utilización de su potencial investigativo para diversos fines, *inter alia*, usos académicos, de historia, de justicia, reparación y sanción.

Así, por ejemplo, en el caso Gudiel Álvarez y Otros vs. Guatemala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) constató que los documentos del AHPN permiten confirmar y contrastar la veracidad de los hechos registrados en el Diario Militar –conocido también como el *Dossier de la Muerte*–, un acervo que documenta la identificación y seguimiento a personas en forma selectiva:

[L]a información contenida en el Archivo Histórico de la Policía Nacional confirma y complementa lo registrado por el Diario Militar. Según lo declarado en la audiencia pública por la perito, Katharine Doyle, “hasta la fecha se han encontrado en el Archivo Histórico de la Policía Nacional 253 documentos con relación directa a los crímenes registrados en el Diario Militar” (Corte IDH, 2012, párr. 66).

En dicho caso, el tribunal interamericano encontró responsable al Estado de Guatemala por la desaparición forzada de 26 personas fichadas en el *Dossier de la Muerte*, una práctica utilizada también en las operaciones de inteligencia registradas en el AHPN.

El contraste de información contenida en diversas fuentes documentales fue un método que contribuyó a la determinación de la

3 Periodo que abarcó más de medio siglo de historia, empezando en 1871, con la conquista política de los liberales al frente de Miguel García Granados y Justo Rufino Barrios. Este periodo estuvo caracterizado por el retorno a los ideales constitucionalistas liberales, el laicismo, la apertura al comercio internacional y transformaciones en el modelo económico. En el contexto geopolítico, se produce la revolución industrial y, de suyo, se abren nuevas rutas de comercio y la ampliación del transporte de trenes.

responsabilidad de la desaparición forzada del líder estudiantil Fernando García. La Corte IDH constató que en el Archivo Histórico, se hallaron documentos en los que se informó sobre un “Operativo de Limpieza y Patrullaje” llevado a cabo por la Policía Nacional. Durante dicho operativo fue capturado Edgar Fernando García. Igualmente, la captura de Edgar Fernando García se encuentra registrada en el Diario Militar, donde también aparece registrado en una sección titulada “Control de folders de elementos ya trabajados [...]” (Corte IDH, 2012, pág. 2).

Asimismo, el material probatorio obtenido a partir del Archivo Histórico de la Policía Nacional también coadyuvó en la obtención de la sentencia condenatoria<sup>4</sup> proferida contra los responsables de crímenes contra la humanidad, en el caso conocido como Sepur Zarco, un caso de graves violaciones a derechos humanos, relativas a tortura sistemática y esclavitud sexual, que sufrieron mujeres de la comunidad indígena Q’eqch’í, en la aldea conocida como Sepur Zarco, en el departamento de Izabal<sup>5</sup>.

Como es posible confirmar, el Archivo Histórico reviste una importancia determinante para el derecho a la verdad y la justicia, posibilitando que las víctimas y sus familias, sepan las circunstancias en que ocurrieron los crímenes contra sus seres queridos. Además, el Archivo sirve al Ministerio Público y a los Tribunales, para llevar a cabo procesos de justicia de transición, así como investigar y sancionar los crímenes y reparar a las víctimas. El Archivo también le es útil a estudiantes y académicos, para realizar investigación antropológica, literaria, social e histórica<sup>6</sup>. De ahí que la importancia de protegerlo contra las adversidades del tiempo y las claras y manifiestas intenciones de destrucción y sustracción de los documentos con valor histórico para la humanidad no

---

4 Según relata ONU Mujeres (2011) “15 mujeres sobrevivientes de Sepur Zarco presentaron su caso ante la justicia guatemalteca. Después de 22 audiencias, el 2 de marzo de 2016, el tribunal condenó a dos ex militantes por delitos de lesa humanidad (violación, asesinato y esclavitud) y concedió 18 medidas de reparación para las sobrevivientes y sus comunidades. Fue la primera vez en la historia que un tribunal nacional enjuiciaba un cargo de esclavitud sexual durante un conflicto utilizando la legislación nacional y el derecho penal internacional”.

5 Las victimadas fueron sometidas a servidumbre sexual y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes por parte de militares radicados en el destacamento establecido en la zona. El destacamento se convirtió en un encierro perpetuo y, según peritajes culturales y psicosociales, los efectos en las victimadas fueron devastadores: no solo ocasionaron daños a bienes materiales, se buscó también la destrucción de los bienes espirituales que conectaban las personas con sus valores culturales, ruptura del tejido social, sentimiento de miedo permanente, frustración en el proyecto de vida de cada víctima. La agresión física, psicológica y moral se extendió durante los años 1982 a 1983.

6 Entre los muchos ejemplos que demuestran la importancia del Archivo para los usos académicos, científicos y literarios, los más recientes, se pueden citar las obras *Guatemala en la Memoria*, coordinado por Silvia Soriano y la crónica de Plaza Pública intitulada *el rector, el coronel y el último decano comunista*, *Crónica de la Universidad de San Carlos y la represión durante los años ochenta*, de Pilar Crespo y Asier Andrés, la cuales se inspiraron en la importante fuente de información recabada a partir de los hallazgos documentados en el AHPN.

es un asunto menor en la medida que exige de todos los guatemaltecos un deber cívico con un propósito que trasciende a las actuales generaciones: proteger a las futuras de repetir estas atrocidades.

Sin embargo, a pesar de haber transcurrido más de ocho meses desde la sentencia estimatoria proferida por la Corte Suprema de Justicia<sup>7</sup>, aún persiste la actitud negacionista del Estado. Por ende, también sigue latente el grave peligro al que se expone este importante acervo cultural de la Nación, aparejando denegación de derecho a la verdad de las familias, paralización de los procesos de justicia de transición, imposibilidad material de que el Ministerio Público continúe las investigaciones y las dificultades de científicos, académicos y estudiantes para el desarrollo de sus investigaciones sociales y los procesos de formación educativa.

## **Amparo 1281-2019**

### ***Antecedentes del caso***

El caso inició en el contexto de una serie de acciones avanzadas por el entonces Ministro de Gobernación, Enrique Antonio Degenhart Asturias, para recuperar el control y la custodia del Archivo Histórico de la Policía Nacional (AHPN) durante el año 2018. Frente a tales acciones, numerosos actores, entre académicos, organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil y el Procurador de los Derechos Humanos, manifestaron su preocupación por la amenaza de que una institución que precisamente figuró, durante la guerra interna, como uno de los principales aparatos de represión estatal, retomara el control de un acervo documental que en el presente ha adquirido un valor cultural e histórico y que, por ende, carece de toda razonabilidad y justificación que permanezca en manos de las instituciones de seguridad.

La intención de recuperar el control del Archivo se produjo en el marco del advenimiento del vencimiento del Convenio celebrado en el año 2009, entre el Ministerio de Cultura y Deportes y el Ministerio de Gobernación, con el objeto de transferir al Ministerio de Cultura la custodia del Archivo. Este Convenio era el único documento que definía

---

7 Este artículo fue escrito en el mes de octubre del año 2020

la situación legal del Archivo. Es decir, debido a la propia temporalidad del Convenio, había incertidumbre sobre qué órgano era el competente para la custodia del Archivo.

Ante tal situación y previendo el vencimiento del plazo del Convenio, el Procurador promovió una demanda de amparo ante la Corte Suprema de Justicia. En su escrito, el Procurador argumentó la existencia de una amenaza por parte de las autoridades impugnadas de desordenar, perder y/o destruir, parcial o totalmente, la información histórica del Archivo Histórico de la Policía Nacional. Por estas razones, pidió al tribunal constitucional librar las órdenes y prevenciones respectivas, a efecto de que cesaran dichas amenazas y se garantizara la protección y funcionamiento del Archivo.

### ***Aspectos relevantes del fallo***

La Corte Suprema de Justicia, constituida en tribunal constitucional de amparo, en la sentencia de 26 de febrero de 2020, recaída dentro del expediente 1281-2019, declaró fundados los agravios expresados por el Procurador de los Derechos Humanos y, en tal sentido, acogió la tutela constitucional pretendida, librando una serie de órdenes y exhortativas a las instituciones vinculadas con la situación planteada. En este apartado, se examinan los principales fundamentos jurídicos que dieron sustento a la decisión adoptada por el tribunal constitucional.

*Derecho a la verdad, justicia de transición y protección de bienes culturales en el derecho internacional humanitario.* Para el examen del asunto trasladado a su conocimiento, el tribunal de amparo identificó como problema jurídico el siguiente:

¿En el devenir de los últimos quince años –desde el descubrimiento del AHPN– las autoridades obligadas a su conservación han faltado a su deber debida diligencia, en contravención a los Acuerdos de Paz y los estándares internacionales que, en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, reconocen el derecho a la verdad y la protección de los bienes culturales como parte esencial de procesos de transición democrática?

En sus consideraciones de derecho, y en orden a dar respuesta a la interrogante, la Corte precisó el marco jurídico rector del problema. En primer lugar, por la vía del bloque de constitucionalidad, el tribunal

hizo acopio de los instrumentos y estándares internacionales en materia del derecho a la verdad aplicables al caso concreto: los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y al acceso a la información como fundamentos consustanciales del derecho a la verdad; las dimensiones protegidas por el derecho a la verdad, en función del titular: una subjetiva que corresponde a las víctimas y sus familias y otra colectiva que corresponde a la sociedad en su conjunto; el carácter reforzado del deber de debida diligencia en el contexto de los conflictos armados no internacionales; y, la conexión entre la garantía del derecho y el combate a la impunidad.

Asimismo, a la luz de la Convención de La Haya de 1956 ratificada por Guatemala, el Tribunal señaló que el Archivo Histórico goza de un estatus jurídico que le concede protección en virtud del derecho internacional humanitario, aún en tiempo de posguerra:

[L]a Convención de La Haya, y su respectivo protocolo, no restringen su alcance *ratione temporis* únicamente a tiempos de conflicto, además, tampoco limitan su aplicación a conflictos de carácter internacional. Esto es congruente con el criterio sostenido por la Corte IDH, relativo a que el Derecho Internacional Humanitario prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, los atentados contra la vida, la integridad y la dignidad de las personas, lo que se extiende a los actos que menoscaben la dignidad de la sociedad y su derecho a recordar y preservar su memoria histórica (Corte Suprema de Justicia, 2020, págs. 29 y 30).

Con base en lo considerado, a juicio de la Corte, los atentados contra el patrimonio protegido por el estatuto del derecho internacional humanitario referido, también acarrearán responsabilidad personal de los agentes estatales y activan la jurisdicción universal de la Corte Penal Internacional. Citando los casos conocidos por el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, contra dirigentes políticos y militares de la República de Serbia, que incluyen condenas por destrucción de monumentos históricos y el juicio seguido ante la Corte Penal Internacional contra a Ahmad al-Faqi al-Mahdi (2016), el tribunal de amparo concluyó:

[C]ualquier conducta contraria a la Convención y su protocolo, tendiente a dañar los bienes culturales tutelados por el derecho internacional humanitario, ya sea por acción u omisión, no solo es susceptible de acarrear responsabilidad jurídica del Estado, sino también, puede recaer en

responsabilidad penal internacional de los autores de la comisión de los ilícitos (Corte Suprema de Justicia, 2020, pág. 31).

*Importancia del Archivo Histórico para la prevención de atrocidades y la justicia de transición.* En su considerando Séptimo, la Corte Suprema destacó el carácter intergeneracional del derecho a la verdad, en congruencia con el valor de la paz. Citando la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras, emitida por la Conferencia General de la UNESCO, el tribunal constitucional consideró:

[E]l esclarecimiento de la verdad, además de contribuir al valor de la paz y restaurar la concordia nacional en un contexto de transición, también resulta indispensable para proteger a las futuras generaciones de los efectos devastadores de crímenes atroces. Por ello, debe tenerse en cuenta que la negación de la memoria histórica no redundará únicamente en agravio de las actuales generaciones, dejando impunes las violaciones a los derechos humanos, en el olvido a las víctimas y sin respuestas a sus familias, ciertamente, la negación de la memoria histórica también comporta un impacto intergeneracional que trasciende hacia el futuro. Es por esta razón que el derecho a la verdad debe ser protegido bajo el enfoque de prevención, basado en el principio de que las siguientes generaciones tienen derecho a un futuro digno, estable y sostenible (Corte Suprema de Justicia, 2020, págs. 33 y 34).

*La falta de debida diligencia como forma de negación de la memoria histórica.* En consideración de la Corte, incumplir los compromisos internacionales asumidos para la protección del Archivo Histórico, además de llevar implícita la responsabilidad jurídica internacional del Estado y responsabilidad directa de los agresores, también da lugar a una forma específica de negación de la memoria histórica:

[E]l Archivo Histórico de la Policía Nacional posee un valor materialmente incalculable que trasciende las fronteras nacionales, ya que documenta graves violaciones a derechos humanos y posibles crímenes de derecho internacional. Por ello, es evidente que se trata de un acervo documental con alto valor moral para la memoria histórica de las familias de las víctimas, la sociedad guatemalteca en su conjunto y el resto de la humanidad. Además, constituye una importante fuente de investigación, tanto para fines científicos, literarios e históricos como para los procesos de justicia transicional. Por estos motivos, la protección y conservación del Archivo

Histórico, como garantía de no repetición de las atrocidades del pasado, es una obligación ineludible del Estado, dado su valor histórico para la humanidad, incluyendo a las actuales y las futuras generaciones (Corte Suprema de Justicia, 2020, pág. 37).

Por ende, concluyó el tribunal, la falta de debida diligencia de las autoridades reclamadas en el cuidado del Archivo configuró una forma de negación de la memoria histórica:

[T]anto el Ministerio de Gobernación como el Ministerio de Cultura y Deportes han subestimado el incalculable valor moral que para la memoria histórica del Pueblo de Guatemala y la humanidad posee el Archivo Histórico de la Policía Nacional. A raíz de esta falta de aprecio hacia un patrimonio cultural de la humanidad, se observa que han actuado de forma negligente en su cuidado, conservación y resguardo (Corte Suprema de Justicia, 2020, pág. 44).

*La obligación de desclasificar documentos que han adquirido valor histórico.* Otro aspecto relevante del fallo, es el examen que realizó el tribunal de los argumentos expresados por el entonces Ministro de Gobernación, quien pretendía recuperar el control del Archivo invocando el concepto de *seguridad nacional* como justificación para argüir alguna naturaleza “sensible” de la información existente en el Archivo, según él, dicha sensibilidad estaba respaldada en la Ley de Acceso a la Información Pública. Para desvirtuar este argumento, la Corte Suprema se apoyó en el estándar derivado del derecho de acceso a la información en contextos transicionales<sup>8</sup>, que establece la obligación del Estado de desclasificar documentos con valor histórico.

La obligación de desclasificar documentos sobre violaciones de derechos humanos, permite establecer que cualquier acto tendiente a impedir, obstaculizar o restringir el acceso a la información que documenta violaciones a derechos humanos ocurridas en el pasado, basado en el motivo que esa información se considera “sensible”, “confidencial”, “reservada” o cualquier otro motivo similar, constituye una violación al derecho a la verdad, especialmente, cuando los solicitantes de la información son las propias víctimas o sus familias (Corte Suprema de Justicia, 2020, pág. 45).

8 Ver: CIHD. Informe temático: Derecho a la verdad en las Américas, 2014. P. 239

Además, la Corte tuvo que en la justificación empleada por el Ministro de Gobernación no concurren los requisitos de razonabilidad y objetividad como condición para ser considerados constitucionalmente legítimos: razonabilidad y objetividad de la medida. En relación con el primer elemento, el tribunal consideró:

[O]poner la sensibilidad, confidencialidad o reserva de la información, constituyen motivos sin fundamento en los estándares internacionales en materia de derecho a la verdad y acceso a la información y, por ende, abiertamente inconvenientes, pues los estándares protegen lo contrario, esto es, que se abra, sin restricciones de ningún tipo, la información al público (Corte Suprema de Justicia, 2020, pág. 45).

Según la Corte, tampoco fue observado el estándar de objetividad, ya que no existe justificación para creer que en un contexto de transición, documentos que han adquirido por el transcurso del tiempo un valor histórico, sigan sujetos a restricciones basadas en la seguridad nacional. Con base en esta tesis, el Tribunal declaró prescrita la competencia administrativa del Ministerio de Gobernación, para la custodia del Archivo:

[N]o es realista sostener que los hechos del pasado deban quedar indefinidamente en secreto. La necesidad de resguardar cierta información bajo reserva o confidencialidad debe estar ligada a motivos estrictamente necesarios en una sociedad democrática, sin embargo, esta necesidad se desvanece cuando ya ha transcurrido un periodo prolongado de tiempo, pues en estas circunstancias la realidad social ya ha evolucionado, nuevas generaciones van surgiendo, junto con nuevos proyectos y nuevas expectativas de derechos. Por ello, no es objetivo ni acorde a una sociedad que aspira a consolidar el régimen democrático, luego de vivir un periodo de conflicto, negarles a las personas conocer la verdad de su pasado, sobre todo porque el transcurso del tiempo también disminuye paulatinamente la posibilidad de mantener viva la memoria histórica, con lo cual se expone a las futuras generaciones al olvido y, por ende, vulnerables a la repetición de atrocidades (Corte Suprema de Justicia, 2020, págs. 45 y 46).

Aunado a la ausencia de legitimidad constitucional, la pretendida sensibilidad opuesta por el Ministro de Gobernación, también carecía de fundamento legal. Así lo advierte la Corte en la propia Ley en que se basó el Ministro para justificar sus intenciones arbitrarias:

[E]sta Corte encuentra que la afirmación del funcionario citado contradice la propia ley que invoca, que en su artículo 24 preceptúa: En ningún caso podrá clasificarse como confidencial o reservada la información relativa a investigaciones de violaciones a los derechos humanos fundamentales o a delitos de lesa humanidad (Corte Suprema de Justicia, 2020, pág. 46).

*Los efectos del transcurso del tiempo como factor de decisión.* En la tesis del caso, la Corte Suprema de Justicia (2020, pág. 9) precisó que “en consideración de los efectos que el transcurso del tiempo comporta sobre la integridad física de los documentos existentes se hace necesario conminar a las autoridades involucradas a efecto que, en el marco de sus respectivas competencias, cumplan con debida diligencia las obligaciones derivadas de los compromisos nacionales e internacionales asumidos por el Estado de Guatemala, adoptando las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias para resolver la problemática que afecta al Archivo”.

Como puede colegirse de lo anteriormente citado, una sentencia que reconoce los efectos dañinos del transcurso del tiempo, no debería demorar en ser ejecutada sin conminatoria judicial alguna. Es una franca contradicción que habiendo la Corte Suprema establecido en su parte resolutive un plazo de 4 meses para emprender las medidas ordenadas en la sentencia, estas no hayan siquiera empezado a correr. Sin embargo, ya han transcurrido más de 7 meses, y la sentencia no ha cobrado vigencia. Esto crea un verdadero estado de insatisfacción de los derechos conculcados. Pese a que se hallaron fundados los conceptos de agravio, hoy en día subsiste el mismo estado de cosas denunciado por el Procurador de los Derechos Humanos al momento de entablar el proceso, sin que se vislumbre voluntad alguna del Ministerio de Cultura y Deportes y el Ministerio de Gobernación en dar debido cumplimiento a las medidas más urgentes de la sentencia.

### ***El estado actual del proceso***

En su parte resolutive, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia (2020, pág. 53) dictó una serie de medidas urgentes, en consideración del carácter lesivo del transcurso del tiempo y otros riesgos latentes sobre el Archivo Histórico:

- a. Como garantía de no repetición, declaró prescrita la competencia administrativa del Ministerio de Gobernación, para la custodia del Archivo Histórico de la Policía Nacional.
- b. Además, ordenó al Ministerio de Gobernación abstenerse de adoptar medidas que amenacen la integridad del Archivo Histórico de la Policía Nacional, por ser el Ministerio de Cultura y Deportes, a través del Archivo General de Centroamérica, el único competente para determinar las medidas para su conservación, resguardo y custodia y adoptar todas las medidas necesarias para trasladar el uso definitivo y/o la adjudicación del inmueble que alberga el AHPN, al Ministerio de Cultura y Deportes.
- c. Al Ministerio de Cultura y Deportes, exhortó a que por conducto de los canales institucionales respectivos, se declare al AHPN como Patrimonio Cultural de la Nación. Asimismo, le ordenó a que, en un plazo que no exceda de cuatro meses, adopte las medidas financieras, administrativas y de recurso humano suficiente y calificado, para garantizar la continuidad y sostenibilidad del proceso archivístico del AHPN, en condiciones no menores a las dejadas por el Programa de Acompañamiento a la Justicia de Transición (PAJUST). También le ordenó a que, en un plazo que no exceda de cuatro meses, elaborar un Plan para la conservación y resguardo del AHPN compatible con los estándares internacionales en materia de derecho a la verdad.
- d. Finalmente, exhortó al Congreso de la República a que prosiga el proceso de aprobación de la iniciativa que dispone aprobar la Ley del Sistema Nacional de Archivos, identificada como iniciativa 5013.

El 5 de marzo de 2020, el Ministerio de Gobernación impugnó la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia. Esto significa que la Corte de Constitucionalidad adquirió competencia de grado para conocer, de nueva cuenta, si concurren o no los agravios expresados por el amparista y emita una sentencia de segunda instancia, ya sea confirmando (quedan incólumes las órdenes y exhortativas dictadas), revocando (se anulan las órdenes y exhortativas dictadas) o modificando (se dictan otras medidas, ya sea para mejorar o disminuir la protección

concedida en primer grado; o bien, se cambian las razones a resolver del tribunal) (Artículo 67 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad).

En una interpretación restrictiva de la garantía constitucional del amparo, la referida impugnación causaría dos efectos procesales:

- a. Impide que la sentencia impugnada produzca efectos inmediatos. Dado que el Ministerio de Gobernación (MINGOB) pidió a la Corte de Constitucionalidad (CC) que revise la sentencia, esto acarrea como consecuencia que tanto las órdenes, las exhortativas, como los plazos dictados por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) al Ministerio de Cultura y Deportes (MICUDE) y al Ministerio de Gobernación no surtan efectos hasta que la Corte de Constitucionalidad resuelva en definitiva. Lo mismo ocurre respecto a la exhortativa dirigida al Congreso, relativa a que prosiga la iniciativa 5013. El tiempo para que la CC emita sentencia definitiva y cobren vigencia estas medidas es incierto, pudiendo durar desde uno, dos, hasta tres años. En la doctrina clásica del derecho procesal, este efecto se fundamenta en el principio de “efecto suspensivo de la impugnación”.
- b. Además, la impugnación permite que siga vigente el amparo provisional decidido por la CSJ el 5 de junio de 2019, el cual fue otorgado con los siguientes efectos: “1. Se deja en suspenso la nota DM-0450-2019/EADA/Ases. Ref. 2840-Ref 4539, de fecha 30 de mayo de 2019, suscrita por el Ministro de Gobernación Enrique Antonio Degenhart Asturias; 2. Se ordena a las autoridades reclamadas que garanticen las medidas de seguridad para el resguardo y la conservación de los documentos de la Policía Nacional, bajo las condiciones pactadas en el Convenio número 24-2009; y, 3. Se exhorta a las autoridades reclamadas a cumplir con lo establecido en las cláusulas quinta y sexta del referido Convenio’. Como puede advertirse, esta decisión carece de efectos positivos, pues no se precisó, en concreto, qué debe hacer cada autoridad reclamada, en qué plazo y bajo qué condiciones. Además, la resolución relacionada no es acorde a los estándares internacionales mínimos para la protección de Archivos Históricos. En ese sentido, mientras no exista una sentencia definitiva de la CC, se mantienen las prevenciones dictadas a las autoridades reclamadas, bajo las

condiciones pactadas en el Convenio número 24-2009, documento que precisamente causó la situación de incertidumbre que resolvió la sentencia emitida por la CSJ.

## **Problemática**

Dentro de la tipología de vulneraciones que pueden conjurarse por vía del amparo, se encuentra aquella que divide el agravio según el daño consumado y el daño continuado. Por eso, las medidas que adopte el tribunal constitucional para brindar una tutela constitucional efectiva deben corresponderse con la naturaleza de la vulneración sometida a su conocimiento, ello, en aras de evitar dejar sin efecto útil los derechos protegidos. En la práctica, la mayoría de los casos de amparo trasladados a justicia constitucional se relacionan con daños consumados y, por tal motivo, no es necesario adoptar medidas urgentes. Sin embargo, la situación del AHPN es completamente atípica, ya que está expuesto a un riesgo permanente que impacta en los derechos de las víctimas, de sus familias y de la población en general: el Archivo está paralizado, expuesto a destrucción, sustracción, sujeto a un grave retroceso y sin medidas óptimas que aseguren su funcionamiento, resguardo y conservación.

El estado actual del proceso constitucional deja de todos modos vulnerable el AHPN. Dada la impugnación interpuesta por el MINGOB, la sentencia emitida por la CSJ en el mes de febrero de 2020 aún no ha cobrado vigencia, *ergo*, se mantiene el amparo provisional otorgado en junio de 2019. La realidad es que este amparo provisional resulta insuficiente para librar al Archivo del riesgo continuado del que ha sido, sigue y seguirá siendo objeto –en tanto no cobre vigencia la sentencia de primer grado o la Corte de Constitucionalidad no conceda una protección cautelar–, porque no fijó plazos, no se dijo qué hacer, cómo hacer y quién debe hacer o dejar de hacer, lo cual evidencia que el amparo provisional carece de efectos positivos: se “otorgó” pero de forma vacía y alejado de los estándares internacionales. En cambio, la sentencia sí precisó efectos positivos, porque se fijaron plazos a determinados sujetos y se dispusieron conductas de hacer y de no hacer, así como su forma de cumplimiento. Este estado de cosas pone en relieve lo imperioso de considerar un cumplimiento inmediato con efectos positivos, sin recurrir al estándar de *apariencia de buen derecho*.

## **Hipótesis: prevenir un cumplimiento diferido mediante la técnica de la “actuación inmediata de la sentencia impugnada”**

### ***Noción y encuadramiento de la figura***

Juan Monroy Gálvez (2001) define la actuación de sentencia impugnada como,

[E]l instituto procesal por medio del cual se concede, a la parte que ha obtenido una decisión favorable en primer grado, el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, con prescindencia de que la resolución vaya a estar o esté recurrida por la otra parte”. (pág. 19).

La figura pertenece al campo del cumplimiento o ejecución de las sentencias constitucionales y surge modernamente en reacción a las tradicionales fórmulas civilistas que en clave de inflexibilidad procesal han servido de base para la resolución de los conflictos constitucionales pautados sobre el ya anacrónico principio del *efecto suspensivo de la impugnación*.

Diversos autores connotados –entre ellos, el ilustre profesor Gerardo Eto Cruz– han puesto su mirada en esta figura, gracias a lo cual ha tenido lugar un amplio y fructífero debate en el Derecho procesal constitucional del siglo XXI. Para el profesor peruano (Eto Cruz, 2013), el problema de la tutela de urgencia no es un asunto novedoso para el derecho procesal constitucional. De hecho, ya en su momento fue estudiado por los grandes referentes del procesalismo científico, entre ellos, Calamandrei, Chiovenda y Carnelutti. Sin embargo, no ha sido sino hasta los últimos tiempos en que la crítica a los tradicionales dogmas del procesalismo clásico ha tenido lugar en clave evolutiva, ahora bajo el prisma de las nuevas corrientes de los derechos fundamentales. Ciertamente, bajo el influjo del liberalismo clásico y el procesalismo ortodoxo de base civilista, ha existido una tendencia degenerativa que pone en relieve las formas por encima de los fines del proceso. Esa es la principal preocupación de las doctrinas modernas que propugnan por recuperar el sentido finalista de las garantías constitucionales que fue deteriorado por el fetichismo legocentrista del siglo XX.

La actuación de sentencia impugnada se encuentra conectada con las nociones de *tutela diferenciada*, *tutela satisfactiva* o *tutela anticipa-*

*toria*. Indistintamente del *nomen iuris*, la técnica descansa en la necesidad de implementar nuevos mecanismos procesales de cumplimiento para alcanzar, por una parte, que las garantías constitucionales se adapten a las nuevas dinámicas sociales –como las que emergen en el contexto de la epidemia Covid-19– y, por otra, facilitar una tutela anticipada que evite que el vencedor en primera instancia soporte la carga de una demora irrazonable en segunda instancia.

### ***Fines de la tutela anticipada***

En cuanto a sus fines, la actuación de sentencia impugnada persigue, siguiendo a Monroy Gálvez (2001): a) evitar que se produzcan agravios irreparables; b) evitar que el uso de impugnaciones dilatorias merme la satisfacción de la tutela favorecida frente al vencedor; c) ante la posibilidad objetiva de que la sentencia impugnada sea confirmada, que se produzca una protección anticipada al vencedor en juicio; d) revalorizar la sentencia de primer grado; e) humanización del trabajo judicial; y, f) conducir al proceso a producir eficacia sin dilaciones indebidas.

### ***Fundamento de la actuación de sentencia impugnada***

Al hacer el análisis de la reforma al Código Procesal Constitucional peruano, el jurista Ernesto Figueroa (2007) considera que el fundamento del derecho a la actuación anticipada de la sentencia incorporado en dicho cuerpo legal, descansa en el derecho a la tutela judicial efectiva en su variante subjetiva, es decir, la institución cumple la misión finalista de cualquier garantía constitucional: la efectividad real de los derechos constitucionales. Ciertamente, la figura ha posibilitado cumplir los fines a los que se hizo alusión anteriormente, principalmente, dotando de celeridad las herramientas procesales para que el tiempo en que un tribunal interviene en una situación urgente sea acorde al tiempo en que evoluciona dicha situación.

A diferencia de otros países, como el Código Procesal Constitucional peruano, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad aún no ha reconocido explícitamente la figura. Sin embargo, tal circunstancia no ha impedido, en el caso guatemalteco, el reconocimiento de paradigmas de justicia constitucional como la inconstitucionalidad por omisión legislativa, el control de la convencionalidad y el bloque de constitucionalidad. Ciertamente, la introducción de nuevas instituciones

procesales no ha sido una limitante para que la Corte de Constitucionalidad reconozca su existencia y aplicabilidad. Con apoyo en motivos de necesidad y razonabilidad, estos paradigmas han sido introducidos por la vía de la hermenéutica constitucional y la argumentación jurídica, en concordancia práctica con la realidad social.

Es importante indicar que el reconocimiento de estas figuras tampoco ha sido *contra legem*. La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece la interpretación extensiva como el método autorizado para aplicar las garantías constitucionales, rechazando la interpretación literal de sus disposiciones. Según su artículo 2, sus disposiciones *se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional*. De este modo, la ley procesal constitucional privilegia los derechos fundamentales, situándolos como el eje central de la interpretación y aplicación de sus normas. Ciertamente, una lectura adecuada de la citada norma, lleva a establecer con claridad que la finalidad de las garantías constitucionales no son las normas procesales, son los derechos fundamentales. De esa cuenta, las que deben adaptarse a los derechos fundamentales son los procesos, no al revés. Por estas razones, es posible, necesario y razonable examinar las virtudes de la actuación de la sentencia impugnada y apreciar objetivamente las ventajas de su incorporación al plexo de mecanismos procesales de tutela por vía de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad.

Por otra parte, también debe destacarse que las garantías constitucionales atienden también al principio evolutivo, adaptándose a las necesidades de los derechos fundamentales que los cambios sociales imponen. La actuación de sentencia impugnada, en congruencia con esa realidad, tiene asidero tanto en doctrina autorizada como en buenas prácticas comparadas de justicia constitucional que responden a la necesidad de agilizar la tutela constitucional ante situaciones apremiantes que no encuentran modo de reparación por la vía cautelar. De este modo, desde la perspectiva garantista y más allá de su naturaleza procesal, la actuación de la sentencia impugnada debe comprenderse como una institución novedosa que ha surgido en el constitucionalismo iberoamericano como una respuesta para hacer frente a la complejidad de situaciones que la evolución de los derechos demanda en una sociedad democrática, sobre todo, de cara a fenómenos como la emergencia sanitaria Covid-19.

## La tutela asegurativa vs. la tutela satisfactiva

Para lograr un cumplimiento inmediato, existen dos mecanismos que pueden contribuir a reconducir la tutela concedida al Pueblo de Guatemala y a las víctimas del conflicto armado interno, a través del Procurador de los Derechos Humanos, en relación con el Archivo Histórico de la Policía Nacional. Por un lado, el instrumento del amparo provisional regulado en el Capítulo Cuarto, del Título Dos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad o el referido instituto de la *actuación de sentencia impugnada*.

La desventaja del amparo provisional radica en que su alcance podría ser limitado, pues su naturaleza es *cautelar*, lo que significa que está ideado para conservar o asegurar la materia controvertida del amparo en tanto se emite una decisión definitiva que la resuelva, es decir, no está ideado para juzgar el fondo del litigio constitucional y esto podría restringir la posibilidad de que se acceda a una protección holística como la que se precisó en la sentencia de la Corte Suprema. En ese sentido, es viable que el tribunal constitucional de segunda instancia determine iguales o mejores medidas que las fijadas en primer grado, pero es igualmente probable que la Corte de Constitucionalidad dicte el amparo provisional, precisando efectos positivos menos favorables; o bien, en el escenario menos afortunado, disponga no establecer efectos positivos, en mérito de la naturaleza cautelar de este mecanismo, como medida destinada a conservar sin prejuzgar sobre el fondo del litigio.

A diferencia del amparo provisional, la *actuación inmediata de la sentencia impugnada* haría exigible un cumplimiento inmediato por parte del MICHUDE y el MINGOB e, incluso, por parte del Congreso, permitiendo que se adelante el corrimiento de los plazos, las órdenes y las exhortativas realizadas por el *a quo* en su sentencia, sin tener que esperar uno, dos o hasta tres años mientras pende la sentencia definitiva de la Corte de Constitucionalidad. Es decir, se lograría anticipar la actuación de la sentencia impugnada y prevenir un cumplimiento diferido para la protección efectiva e inmediata del Archivo Histórico que a la postre evite la concreción de la amenaza inminente de destrucción o pérdida a la que se halla actualmente este importante acervo cultural de la Nación.

Esta figura procesal es de naturaleza diversa al amparo provisional, pues su alcance no es meramente cautelar. La actuación anticipatoria se orienta a brindar una tutela constitucional diferenciada acorde a la

entidad de la vulneración continuada, permitiendo que la sentencia de primer grado cobre efecto inmediato, independientemente de los puntos que son objeto de la impugnación. Al respecto, Juan Monroy Gálvez (2001) indica que no debe confundirse las medidas cautelares –como el amparo provisional– con la actuación de sentencia impugnada, pues la medida cautelar se sustenta en una apariencia de derecho, mientras que en la actuación anticipada no hay apariencia, *ergo*, lo que hay es certeza objetiva de derecho.

## Conclusión

Una decisión de actuación de sentencia impugnada canalizada por la vía de la inventiva jurisprudencial fijaría por primera vez una fórmula diversa al tradicional dogma del *efecto suspensivo de la impugnación*. Según este principio, para que una sentencia actúe, primero debe haber adquirido firmeza. Sin embargo, la actuación de sentencia impugnada no debe entenderse dentro de los cánones de lo tradicional, de hecho, ha permitido en otros países –como Perú– cuestionar la validez absoluta de estos dogmas, pues se ha puesto en evidencia que el efecto suspensivo de la impugnación en muchas ocasiones obstaculiza una satisfacción integral de los derechos declarados vulnerados.

En conclusión, la técnica comentada es una oportunidad para dar paso a opciones más razonables y evolucionadas de tutelar los derechos fundamentales, que no tiene, hasta el día de hoy, un precedente similar en la justicia constitucional guatemalteca. La aplicación de la figura, para orientar el cumplimiento del caso comentado, está plenamente justificado. La intervención apremiante de Corte de Constitucionalidad para la protección del Archivo Histórico trasciende en la medida que su conservación puede impactar en la prevención de atrocidades y la tutela constitucional de la memoria histórica. Este caso no tiene parangón en la historia de la jurisdicción constitucional guatemalteca, se trata de preservar a las futuras generaciones de repetir los horrores del pasado. Por ello, su tratamiento diferenciado no debe soslayarse. Actuar la sentencia en forma anticipada, en este caso, es una forma de establecer una garantía de no repetición.

En suma, la técnica objeto de análisis es una opción propicia para provocar cambios sustantivos enfocados tanto a la temática de la ejecución de las sentencias constitucionales, un campo poco explorado

en la jurisprudencia de nuestra Corte de Constitucionalidad, como a la protección constitucional de un derecho de suma importancia para un contexto de transición democrática: el derecho a no olvidar.

## Referencias

Calvo M. (2016). La sanción penal internacional de los crímenes de guerra contra los bienes culturales. *Revista española de Relaciones Internacionales*.

Carnevali, R. (2015). El terrorismo de Estado como violación a los derechos humanos. En especial la intervención de los agentes estatales. *Revista de Estudios Constitucionales, Año 13, N° 2*, pp. 203-236.

Comisión para el Esclarecimiento Histórico (1999). *Guatemala, Memoria del Silencio*: Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico.

Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay (2006). Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez y Otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala (2012). Sentencia de 20 de noviembre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Penal Internacional (2016). Sentencia de 27 de septiembre de 2016 proferida por la Sala VIII dentro de la causa ICC-01/12-01/15. Link de la sentencia: [https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF)

Corte Suprema de Justicia (2020). Sentencia de 26 de febrero de 2020, dentro del expediente 1281-2019.

Eto, G. (2013). *Constitución y procesos constitucionales*. Tomo II. Perú, 2013.

Figueroa, E. (2007). Ejecución Provisional de Sentencias Impugnadas en los Procesos Constitucionales. Un vacío a ser llenado por la jurisprudencia. *Revista Actualidad Jurídica*.

López C., Vejarano B., y Price M. (2016). *Una mirada al Archivo Histórico de la Policía Nacional a Partir de un Estudio Cuantitativo*. Informe de Human Rights Data Analysis Group (HRDAG).

Monroy, J. (2001). La actuación de la sentencia impugnada. *Revista de derecho THEMIS* (43).

Monroy, J. La Tutela Procesal de los Derechos. Lima: Palestra Editores, 2004.

Ruiz, G. (2012). La tutela anticipativa y las medidas de satisfacción inmediata. *Academia & Derecho*, (5).

Salvioli, F., Duhaime, B. (2019). Comunicado conjunto del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición y el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. 2020, de Naciones Unidas Sitio web: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Truth/OL\\_GTM\\_30.05.19\\_3.2019.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Truth/OL_GTM_30.05.19_3.2019.pdf)

# Ciberjusticia 3.0: Cuando la tecnología encuentra a la justicia

## *Cyberjustice 3.0: When technology finds the justice*

Ennio Paolo Archila Valle<sup>1</sup>

### Resumen

En el presente trabajo se examina la incidencia que la tecnología ha tenido en el derecho a nivel general y en la justicia a nivel particular; explicándose cómo el modelo de justicia tradicional, llamado también analógico, actualmente ofrece más problemas que soluciones a los justiciables tanto desde el punto de vista operativo como normativo. Asimismo, se aborda la noción de ciberjusticia 3.0, la cual surge a partir del uso e implementación de herramientas tecnológicas en el sistema de justicia, y cuya idea principal apela a la construcción de un modelo más eficiente y efectivo, en beneficio tanto de los operadores de justicia como de los usuarios; lo que a su vez favorece e impulsa una mejor realización de la tutela judicial efectiva.

**Palabras clave:** ciberjusticia, tutela judicial efectiva, justicia analógica, audiencias telemáticas.

### Abstract

*This work consider the impact that technology has had on law at general level and justice at particular level; explaining how the traditional justice model, also called analogue, currently offers more problems than solutions to the users both operational and regulatory. Also, addresses the notion of cyberjustice 3.0, which arises from the use and implementation of technological tools in the justice system, and whose main idea appeals to the construction of more efficient and effective model, for the benefit of both justice operators and users; which in turn promotes and bring on better realization of effective judicial protection.*

**Keywords:** *cyberjustice, effective judicial protection, efficiency, automatization, e-signature, e-document, e-address, electronic notice, analog justice, virtual hearings.*

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Universidad de San Carlos de Guatemala. Maestrando en Derecho Corporativo. Universidad Rafael Landívar.

---

## **SUMARIO**

Introducción – Aproximación a la idea de Ciberjusticia 3.0  
– La Ciberjusticia 3.0 en el mundo – Breve referencia a los  
elementos operativos de la Ciberjusticia 3.0 – Reflexión final  
– Referencias.

---

# **Ciberjusticia 3.0: Cuando la tecnología encuentra a la justicia**

## ***Cyberjustice 3.0: When technology finds the justice***

*Ennio Paolo Archila Valle*

### **Introducción**

El derecho constituye un fiel reflejo de la realidad social. Si bien su quehacer requiere de una constante preparación y actualización acorde con los incesantes cambios y transformaciones que ocurren a nivel social, económico y cultural, este siempre se encuentra en un peldaño abajo de esos cambios y transformaciones que suceden en el plano fáctico.

Usualmente esta diferencia entre Derecho y realidad se mantiene en un margen estrecho y considerable; sin embargo, en los últimos años sí que se ha visto ampliada gracias a la sociedad en que vivimos, donde reina la información y el avance tecnológico (Tomeo, 2014, pág.01). Frente a tantos cambios en tan poco tiempo, la capacidad de respuesta del derecho se ha visto superada, provocando incertidumbre y falta de confianza en los ordenamientos jurídicos y sus operadores. Cada vez son más las voces que se suman a las ideas de Richard Susskind, quien con mucho acierto predijo que la manera en que los abogados ejercen la profesión y la forma en que las cortes trabajan, cambiaría radicalmente en menos de dos décadas; y, a menos que estos se adapten, muchos modelos de negocios legales tradicionales podrán desaparecer (Susskind, 2017, pág.03).

La ola de innovación y desarrollo ha sido provocada principalmente por internet, las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) y, las tecnologías emergentes (*blockchain*<sup>2</sup>, *big data*<sup>3</sup>, *inteligencia artificial*<sup>4</sup>, *realidad virtual*<sup>5</sup>, *computación cuántica*<sup>6</sup> e *internet de las cosas*<sup>7</sup>). Y es que internet constituye la manifestación principal y más representativa de una importante transformación de la realidad social, que ha alterado algunos de los fundamentos tradicionales sobre los que operan los ordenamientos jurídicos, lo que exige no solo revisar los términos en que deben ser aplicadas esas normas a los nuevos hechos, sino también incorporar nuevos valores y criterios culturales propios de la era de la información (De Miguel Asensio, 2014, págs.114-115); lo que a la postre implica una remodelación masiva en la forma de trabajar en todas las profesiones legales, que impacta en todos los sectores y niveles, tanto del derecho público como del privado (Barrio Andrés, 2019, pág.32), teniendo como consecuencia, el fin de muchas tareas rutinarias y puestos de trabajo que no agregan o suman valor al desempeño de los profesionales del Derecho (Torres Varela, 2020, pág.60).

Es precisamente a partir de la implementación de Internet y otras tecnologías de la información y comunicación que, el sector público ha comenzado a migrar al formato 3.0 (en algunos casos al 4.0<sup>8</sup>), es decir, hacia la prestación de un servicio público remoto, simple, automático, ágil e instantáneo. Una administración pública gestionada en un esquema 3.0, implica modificar los binomios tiempo/espacio-burocra-cia/ciudadanía a partir de la potenciación y actualización de tres principios rectores: optimización, simplificación y facilitación (Corvalán, 2017, pág.1), que apuntan a cambios y mejoras basadas en la automatización de procesos tradicionales.

- 
- 2 También conocida como “cadena de bloques”, es una tecnología de registro distribuidos cuya información se agrupa y vincula en cadena.
  - 3 Se refiere a grandes cantidades de datos, masivo y complejos cuyo análisis requiere de aplicaciones de procesamiento adecuado.
  - 4 Alude a las funciones cognitivas, propias del ser humano, que una máquina puede desempeñar de forma orientada o independiente.
  - 5 Es un entorno artificial creado por programas informáticos, que contiene imágenes y apariencias reales.
  - 6 Nueva vertiente de la informática que se basa en el uso de *cubits* (combinación simultánea de ceros y unos) que actualmente se encuentra en desarrollo.
  - 7 Se refiere a la conexión de internet por parte de objetos y no de personas.
  - 8 La administración pública 4.0 es la etapa que incorpora el uso masivo de inteligencia artificial –actividades predictivas– para el conocimiento, gestión, tramitación y resolución de asuntos. Sobre el particular véase: Corvalán, Gustavo. *Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial*. Diario La Ley Argentina, o, del mismo autor: *La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la Justicia: Prometea*. Diario La Ley Argentina.

Estos cambios o mejoras a partir de la tecnología también son extensivos al sector justicia, que busca encaminarse a un modelo inclusivo, eficaz y eficiente en la forma de hacer, concebir y administrar justicia, es decir, hacia una Ciberjusticia 3.0.<sup>9</sup>

## Aproximación a la Idea de Ciberjusticia 3.0

En su forma actual, el sistema de justicia sufre de una grave falta de eficiencia y eficacia que a menudo conduce a costos excesivos y retrasos prolongados (mora o retardo judicial). Problemas recurrentes de la justicia analógica como: 1) El irrespeto de los plazos procesales (que en vez de computarse por días o meses se computan por años); 2) El abuso del papel y la acumulación de expedientes físicos; 3) El rigor de las solemnidades y formalismos jurídicos; y, 4) La burocracia institucional desmesurada; pueden resolverse, mejorarse y superarse con la implementación y uso sistemático y paulatino de herramientas de tecnología moderna.

La tecnología puede, por ejemplo, ayudar a aumentar la velocidad de los procedimientos judiciales eliminando ciertos retrasos (notificaciones personales en domicilio físico, la emisión de resoluciones en soporte papel, la entrada y registro manual de datos, la consulta de expedientes en sede judicial, entre otros); y, también puede reducir los costos económicos y temporales de un proceso, permitiendo, mediante la implementación del expediente electrónico, que las partes tengan acceso remoto a las actuaciones del proceso y a su vez que los operadores de justicia realicen el trabajo a distancia<sup>10</sup>. Además, puede favorecer la presentación de escritos mediante la firma electrónica, o la implementación del casillero o domicilio electrónico para la práctica de notificaciones en un soporte distinto al papel, sin necesidad de constituirse presencialmente en el domicilio de las partes o en la sede del tribunal.

---

9 Vale advertir que la Ciberjusticia (y la administración pública) 3.0 es una estancia pasajera y transitoria que adapta e implementa la tecnología al modelo tradicional, que no genera cambios disruptivos o abruptos. Sobre esta distinción entre automatización y transformación ver Susskind, Richard, *Online Courts and the Future of Justice*. Oxford University Press.

10 También conocido como *teletrabajo*. El cual consiste en el desempeño del trabajo, fuera de las instalaciones oficiales, mediante la utilización de tecnologías de información y comunicación.

En otras palabras, la tecnología puede incrementar la productividad y disminuir los costos de transacción en el sistema de justicia, mejorando la disponibilidad de la información y generando mayor comprensión tanto en la forma en que trabajan los tribunales como en la organización de los procesos; incrementando la confianza de los justiciables en el sistema y dotando de mayor legitimidad a los operadores de justicia.

Cabe mencionar que la implementación de estas herramientas tecnológicas no surge de un capricho o moda sino nace de la necesidad de avanzar hacia un nuevo modelo que supere y no reproduzca los mismos problemas del sistema analógico. Su implementación emana de la intención de mejorar el acceso a la justicia a favor de los ciudadanos digitales y hacer frente al crecimiento exponencial de los conflictos que surgen en la red entre humanos-humanos; humanos-máquinas y, máquinas-máquinas.

De esa cuenta surge la idea de ciberjusticia 3.0, la cual consiste en la integración de las tecnologías de la información y comunicación (TIC's) en los procesos de solución de disputas judiciales, incorporando a todas las partes interesadas en la cadena de información de los casos para mejorar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Esta también representa una ideología con visión de futuro según la cual el sistema de justicia, tal como se conceptualizó hace siglos, ha llegado a una encrucijada crucial en la que debe optar entre la modernización o la momificación. En realidad, la ciberjusticia 3.0 no es solo un término orientado a la tecnología, pues no trata únicamente de la integración de la tecnología en el sistema de justicia, más bien, tiene como objetivo redefinir la idea misma de la justicia, y descubrir cómo puede y debe proporcionarse en nuestra sociedad moderna (Cyberjustice Laboratory, 2019, 20-21).

Asimismo, la ciberjusticia 3.0 también puede considerarse como un campo específico bajo el paraguas general de la administración 3.0 y el gobierno electrónico, en virtud que es útil para aumentar la cooperación entre las autoridades y dependencias del Estado y el fortalecimiento de la transparencia en el ejercicio de la judicatura; lo que permite mejor fiscalización y control por parte de la ciudadanía (incluyendo la evaluación cualitativa y cuantitativa) de los operadores del sistema y la forma en que se administra e imparte justicia. Es a cuenta de lo anterior, que se puede conceptualizar este modelo de justicia como aquel que saca partida del

uso e implementación de la tecnología para extender su alcance más allá de los usos y costumbres de las cortes tradicionales, dirimiendo disputas de una forma más eficiente, eficaz y efectiva.

## La Ciberjusticia 3.0 en el mundo

La modernización del sector justicia y los cambios en la forma y modo de resolver disputas se encuentran en marcha desde hace algún tiempo en muchas latitudes del planeta, y, aunque existen dudas sobre su viabilidad y aplicación en un entorno sumamente tradicional, ciertas jurisdicciones se han apuntado a dichos cambios.

Por ejemplo, en el año 2011 Argentina introdujo su primera Ley<sup>11</sup> sobre ciberjusticia 3.0, la cual autoriza la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales; misma que se integra con la basta normativa emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre las que destacan: Acordada número 14/2013<sup>12</sup>; acordada número 38/2013<sup>13</sup>; Acordada número 11/2014<sup>14</sup>; Acordada número 16/2016<sup>15</sup>; y, Acordada número 11/2020<sup>16</sup>.

Por su parte, Chile cuenta con la Ley que modifica el Código de Procedimiento Civil chileno<sup>17</sup>, con el fin de establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales, creando para el efecto la carpeta electrónica, e imponiendo la obligación de digitalización de documentos físicos. Igualmente, introduce y reconoce los principios de: equivalencia funcional del soporte electrónico, fidelidad, publicidad, buena fe,

11 Ley número 26.685 del Congreso de la Republica de Argentina, sancionada el 1 de junio de 2011, promulgada el 30 de junio de 2011 y publicada en el Boletín Oficial el 7 de julio de 2011.

12 Sancionada el 21 de mayo de 2013 y publicada en el Boletín Oficial el 23 de mayo de 2013, la cual trata sobre la aplicación obligatoria del Sistema de Gestión Judicial.

13 Sancionada el 15 de octubre de 2013 y publicada en el Boletín Oficial el 17 de octubre de 2013, la cual versa sobre las notificaciones electrónicas para todos los fueros e instancias del Poder Judicial.

14 Sancionada el 29 de abril de 2014 y publicada en el Boletín Oficial el 07 de mayo de 2014, que dispone lo relativo al domicilio electrónico.

15 Sancionada el 07 de junio de 2016 y publicada en el Boletín Oficial el 09 de junio de 2016, que aprobó el reglamento para el ingreso de causas por medios electrónicos, sorteo y asignación de expedientes en forma gradual.

16 Sancionada el 13 de abril de 2020 y publicada en el Boletín Oficial el 15 de abril de 2020, que determina el uso de la Firma Electrónica y Digital y Celebración de Acuerdos Virtuales en el Ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

17 La Ley número 20.886 del Congreso Nacional de la República de Chile, que modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la Tramitación Digital de los Procedimientos Digitales, fue promulgado el 14 de diciembre de 2015 y publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 2015, habiendo entrado en vigor 6 meses después de su publicación.

actualización de los sistemas informáticos, y de cooperación<sup>18</sup>. La referida ley se complementa con el texto reformado del Auto Acordado<sup>19</sup> para la aplicación en el Poder Judicial de la Ley número 20.886, en el sentido de regular, entre otros, el sistema de búsqueda de causas, el sistema de georreferenciación de actuaciones de los receptores judiciales, y la carpeta electrónica.

Es preciso señalar que en algunos países la modernización del sector justicia y su transición a una justicia digital se ha visto acelerada a causa de la pandemia Covid-19 que azotó al mundo. Sirva como ejemplo el caso de España, que a pesar de contener disposiciones encaminadas a la ciberjusticia<sup>20</sup> (de escaso uso), se vio obligada a emitir normas para mitigar la situación crítica de la administración de justicia, a saber: 1) El Real

18 El contenido íntegro del artículo 2° de la Ley 20.886 dice: "Principios. La tramitación de las causas regidas por la presente ley se sujetará a los siguientes principios generales: a) Principio de equivalencia funcional del soporte electrónico. Los actos jurisdiccionales y demás actos procesales suscritos por medio de firma electrónica serán válidos y producirán los mismos efectos que si se hubieren llevado a cabo en soporte papel. b) Principio de fidelidad. Todas las actuaciones del proceso se registrarán y conservarán íntegramente y en orden sucesivo en la carpeta electrónica, la que garantizará su fidelidad, preservación y la reproducción de su contenido. c) Principio de publicidad. Los actos de los tribunales son públicos y, en consecuencia, los sistemas informáticos que se utilicen para el registro de los procedimientos judiciales deberán garantizar el pleno acceso de todas las personas a la carpeta electrónica en condiciones de igualdad, salvo las excepciones establecidas por la ley. No obstante lo anterior, las demandas, las presentaciones relativas a medidas cautelares, incluso aquellas solicitadas en carácter prejudicial, y a otras materias cuya eficacia requiera de reserva serán accesibles únicamente al solicitante mientras no se haya notificado la resolución recaída en ellas. Se prohíbe el tratamiento masivo de los datos personales contenidos en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, sin su autorización previa. La infracción cometida por entes públicos y privados a lo dispuesto en este inciso será sancionada conforme a la ley N° 19.628. La Corte Suprema regulará mediante auto acordado la búsqueda de causas en el sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial. d) Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe. e) Principio de actualización de los sistemas informáticos. Los sistemas informáticos de tramitación del Poder Judicial deberán ser actualizados a través de la Corporación Administrativa del Poder Judicial con el objeto de permitir su correcto funcionamiento y la más fluida y expedita interconexión e interoperabilidad entre sí y con otras instituciones públicas. f) Principio de cooperación. Los auxiliares de la administración de justicia, las instituciones públicas y el Poder Judicial deberán cooperar entre sí en la utilización de medios electrónicos con el objeto de garantizar la interconexión e interoperabilidad de los sistemas informáticos y, en particular, el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación respectivos. Para ello, las instituciones públicas y los tribunales propenderán a la celebración de convenios de cooperación."

19 Acta número 85-2019 de la Corte Suprema de Justicia de Chile, acordada el 5 de junio de 2019 y publicada en el Diario Oficial el 14 de junio de 2019.

20 El artículo 229 de la Ley Orgánica número 6/1985 del Poder Judicial establece que: "1. Las actuaciones judiciales serán predominantemente orales, sobre todo en materia criminal, sin perjuicio de su documentación. 2. Las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante juez o tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la ley. 3. Estas actuaciones podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes y la salvaguarda del derecho de defensa, cuando así lo acuerde el juez o tribunal. En estos casos, el letrado de la Administración de Justicia del juzgado o tribunal que haya acordado la medida acreditará desde la propia sede judicial la identidad de las personas que intervengan a través de la videoconferencia mediante la previa remisión o la exhibición directa de documentación, por conocimiento personal o por cualquier otro medio procesal idóneo."

Decreto-ley número 16/2020<sup>21</sup> de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que incorpora la celebración de actos procesales mediante presencia telemática (artículo 19) y la dotación de medios e instrumentos electrónicos y sistemas de información a los operadores de justicia (disposición final primera); y, 2) La Ley 3/2020<sup>22</sup> de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que si bien es cierto deja sin efecto la normativa anteriormente citada también lo es que incorpora nuevamente la celebración telemática de actos procesales hasta el 20 de junio de 2021.

Por otro lado, a nivel local la ciberjusticia 3.0 se ha ido introduciendo de manera paulatina y dispersa sin directrices y planes concretos respecto al grado de su implementación y uso en el sistema de justicia. Aun así, se cuenta con un marco normativo semilla que incorpora instituciones jurídico-tecnológicas que pueden señalar el camino de la modernización en los próximos años.

La primera normativa sobre el tema fue el Reglamento de Sistema de Gestión de Tribunales<sup>23</sup> –SGT– que determina la implementación de un sistema informático, único y obligatorio, con el objeto de fortalecer el registro de información de los procesos, la programación de las audiencias y la generación de reportes fidedignos y confiables de la labor de los diferentes órganos jurisdiccionales. De la mano del SGT en 2011 también entró en vigor la Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial<sup>24</sup>, que trata de fomentar (pues la adhesión al sistema de notificaciones electrónicas es facultativa y voluntaria) la práctica de notificaciones electrónicas en los procesos judiciales y asuntos administrativos del poder judicial.

En el ámbito de la justicia “común” u “ordinaria” también se emitieron, entre otras, las siguientes normas: 1) Acuerdo 11-2012 de la Corte Suprema de Justicia<sup>25</sup> que crea el Sistema de Notificaciones elec-

21 El Real Decreto-ley 16/2020 de 28 de abril de 2020, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 29 de abril de 2020, entrando en vigor el 30 de abril de 2020.

22 La Ley 3/2020 de 18 de septiembre de 2020, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el 19 de septiembre de 2020, entrando en vigor el 20 de septiembre de 2020.

23 El Acuerdo número 20-2011 de la Corte Suprema de Justicia, que contiene el Reglamento de Sistema de Gestión de Tribunales, fue emitido el 8 de julio de 2011 y publicado en el Diario de Centro América el 15 de julio de 2011.

24 El Decreto número 15-2011 del Congreso de la República, que contiene la Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial, fue emitido el 22 de septiembre de 2011, promulgado el 7 de octubre de 2011 y publicado en el Diario de Centro América el 18 de octubre de 2011.

25 El Acuerdo 11-2012 de la Corte Suprema de Justicia, fue emitido el 15 de febrero de 2012 y publicado en el Diario de Centro América el 13 de abril de 2012.

trónicas y desarrolla las normas procedimentales y reglamentarias de la Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial; 2) Acuerdo número 53-2012 de la Corte Suprema de Justicia<sup>26</sup> que impulsa la implementación de la “Carpeta Judicial Electrónica” y la “Política Cero Papel”; 3) Acuerdo número 75-2017 de la Corte Suprema de Justicia<sup>27</sup> que implementa la firma electrónica interna jurisdiccional del Organismo Judicial y la firma electrónica avanzada institucional en las actuaciones judiciales de los órganos jurisdiccionales y las unidades administrativas; 4) Acuerdo número 35-2020 de la Corte Suprema de Justicia<sup>28</sup> que crea el Reglamento de Audiencias por Medios Electrónicos de Comunicación Audiovisual en tiempo real; y, 5) Acuerdo número 39-2020 de la Corte Suprema de Justicia<sup>29</sup> que modifica las disposiciones contenidas en el reglamento de la Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial.

Con relación a la justicia constitucional, la Corte de Constitucionalidad dio sus primeros pasos en materia de ciberjusticia 3.0 mediante el Acuerdo número 01-2013<sup>30</sup>, a través del cual se autoriza el uso e integración de documentos electrónicos, la formación del expediente electrónico y la práctica de notificaciones electrónicas. Como complemento de los preceptos aludidos, la Corte emitió el Acuerdo número 03-2016<sup>31</sup> que reglamenta el funcionamiento de sus servicios electrónicos creando el Sistema Informático de Expedientes de la Corte de Constitucionalidad –SIECC–. Este sistema facilita la recepción, registro, gestión, resolución y notificación de los actos procesales relativos a las garantías constitucionales, y reconoce como usuarios a los funcionarios y empleados de dicha Corte y a todos los sujetos interesados que se hayan adherido voluntariamente al sistema. Por último y de manera reciente la Corte de Constitucionalidad ha emitido el Acuerdo 03-2020<sup>32</sup> por medio del cual regula

26 El Acuerdo número 53-2012 de la Corte Suprema de Justicia, fue emitido el 19 de septiembre de 2012 y publicado en el Diario de Centro América el 28 de septiembre de 2012.

27 El Acuerdo número 75-2017 de la Corte Suprema de Justicia, fue emitido el 4 de octubre de 2017 y publicado en el Diario de Centro América el 13 de octubre de 2017.

28 El Acuerdo número 35-2020 de la Corte Suprema de Justicia, fue emitido el 12 de agosto de 2020 y publicado en el Diario de Centro América el 07 de septiembre de 2020.

29 El Acuerdo número 39-2020 de la Corte Suprema de Justicia, fue emitido el 2 de septiembre de 2020 y publicado en el Diario de Centro América el 9 de septiembre de 2020.

30 El Acuerdo número 01-2013 de la Corte de Constitucionalidad, fue emitido el 09 de diciembre de 2013, publicado en el Diario de Centro América el 13 de diciembre de 2013 y entró en vigor el 01 de febrero de 2014.

31 El Acuerdo número 03-2016 de la Corte de Constitucionalidad, fue emitido el 08 de marzo de 2016 y publicado en el Diario de Centro América el 28 de marzo de 2016.

32 El Acuerdo número 03-2020 de la Corte de Constitucionalidad, fue emitido el 08 de junio de 2020 y publicado en el Diario de Centro América el 09 de junio de 2020.

y reglamenta pormenorizadamente lo relativo a la celebración de vistas públicas por videoconferencia.

## Breve referencia de los elementos operativos de la Ciberjusticia 3.0

Si bien es cierto que desde el punto operativo la ciberjusticia 3.0 es practicable y viable gracias a la actividad intelectual que despliegan los operadores de justicia<sup>33</sup> (jueces, auxiliares del juez y personal técnico-administrativo), también lo es que el elemento diferenciador de esta radica en las herramientas aplicadas y orientadas a la resolución de disputas, las cuales constituyen en sí mismas tecnologías de información y comunicación que facilitan la labor de aquellos. Entre las herramientas más relevantes y que más impacto han generado en el sistema de justicia se encuentran las siguientes:

**1. Firma Electrónica.** La firma electrónica, que engloba todo tipo de firma realizada por medios digitales, como las claves o contraseñas de acceso, clic de aceptación sobre una casilla en un sitio web o la imagen digital de una firma manuscrita adjunta a un documento electrónico (Hocsmán, 2005, págs.360-361), se divide en: firma electrónica y firma electrónica avanzada. Según la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas –LCFE–<sup>34</sup> la primera consiste en “datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica”. La segunda es aquella “realizada mediante la transpor-tación de un registro electrónico utilizando criptosistemas asimétricos y función *hash*, de modo que la persona que tiene el mensaje de origen y la clave pública del signatario puede determinar si la transformación se efectuó por medio de la clave privada que se corresponde con la clave pública que él tiene, y si el mensaje original fue alterado desde que se hizo la transformación” (Sarra, 2001, pág. 389).

33 Concepción que puede cambiar eventualmente con las mejoras de algoritmos y la implementación de jueces robots. Como ha sucedido en la República de Estonia, en donde se piensa implementar la inteligencia artificial en juicios menores y así acelerar decenas de casos en situación de mora judicial.

34 El Decreto número 47-2008 del Congreso de la República, que contiene la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, fue emitido el 19 de agosto de 2008, promulgado el 16 de septiembre de 2008 y publicado en el Diario de Centro América el 23 de septiembre de 2008.

La firma electrónica avanzada aspira abarcar todos los usos tradicionales de una firma manuscrita con consecuencias jurídicas, tales como: identificar a una persona, proporcionar certidumbre en cuanto a su participación personal en el acto de la firma, y vincular a esa persona con el contenido de un documento (CNUDMI, 2002, págs.23, 48-49).

En cuanto a sus objetivos, es necesario señalar que esta surge de la necesidad, de los usuarios y los Estados, de garantizar la autenticidad de datos y archivos compartidos y la identidad de los sujetos involucrados en las comunicaciones y operaciones tanto jurídicas como comerciales (comercio electrónico) que se gestaban, cada vez con más habitualidad, por medio de internet<sup>35</sup>. Sin embargo, su uso se ha extendido a otros sectores y actividades, como la administración tributaria, la seguridad social y la atención sanitaria, ya que en el marco de las comunicaciones de las administraciones nacionales y entre las distintas oficinas, entidades y dependencias que la componen y entre estas y los ciudadanos y agentes económicos, resulta relevante contar con un mecanismo de seguridad técnica y jurídica que sea similar a las firmas manuscritas.

Así el artículo 5 del Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas<sup>36</sup> reconoce su uso e implementación al señalar que “los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de la firma electrónica. En consecuencia, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos por escrito y en soporte papel.”. Su pleno reconocimiento, ha generado un sin número de oportunidades y ventajas impensables para los empleados y funcionarios públicos, y particularmente, para aquellos que forman parte del sistema de justicia.

Ello es así, porque históricamente los actos procesales han encontrado en la firma manuscrita uno de los presupuestos esenciales para su validez; como acertadamente lo señala Carlos Ordóñez, para la

35 Entre las primeras normativas sobre firma electrónica destacan: La Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa emitida el 13 de diciembre de 1999 –sin vigencia y validez desde el 30 de junio de 2016–; y, La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre las Firmas Electrónicas de fecha 05 de julio de 2001.

36 Acuerdo Gubernativo número 135-2009 emitido el 08 de mayo de 2009 y publicado en el Diario de Centro América el 13 de mayo de 2009.

presentación de una solicitud o escrito, emisión de una resolución, el envío de una cédula de notificación u oficios, elaboración de actas de audiencia o la remisión de expedientes a otros tribunales, se requiere de la firma en papel de la persona idónea para que el acto adquiriera relevancia jurídica y produzca los efectos procesales deseados (Camps, 2019, Tomo II, pág.84). Lo que ha conducido a extremismos burocráticos poco deseados por el sistema de justicia.

Por fortuna esta tendencia se ha revertido con el paso del tiempo, pues las autoridades judiciales cada día son más conscientes de las ventajas y beneficios que ofrece el uso e implementación de la firma electrónica (en sus dos vertientes) en la práctica tribunalicia; verbigracia, las resoluciones y comunicaciones compartidas entre tribunales que son emitidas con la seguridad que estas no serán alteradas ni reemplazadas por otras o la emisión de documentos con mayor celeridad y agilidad por parte de jueces y tribunales.

En la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, los magistrados, por disposición del Acuerdo 03-2016, se encuentran facultados para usar la firma electrónica avanzada y así conocer, votar, autorizar y firmar las sentencias y otras resoluciones, en un solo acto no presencial (artículos 28, 29 y 31). Para ello, cada uno cuenta con un código de validez encriptado por el Sistema Informático de Expedientes de la Corte de Constitucionalidad –SIECC– y con un *token* que permite certificar la firma de quien suscribe (artículos 30 y 32). De igual forma el Organismo Judicial, con fundamento en los Acuerdos número 8-2017 y 75-2017, hace uso de la firma electrónica y la firma electrónica avanzada en las actuaciones judiciales (decretos, autos, sentencias, despachos, oficios o certificaciones) y en las comunicaciones interinstitucionales.

Aunque se espera que más adelante su uso, aplicación y reconocimiento se extienda a usuarios externos como abogados, usuarios y otros sujetos procesales, es indudable que la firma electrónica ha generado un impacto significativo en la forma y modo de trabajar de los operadores de justicia, constituyéndose como una herramienta esencial de la ciberjusticia 3.0.

**2. El Documento Electrónico.** El documento se encuentra muy ligado al principio de escritura, puesto que es el soporte mediante el cual se prueba o acredita algo, o como dice Carnelutti “no es solo una cosa, sino una cosa representativa capaz de representar un hecho” (Carnelutti,

1982, pág.156). Desde el punto de vista procesal, el documento alude a las formas en que los actos procesales se materializan.

Con base a esa noción amplia, el documento electrónico puede hacer las veces de un documento tangible o físico dentro de un proceso, ya que cumple con la función principal de representar un hecho, sin importar que su soporte se encuentre en bits y no en átomos. Así pues, el documento electrónico surge del “criterio de equivalencia funcional” basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones. El documento de papel cumple las funciones de proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades y los tribunales. Respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos (CNUDMI, 1999, pág.21).

De esa cuenta, el documento electrónico alude al documento que es creado o elaborado en un programa que permite su percepción y comprensión gracias a las señales electromagnéticas captadas por un dispositivo (Altmark y Molina; 2012, Tomo I, págs. 545-547) y grabadas o registradas en una memoria (-*nube*, memorias portátiles, servidores locales-). Este concepto es incorporado por el Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, que en su artículo 2 establece que documento electrónico es “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”. Su creación, expresión o representación no se limita a un método en particular, ya que el documento electrónico se puede generar por medio de diversas aplicaciones (de escritorio u *on-line*) que incorporan funciones tales como procesadores de texto, hojas de cálculo, lectores de imágenes, visualizadores o lectores de texto e imágenes, editores de texto o automatizadores de documentos.

En el sistema de justicia, el documento electrónico se utiliza técnica y legalmente como un medio de expresión de los actos procesales que surgen en un proceso, en sustitución del documento en papel. Su uso y presentación puede variar dependiendo del sujeto que lo utiliza: Los producidos por las partes y, los documentos electrónicos creados por los jueces o tribunales.

A nivel local, la Corte de Constitucionalidad reconoce ambos casos de uso por medio del Acuerdo 03-2016. Allí se establece que los documentos que se presenten por medios electrónicos se tendrán por recibidos a partir del día y hora de ingreso al sistema (artículo 4) y que estos deben contar con la firma y sello del abogado, así como los timbres respectivos, y cumplir con las formalidades que señalan las leyes de la materia, incluyendo el número de referencia del expediente respectivo (artículos 13, 14, 15 y 16). De igual modo, se establece la consolidación de la gestión documental electrónica por parte de la Corte, con el fin de dejar constancia digital de todas las actuaciones de trámite y de fondo de las garantías constitucionales (artículos 19 y 20). Por su parte, el Organismo Judicial, mediante el Acuerdo 53-2012 ha implementado la “política cero papel”, que incentiva que los actos judiciales, como la generación de cédulas de notificación, los proyectos de autos y sentencias, las comunicaciones entre tribunales (oficios, despachos, exhortos) y la generación de reportes e informes, se realicen en forma electrónica (artículos 4 y 5).

Así pues, el documento electrónico se ha consolidado como un elemento de la ciberjusticia 3.0, ya que facilita la creación y presentación de actos procesales de forma eficiente y, coadyuva a la mitigación de la burocracia institucionalizada y el culto al papel.

**3. Domicilio y Notificaciones Electrónicas.** Como manifiesta Carlos Ordóñez, la irrupción de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC's) afectó muchos aspectos de la estructura de los actos procesales, y en especial, el entorno donde estos se llevan a cabo. El juez trasladó su despacho a un espacio inmaterial y las partes cambiaron su estancia real a una dimensión virtual, donde despliegan, de forma paralela, pero con más frecuencia, no sólo una vida social sino también el pleno ejercicio de sus derechos (Camps, 2019, Tomo II, págs. 57 y 61).

El concepto tradicional de domicilio procesal –vinculado a un zona geográfica determinada– ha sufrido un desplazamiento significativo. Esa conexión con lo tangible y material, como atributo de las partes procesales, es actualmente irrelevante desde el punto de vista de las redes sociales, comercio y contratación electrónica, y las comunicaciones e intercambio de información en red. Con ese fin, surge el domicilio electrónico, el cual se encuentra revestido de muchas complejidades, pero que de a poco se consolida entre los caracteres de la identidad digital (como un atributo de la personalidad virtual) y como el canal oficial para el cumplimiento y recepción de actos procesales.

Según Ordóñez, el domicilio electrónico se considera como el servicio de red oficial que se utiliza para recibir notificaciones y enviar documentos electrónicos o archivos inmateriales, así como cualquier otro tipo de comunicaciones, en el marco de un proceso judicial, a través de sistemas informáticos reglamentariamente reconocidos, que permiten la instantaneidad e inalterabilidad del acto, comunicación o documento y la identificación del remitente y destinatario (Camps, 2019, Tomo II, pág. 62).

Existe la noción que el domicilio electrónico consiste en el correo electrónico que las personas emplean en sus actos de comunicación. Aunque pueden estar ligados, el domicilio electrónico, como se apuntó, consiste en una plataforma oficial creada (aplicación, sitio web o herramienta de escritorio) por las autoridades de justicia exclusivamente para los actos de comunicación entre los sujetos procesales que intervienen en un proceso. De modo que, el domicilio electrónico tiene una vinculación especial y directa con las notificaciones electrónicas.

Con relación a las notificaciones, vale decir que estas parten del principio de contradicción, de forma que, todo acto procesal debe ser comunicado a las partes que intervienen en un proceso. Dentro del régimen procesal, la notificación es un acto de comunicación a cargo de los órganos jurisdiccionales, revestido de formalidades legales y con fuerza jurídica vinculante para los sujetos procesales (Alsina, 1963, Tomo I, págs. 695-698). La forma habitual de los tribunales de practicar las notificaciones y comunicar los actos procesales ha sido por medio de las notificaciones presenciales (personales por cédula), en donde el tribunal se traslada al domicilio (físico) de los litigantes.

Empero, al igual que el domicilio, las notificaciones y la forma en que estas se practican han cambiado a merced del expediente electrónico y la ciberjusticia 3.0. Al decir de Gastón Bielli y Andrés Nizo la notificación electrónica es un medio de notificación fehaciente, ágil y eficiente, que se materializa únicamente en un soporte electrónico-digital, que permite enviar archivos y comunicaciones y la propia cédula desde cualquier sitio. Su uso imprime dinamismo a los procesos, la eliminación de dilaciones indebidas, la transparencia de las actuaciones y la comunicación inmediata de las resoluciones judiciales (Camps, 2019 Tomo I, págs. 617-619).

El problema del uso e implementación de las notificaciones electrónicas es que requieren la aceptación expresa y voluntaria de una o todas las partes, lo cual provoca que los tribunales y juzgados no puedan optimizar en su totalidad las funciones de comunicación y traslado de los actos procesales, pues persiste la carga temporal que conlleva el diligenciamiento de una notificación personal y en papel en el domicilio físico de las partes.

Esta línea es seguida por la Ley Reguladora de las Notificaciones por Medios Electrónicos en el Organismo Judicial, que contempla la adhesión al sistema de notificaciones electrónicas de las partes, sus abogados e interesados de forma voluntaria y expresa (artículo 1). Asimismo, los Acuerdos 11-2012 y 39-2020, regulan lo relativo al Sistema de Notificaciones Electrónicas para que las partes o sus abogados puedan señalar en cada proceso la dirección electrónica –Casillero Electrónico– para ser notificados de las resoluciones emitidas en los procesos que se tramitan en el Organismo Judicial. Del mismo modo, la Corte de Constitucionalidad se ha apuntado a la implementación y reconocimiento de ambas figuras jurídicas. El propio Acuerdo 03-2016, contempla que el buzón electrónico es el espacio virtual a disposición de los usuarios para la presentación de solicitudes y escritos por internet (artículo 7), y que el casillero electrónico es el medio creado para depositar las cédulas de notificación que correspondan, el cual estará disponible en la página web de la Corte (artículos 8 y 9).

**4. Las Audiencias Remotas o Telemáticas.** La audiencia constituye el acto procesal mediante el cual el juez o tribunal recibe declaraciones o alegatos de los sujetos procesales que se expresan en forma verbal (Palacio, 1984 Tomo IV, pág.131). La audiencia permite al juzgador observar y conocer los hechos controvertidos de forma directa y simultánea,

facilitando el contacto con las partes y otros sujetos procesales (inmediación). También facilita que las comunicaciones y actos procesales se realicen y lleven a cabo en el menor tiempo posible (economía) y en la menor cantidad de actos posibles (concentración). Permite que los actos procesales puedan ser presenciados o conocidos incluso por quienes no forman parte en el proceso (publicidad); y, posibilita que las comunicaciones de los sujetos procesales se realicen verbalmente (oralidad). Contribuyendo así a la simplificación del proceso y a una vinculación más estrecha entre los sujetos procesales.

Aun cuando la oralidad trae aparejada cierta modernización e implementación tecnológica, los procesos de esta naturaleza están pensados, regulados y organizados en función de la presencia física de las partes, abogados y operadores de justicia (Güemes, 2020, pág.1). De hecho, su éxito o fracaso depende en gran parte de la comparecencia e intervención directa del juez, quien es el encargado de organizar, dirigir y fiscalizar los actos procesales acaecidos en tiempo real.

Empero, con la actual pandemia, las cortes se han visto en la necesidad de optar por la reinención del sistema oral, empleando e introduciendo herramientas de videoconferencia o de texto, voz e imagen, con el propósito de garantizar el acceso a la justicia. Aplicaciones como: *Zoom*<sup>37</sup>, *WebEx*<sup>38</sup>, *Google Meet*<sup>39</sup>, *Jitsi Meet*<sup>40</sup>, *Skype*<sup>41</sup> o *TeamViewer*<sup>42</sup>, han resultado ser paliativos de gran valor durante la crisis judicial de 2020.

Estas plataformas o aplicaciones tienen como función principal proporcionar servicios de comunicación a distancia y en tiempo real por medio de un software punto a punto basado en la nube, y, son utilizadas para el trabajo a distancia, *e-educación*, relaciones sociales, y videoconferencias. Al respecto, la videoconferencia ha sido concebida como aquella herramienta virtual que comprende las tecnologías para

37 Programa de videollamadas y reuniones virtuales, accesible desde computadoras de escritorio, computadoras portátiles, teléfonos inteligentes y tabletas; fabricado por Zoom Video Communications.

38 Programa de videoconferencias, reuniones en línea, uso compartido de pantalla y seminarios web, propiedad de Cisco.

39 Servicio de videotelefonía que sustituye a Google Hangouts; que es desarrollado por Alphabet Inc.

40 Aplicación de videoconferencia, Voz sobre protocolo de internet y mensajería propiedad de 8x8. Esta es la única de software libre y código abierto.

41 Programa, propiedad de Microsoft Corp, que permite comunicaciones de texto, voz y vídeo por medio de Internet.

42 Software que permite conectarse remotamente a otro equipo y compartir y controlar escritorios, reuniones en línea, videoconferencias y transferencia de archivos entre ordenadores. Es propiedad de TeamViewer AG.

la recepción y transmisión de señales de audio y video por parte de usuarios que se encuentran en diferentes ubicaciones físicas, con el objeto de efectuar comunicaciones en tiempo real (Bielli, Ordóñez, Quadri, 2020, Pág.02).

En ese sentido, y sobre la base que la forma más adecuada del proceso oral será aquella que en mayor medida asegure el cabal conocimiento de los procesos, su tramitación ininterrumpida y la obtención de resoluciones fundadas, el sistema de justicia emplea la videoconferencia –audiencias remotas o telemáticas– como medio para la presentación de alegatos o declaraciones o mecanismo para el diligenciamiento de pruebas y lectura de sentencias. Desde luego que para asegurar el correcto desarrollo de las audiencias remotas y la minimización del impacto de las posibles eventualidades que pudieran suscitarse en el desarrollo de estas, los sujetos procesales deben encontrarse capacitados y familiarizados con los aspectos técnicos de las plataformas aludidas. Así será importante que las personas conozcan de antemano la velocidad de conexión de Internet o que cuenten con un dispositivo con cámara web y audio para su interacción durante la audiencia.

En Guatemala, el reconocimiento e implementación de las audiencias remotas surge a partir de la pandemia. Tanto el Organismo Judicial como la Corte de Constitucionalidad han emitido disposiciones normativas para tales fines.

El primero mediante el Acuerdo número 35-2020 que reglamenta las audiencias por medios electrónicos de comunicación audiovisual en tiempo real, donde destaca la necesidad de un casillero electrónico previamente constituido para poder participar y la capacidad mínima de internet, la cual deberá ser al menos de 2 megabits por segundo de ancho de banda (artículo 5); la posibilidad de presentar documentos electrónicos y, las consecuencias por una falla técnica durante la audiencia (artículo 9). Por su parte, la Corte de Constitucionalidad regula las audiencias remotas mediante el Acuerdo número 3-2020 que contiene las disposiciones reglamentarias para la celebración de vistas públicas por videoconferencias. En estas disposiciones también resalta la importancia del casillero electrónico (artículo 3); las pruebas técnicas que permiten determinar si el usuario cuenta y cumple con los requisitos de conexión mínima y equipo electrónico adecuado (artículo 4); las consecuencias de

las fallas en la realización de las vistas públicas (artículo 6); y, su transmisión en los sitios oficiales de la Corte (artículo 7).

De lo expuesto se desprende que, si bien es cierto que el uso, implementación y celebración de las audiencias telemáticas presentan nuevos retos; también lo es que, representan una oportunidad para consolidar la ciberjusticia 3.0.

**5. El Expediente Electrónico.** Todas las herramientas anteriormente mencionadas (firma electrónica, documento electrónico, notificaciones electrónicas y la implementación de audiencias remotas) constituyen y forman el expediente electrónico.

Sobre el expediente, Couture (1983) ha dicho que consiste en “un legajo de actuaciones o piezas escritas que registran los actos procesales realizados en un juicio, litigio o proceso, ordenadas cronológicamente y foliadas en forma de libro, provistas de una carátula destinada a su individualización” (pág.276). Con base al concepto aportado, se puede establecer que el objeto primordial del expediente (físico o electrónico) consiste en registrar y organizar los actos procesales (resoluciones, cédulas de notificación y escritos) que se van suscitando en el proceso, constituyéndose como un medio de consulta para los operadores de justicia, las partes procesales y otros sujetos interesados.

Además, como apunta Alicia Warlet, el expediente electrónico tiene como objetivos el dar transparencia a los actos procesales, el acceso remoto a las actuaciones del proceso, e incentivar el trabajo a distancia (tanto de los operadores de justicia como de los sujetos procesales) y la gestión más eficiente del caso; con el propósito de fomentar gradualmente la desaparición del papel en las oficinas, la disminución de costos y los espacios de almacenamiento físicos, generando no solo un entorno más saludable sino también en beneficio del ambiente (Ordoñez, 2019, pág.42).

De esa cuenta, el expediente electrónico se puede entender como el

...conjunto sistematizado de actuaciones, peticiones y resoluciones, referidas a una pretensión efectuada ante un organismo administrativo o judicial, en el que la información se registra en soportes electrónicos, ópticos o equivalentes, y es recuperable mediante los programas y el equipamiento adecuados, para ser entendido por los agentes del sistema –magistrados,

funcionarios, agentes, letrados, peritos, litigantes en general-. (Molina Quiroga, 2010, pág.2)

Este también puede ser entendido como un conjunto de documentos electrónicos, notificaciones electrónicas y grabaciones de audio y video, que forman parte de un procedimiento administrativo o judicial, que se registran, almacenan, organizan y comparten en una plataforma (de escritorio u *on-line*) interoperable, interconectada e interactiva a la que los sujetos procesales tienen acceso remoto. Su uso e implementación ofrece las ventajas siguientes:

- a) Descentralización. No se encuentra localizado en un lugar físico, lo que posibilita su tramitación e interacción sin necesidad de la presencia física de los sujetos procesales.
- b) Validez legal. Encuentra su fundamento en leyes vigentes y positivas que lo legitiman, legalizan y equiparan a un expediente “en papel”.
- c) Transparencia. Permite consultar en cualquier momento los actos procesales y conocer el estado del proceso.
- d) Interoperabilidad. Permite la compatibilidad de los sistemas entre diversos organismos y dependencias, haciendo que toda comunicación y documento electrónico pueda ser compartido, comunicado y visualizado sin demora o dilación alguna.
- e) Fidelidad. Si bien puede reproducirse infinidad de veces, las reproducciones y copias del expediente siempre guardarán semejanza con el original.
- f) Heterogeneidad. Facilita la incorporación y lectura de distintos tipos y formatos de documentos (*DOC*,<sup>43</sup> *TXT*,<sup>44</sup> *PDF*,<sup>45</sup> *ZIP*,<sup>46</sup> *BMP*,<sup>47</sup> *JPEG*,<sup>48</sup> *PNG*,<sup>49</sup> *HTML*,<sup>50</sup> *XML*,<sup>51</sup> entre otros), tanto los electrónicamente crea-

---

43 Extensión de nombre de archivo para documentos de procesamiento de texto, más comúnmente en el formato de archivo binario patentado de Microsoft Word.

44 Archivo de computadora que está estructurado como una secuencia de líneas de texto electrónico.

45 Formato de documento portátil, permite el almacenamiento de documentos digitales independiente.

46 Formato de compresión sin pérdida, muy utilizado para la compresión de datos como documentos, imágenes o programas.

47 Formato de imagen de mapa de bits, propio del sistema operativo Microsoft Windows.

48 Estándar de compresión y codificación de archivos e imágenes fijas.

49 Formato gráfico que permite almacenar imágenes con una mayor profundidad de contraste y otros importantes datos.

50 Lenguaje de marcado para la elaboración de páginas web

51 Permite definir lenguajes de marcas desarrollado por el World Wide Web Consortium utilizado para almacenar datos en forma legible.

dos como aquellos digitalizados, funcionando como un *container* en donde todo lo relevante puede ser incluido. Y,

- g) Seguridad. Aunque no es infalible (ya que existen mecanismos para defraudar y alterar documentos en forma digital), el expediente electrónico goza de mayor certeza en cuanto al contenido que almacena y proyecta; además que incorpora el carácter autenticable de la firma electrónica avanzada y los documentos electrónicos.

En Guatemala se utilizan y manejan 2 tipos de plataformas (incompatibles) de expedientes electrónicos. El Organismo Judicial cuenta con el Sistema de Gestión de Tribunales, que consiste en un sistema informático utilizado con el objeto de fortalecer el registro de información de los procesos. El SGT, como es conocido, fue implementado en el año 2006 para el resguardo y procesamiento de los actos escritos de los órganos jurisdiccionales; empero, en el 2011 fue actualizado para atender también las gestiones de los procesos orales que se tramitan ante jueces y tribunales de familia, penal, niñez y adolescencia, laboral y civil. Esta versión 2.0 se fundamenta en el Reglamento del Sistema de Gestión de Tribunales –Acuerdo 20-2011–, que lo erige como el único sistema para el registro, gestión y seguimiento de cada uno de los casos judiciales; ingreso, programación y calendarización de audiencias en la Agenda Única de Audiencias; y, el ingreso y actualización permanente de toda la información de cada uno de los casos asignados a cada órgano jurisdiccional (artículos 1, 2 y 3).

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad cuenta con el Sistema Informático de Expedientes de la Corte de Constitucionalidad –SIECC–, creado mediante el Acuerdo 03-2016, el cual constituye el medio o plataforma para prestar los servicios electrónicos de dicha Corte (de notificaciones electrónicas, de presentación y envío de documentos electrónicos y de firma electrónica). En este sistema también se conservan total o parcialmente los expedientes electrónicos, los cuales se encuentran almacenados y preservados de forma íntegra para su posterior consulta (artículos 1 y 2).

Resumiendo, el expediente electrónico es el máximo exponente de la ciberjusticia 3.0, puesto que, como se ha apuntado, su implementación permite superar en gran parte los escollos del sistema de justicia analógico imperante, implicando no solo ahorro de recursos y

simplificación de las gestiones sino también la potenciación de los principios de economía y celeridad procesal, publicidad y transparencia de los procesos, la eficiencia y eficacia del sistema y la tutela judicial efectiva. En fin, como señala Alicia Warlet,

...es la solución práctica que resulta más coherente con la era digital de la cual somos protagonistas y que mejor refleja el cambio de paradigma, consistente en reemplazar voluminosos expedientes en papel por conjuntos de información en formato electrónico, con todas las transformaciones que trae aparejadas. (Ordóñez, 2019, pág.59).

## **Reflexión final**

La incorporación de las nuevas tecnologías a la administración pública ha importado una mayor conciencia ciudadana respecto de la necesidad de actuaciones más eficaces y eficientes en vista de un adecuado desarrollo del principio constitucional de que el Estado está al servicio de la persona humana (Montecinos García, 2012, 181). Sin duda, en la actualidad no basta con que los tribunales o jueces garanticen el acceso a la justicia, cumplan con los parámetros garantistas durante la tramitación del proceso y emitan resoluciones fundadas y motivadas. ¿Por qué? porque lo que ayer u hoy constituía una forma ideal de “hacer justicia” mañana o en unos días no lo será. Asimismo, porque los usuarios desean obtener una respuesta pronta, ágil, expedita e inmediata por parte del propio sistema de justicia. Así, la tecnología termina jugando un papel fundamental en la construcción del Estado de Derecho y la prosecución de justicia.

Es que, las herramientas tecnológicas enfocadas al sector justicia (tales como la firma electrónica, documento electrónico, sistema de notificaciones electrónicas y audiencias telemáticas) que en su conjunto forman o componen el expediente electrónico judicial, aportan eficiencia, eficacia y efectividad en la consecución de una tutela judicial efectiva; mejorando y modernizando un sistema de justicia anodino y anticuado.

Además, estas herramientas brindan respuestas adecuadas tanto a las viejas relaciones jurídicas como a las nuevas que surgen a partir del uso de Internet y otras tecnologías; estimulando y aprovechando los recursos de los que disponen los operadores de justicia para proveer una respuesta adecuada en el menor tiempo posible.

Por esta razón, resulta indubitable que la ciberjusticia 3.0 conduce hacia un sistema judicial más efectivo, ya que por medio de la tecnología se obtiene un sistema remoto, simple, automático, ágil e instantáneo que garantiza el acceso a los tribunales de justicia, la tramitación del proceso conforme los parámetros legales y en respeto al derecho de defensa y los principios de contradicción, igualdad procesal, intermediación e imparcialidad; y la emisión de una resolución judicial debidamente motivada y fundada.

## Referencias

- Alsina, H. (1963). *Derecho procesal, parte general. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Altmark, R. y Molina, E. (2012). *Tratado de derecho informático. Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- Barrio Andre, M. (Dir) (2019). *Legal tech, la transformación digital de la abogacía*. Madrid: Wolter Kluwer España, S.A.
- Bielli, E., Ordóñez, C., Quadri, G. (2020). *Zoom y prueba electrónica*. En: El presente tecnológico de la profesión legal. Diario La Ley Argentina. 2020-C AR/DOC/1881/2020
- Camps, C. (Dir.). (2019). *Tratado de derecho procesal electrónico Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Camps, C. (Dir.). (2019). *Tratado de derecho procesal electrónico. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2002). *Ley modelo de la CNUDMI sobre firmas electrónicas con la guía para su incorporación al derecho interno 2001*. Nueva York: Naciones Unidas. Disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic\\_signatures](https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_signatures)
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1999). *Ley modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico guía para su incorporación al derecho interno con la 1996 con el*

*nuevo artículo 5 aprobado en 1998.* Nueva York: Naciones Unidas. Disponible en: [https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic\\_commerce](https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce)

Corvalán, Juan G. (2018). *Hacia una administración pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial.* Diario La Ley Argentina. 2018-D AR/DOC/1683/2018

Couture, E. (1983). *Vocabulario jurídico.* Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Cyberjustice Laboratory. (2019). *A tale of cyberjustice: A modern approach to technology in the canadian justice system.* Montreal: Quadriscan. Disponible en: <https://www.cyberjustice.ca/publications/a-tale-of-cyberjustice-a-modern-approach-to-technology-in-the-canadian-justice-system/>

De Miguel Asensio, P. (2015). *Derecho privado de internet.* Madrid: Editorial Aranzandi, S.A.

Güemes, B. (2020). *Tiempo de cambios en los procesos judiciales: El impacto del COVID-19, la inteligencia artificial y la oralidad o juicio por audiencias.* Diario La Ley Argentina. 2020-D AR/DOC/4217/2019

Hocsman, Heriberto S. (2005). *Negocios en internet.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Molina, E. (2010) *Ley de expedientes digitales y notificaciones electrónicas.* Diario La Ley Argentina. 2011-C AR/DOC/1996/2011.

Montecinos, A. (2012). *La sociedad de la información y el gobierno electrónico.* En: Revista chilena de derecho y tecnología. Vol. 1 Nro.1. DOI 10.5354/0719-2584.2012.24029.

Ordóñez, C. (Dir.). (2019). *Derecho y Tecnología 1.* Buenos Aires: Ediciones Hammurabi.

Palacio, Lino E. (1984). *Derecho procesal civil. Tomo IV.* Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

Sarra, V. (2001). *Comercio electrónico y derecho, aspectos jurídicos de los negocios en internet.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Susskind, R. (2017). *Tomorrow's lawyers*. Londres: Oxford University Press.

Susskind, R. (2019). *Online courts and the future of justice*. Londres: Oxford University Press.

Tomeo, F. (2014). *Redes sociales y tecnologías 2.0*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Torres Varela, J. (Ed.). (2020). *Abogados digitales*. Versión e-book disponible en: <https://abogadodigital.tfdc.co>

# Constitucionalidad y convencionalidad del concepto de peligrosidad social como criterio para la fijación de la pena en el Derecho Penal guatemalteco

## *Constitutionality and conventionality of the concept of social dangerousness as a criterion for setting the penalty in Guatemalan Criminal Law*

Mario Fernando Castillo Cabrera<sup>1</sup>

### Resumen

El presente artículo examina la constitucionalidad y convencionalidad de la peligrosidad como criterio para la fijación de la pena, contenida en el Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala. En el primer apartado, se hace referencia al garantismo penal y el Derecho Penal de Acto, como parámetros inspiradores del Derecho Penal en un sistema democrático garante y respetuoso de los derechos humanos. Posterior a ello, se trae a colación el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala como referente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, precedentes jurisprudenciales sobre la peligrosidad de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

**Palabras clave:** Peligrosidad social, Derecho Penal, Derecho Penal de Acto, constitucionalidad, convencionalidad.

### Abstract

*This article examines the constitutionality and conventionality of dangerousness as a criterion for setting the penalty, contained in Decree 17-73, Penal Code of Guatemala. In the first section, reference is made to criminal guarantees and Criminal Law Act as inspiring parameters of Criminal Law in a democratic system that guarantees and respects human rights. After that, the Case of*

---

<sup>1</sup> Profesor auxiliar de cátedra II de Derecho Penal I y II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de San Carlos de Guatemala.

*Fermín Ramírez v. Guatemala as a reference of the Inter-American Court of Human Rights in the matter, jurisprudential precedents on the dangerousness of the Criminal Chamber of the Supreme Court of Justice and Constitutional Court of Guatemala to reach the conclusion of this academic article.*

**Keywords:** Social dangerousness, Criminal Law, Criminal Law Act, constitutionality, conventionality.

---

## SUMARIO

Introducción – La peligrosidad social como criterio de fijación de las penas – Regulación de la peligrosidad en el Derecho Penal guatemalteco – Consideraciones sobre la peligrosidad social por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala – Consideraciones sobre la peligrosidad por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala – Consideraciones sobre la peligrosidad por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala – Conclusión – Referencias

---

# **Constitucionalidad y convencionalidad del concepto de peligrosidad social como criterio para la fijación de la pena en el Derecho Penal guatemalteco**

## ***Constitutionality and conventionality of the concept of social dangerousness as a criterion for setting the penalty in Guatemalan Criminal Law***

*Mario Fernando Castillo Cabrera*

### **Introducción**

En la construcción de los tipos penales, que contienen la descripción de las conductas humanas relevantes para el derecho penal, el legislador determina una consecuencia jurídica abstracta en caso de verificarse el cumplimiento del supuesto de hecho de la norma penal. Es rol de los jueces, juezas, magistrados y magistradas, en materia penal, evaluar los casos concretos puestos a su conocimiento y, en caso de cumplimiento de la conducta descrita en el tipo penal, fijar la consecuencia jurídica que corresponde dentro del mínimo y máximo establecido en ley.

Las consecuencias jurídicas de los tipos penales se denominan penas y para su fijación los funcionarios judiciales deben observar los parámetros de convencionalidad, constitucionalidad y legales en su fundamentación. En el Código Penal de Guatemala, redactado en 1973, uno de los parámetros legales establecidos para evaluar la fijación, conmuta o suspensión provisional de la pena es la peligrosidad social. En reiterados fallos la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha entrado a examinar la constitucionalidad de la legislación penal material o sustantiva emitida previo a la entrada en vigencia de la actual Constitución

Política de la República de Guatemala, el catorce de enero de 1986, en aras de reafirmar la supremacía constitucional y los principios inspiradores del derecho penal que emanan de la Norma Suprema. Como ejemplo se puede citar la sentencia de inconstitucionalidad general parcial emitida el siete de marzo de mil novecientos noventa y seis, dentro del expediente 936-95, y los fallos judiciales que se citarán a continuación.

El objetivo general del presente artículo es evaluar la convencionalidad y constitucionalidad del concepto de peligrosidad social en el Derecho Penal guatemalteco. Para ello, el mismo se encuentra dividido en cinco apartados según los objetivos específicos del presente artículo: estudiar el criterio predominante sobre el concepto de peligrosidad social en el Derecho Penal de los Estados democráticos, traer a colación las referencias a la peligrosidad social en el Código Penal guatemalteco, referenciar los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y concluir según el objetivo general.

A través de una investigación documental, en la que se obtuvo información de fuentes bibliográficas, normativas y jurisprudenciales, se logra alcanzar el objetivo general y objetivos específicos trazados y concluir sobre la compatibilidad entre: la peligrosidad social en el Derecho Penal guatemalteco como criterio para la fijación de una pena y la convencionalidad y constitucionalidad actual.

## **La peligrosidad social como criterio de fijación de las penas**

En el presente apartado del artículo académico, se partirá desde la postura del garantismo penal como uno de los modelos predominantes en la actual doctrina jurídico-penal como referente para el análisis del concepto de peligrosidad social como un criterio de fijación de las penas en el Derecho Penal, la Escuela Positiva del Derecho Penal como el origen del concepto de peligrosidad social como factor para considerar la fijación de una pena y, para finalizar, el Derecho Penal de Acto como fundamento de los límites de aplicación del poder penal en los sistemas democráticos actuales.

El garantismo penal se entiende como el conjunto de principios, límites y técnicas ordenadas para la defensa de los derechos de libertad

frente a intervenciones arbitrarias del poder público, a través de acciones judiciales o policiales. Esta corriente de pensamiento identifica, en el poder de la organización estatal de aplicar penas y limitar derechos a los particulares, posibles riesgos de arbitrariedad y, ante ello, propugna la tutela de los derechos humanos de las personas como parámetro fundamental de cualquier actividad relacionada con el poder penal (Ferrajoli, 2018).

La adopción de esta doctrina en el derecho penal moderno continúa vigente en la actualidad. En el contexto latinoamericano, por ejemplo, es de especial relevancia donde el ejercicio del poder estatal en materia penal (o, como se le conoce, el poder punitivo del Estado) corre el riesgo de ser influido por discursos políticos anti-derechos humanos, teniendo como consecuencia en algunos casos la criminalización de personas por sus características físicas, psíquicas, sociales, económicas o políticas y no por los actos objetivos que cometan en infracción a las normas jurídico-penales (Dias & Zaffaroni, 2019).

Estas ideas de criminalización por cuestiones subjetivas deben su origen a los postulados de la Escuela Positiva del Derecho Penal. Según Elbert (1998), el positivismo criminológico del siglo XIX influyó en la formulación de teorías jurídico-penales por parte de los tres mayores exponentes de la escuela positiva: Lombroso, Ferri, Garófalo.

Con el afán de dotar de una explicación causal al fenómeno delictivo y garantizar la efectividad de la respuesta estatal al mismo, consideraba esta escuela cuestiones físicas o psiquiátricas para la fijación y aplicación de penas. En el desarrollo teórico de sus postulados se concibió a la persona que comete un delito como un ser humano enfermo que debe ser tratado o eliminado con base a su peligrosidad social, y no como un ser libre capaz de razonar y ser susceptible a un reproche personal por sus actos.

La peligrosidad se define como la perversidad constante y actuante del delincuente y, para medirla, la autoridad judicial debe adoptar una especie de rol psicológico y capaz de penetrar en el interior del sujeto en el proceso penal para evaluar su personalidad y determinar su grado de amenaza a la sociedad en caso de ser libre. Ante este riesgo que representa el delincuente, según la Escuela Positiva, la sociedad tiene derecho a defenderse ante su peligrosidad social y es este razonamiento el que legitima al Estado a imponer una pena, basado en

cuestiones subjetivas. El penalista Von Liszt, a finales del siglo XIX con base a estas consideraciones, propuso establecer penas y medidas de seguridad para graduar la consecuencia jurídica a imponer a las distintas manifestaciones de la peligrosidad social de una persona, la cual puede manifestarse antes de cometer un delito o después de ello. (Elbert, 1998).

Con base a esto, se habilita a un poder del Estado a limitar derechos humanos de los individuos según consideraciones personales de un juez con amplio margen de discrecionalidad al momento de fijar una consecuencia jurídico-penal. Estos discursos y consideraciones subjetivas para criminalizar a las personas por características distintas a sus actos objetivos no son cuestiones del pasado en la doctrina del Derecho Penal y, en algunos casos como en Guatemala, continúan presentes en su legislación penal.

En el Decreto 17-73, actual Código Penal guatemalteco, el concepto de peligrosidad social mantiene su vigencia desde 1973 como elemento que debe considerar una judicatura para fundamentar la fijación de penas dentro del mínimo y máximo contemplado en ley y la posibilidad de otorgar beneficios penales como la conmuta o suspensión condicional de las consecuencias jurídico-criminales.

Sin embargo, esta concepción en el Derecho Penal y la peligrosidad social como factor para la fijación y aplicación de una pena ha sido criticada por su incompatibilidad con los derechos humanos y la forma de gobierno democrática de los Estados. Esto debido a que habilita a la aplicación del poder punitivo del Estado sobre una persona por creencias sobre lo que es y su grado de amenaza a la sociedad en el futuro (una consideración abstracta e hipotética), según consideraciones personales de un juez, y no por lo que ha realizado en un caso concreto según la evidencia presentada en un proceso penal (una consideración concreta y real). Problemática es esta concepción debido a que el ejercicio del derecho de defensa debe realizarse frente a apreciaciones subjetivas de funcionarios judiciales a un contexto mediático y social donde la mayoría o, incluso, el gobierno de turno puede determinar quién es peligroso según sus consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, raciales, etc. brindando un espectro de oportunidad a autoritarismos para utilizar al Derecho Penal como etiquetador de delincuentes a ciudadanos no acordes a sus visiones (Anitua, 2010).

La doctrina jurídica-penal denomina a lo anterior como Derecho Penal de autor, lo cual consiste en un enfoque donde predominan análisis sobre factores personales del partícipe en el delito para la habilitación del poder punitivo del Estado. En contraposición a esta concepción, se erige el Derecho Penal de acto, el cual considera las acciones objetivas de las personas para imponer una pena, independientemente de sus rasgos psíquicos o personales. Este último enfoque permite una adecuada defensa de la persona acusada debido a que debe enfocarse en debatir actos y pruebas que pretenden desvirtuar su presunción de inocencia en un proceso penal y no en consideraciones subjetivas del juez, además de impedir una interpretación arbitraria del concepto de peligrosidad social para la persecución de personas por motivos distintos a sus actos.

La concepción del Derecho Penal y la legitimación de la fijación y aplicación de las penas con base en cuestiones subjetivas (Derecho Penal de autor) o cuestiones objetivas (Derecho Penal de acto) tiene una profunda relación con el modelo de gobierno bajo el cual se organiza un Estado. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia de inconstitucionalidad de ley de fecha 8 de febrero de 2006, dentro de la causa identificada C-077/06 reflexiona brevemente sobre las implicaciones de ambas concepciones en la organización estatal, de la siguiente forma:

En la doctrina penal se distingue entre el Derecho Penal de autor y el Derecho Penal de acto. i) En el primero, el sujeto responde por su ser, por sus condiciones psicofísicas o su personalidad, que se consideran peligrosos para la sociedad, por su supuesta inclinación natural al delito, con un criterio determinista, de modo que el sujeto resulta condenado por la naturaleza a sufrir las condenas penales, por obra del destino y, por tanto, de modo fatal o inevitable. En este orden de ideas no es relevante que aquel cometa infracciones, sino que tenga la potencialidad de cometerlas. ii) En el segundo, el sujeto responde por sus actos conscientes y libres, es decir por la comisión de conductas conocidas y queridas por el mismo, previstas expresa y previamente en la ley como contrarias a bienes fundamentales de la sociedad y de sus miembros y que hacen a aquel merecedor de una sanción. Esta clase de Derecho, inspirado por la filosofía liberal y fundado en la dignidad humana, ha sido acogido por los regímenes políticos democráticos [...].

Una manifestación de la adopción de la concepción del Derecho Penal de acto en el derecho internacional de los Derechos Humanos y en el actual orden constitucional guatemalteco se encuentra en los principios limitadores del ejercicio del poder penal. En un sistema democrático, el ejercicio del poder en sus distintas manifestaciones debe tener reglas claras y la ciudadanía tiene la certeza que el poder delegado no actuará fuera de ellas. Cobra relevancia el poder penal en un sistema democrático y sus límites debido a que, como se hizo referencia anteriormente, esta manifestación de autoridad es capaz de limitar derechos humanos de las personas y los riesgos de arbitrariedad resultan gravosos en caso de concretarse.

Algunos principios limitadores del derecho penal de acto, propios de sociedades democráticas, según González (2009) son:

*Principio de legalidad penal:* También conocido por la locución latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, establece que nadie puede ser condenado ni penado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran consideradas como delito o tuvieran determinada consecuencia jurídica. El mismo se encuentra reconocido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>2</sup> y en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>3</sup>

*Principio de culpabilidad:* Establece que para declarar la culpabilidad de una persona por la comisión de un ilícito penal se debe comprobar en el proceso penal que efectivamente la persona cometió el acto por el que se le acusa, que existió dolo o culpa en su actuar y que el partícipe en el delito tenía la consciencia y conocimiento de lo que estaba realizando. Excluye, como consecuencia, cualquier consideración sobre elementos subjetivos del partícipe en el delito. Este principio se encuentra reconocido en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala y en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

---

2 Instrumento internacional en materia de derechos humanos ratificado por el Estado de Guatemala a través del Decreto 9-92, de fecha 19 de febrero de 1992.

3 Instrumento internacional en materia de derechos humanos ratificado por el Estado de Guatemala a través del Decreto 6-78, de fecha 30 de marzo de 1978.

Estos principios limitadores del derecho penal, aunados a demás límites y garantías constitucionales y convencionales, conforman un sistema con enfoque garantista que limita el ejercicio del poder punitivo del Estado frente a arbitrariedades o resabios de la Escuela Positiva. En el presente artículo se concibe la habilitación de la facultad estatal de sancionar las infracciones a las normas jurídico-penales por un Derecho penal de acto que implica que cada consecuencia jurídica debe ser impuesta posterior a un riguroso análisis de los actos cometidos, sin considerar factores personales o psíquicos para aumentar o disminuir la pena a imponer.

## **Regulación de la peligrosidad en el Derecho Penal guatemalteco**

A pesar de la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política de la República de Guatemala en 1986 que engloba principios limitadores garantistas del Derecho Penal y diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala, en el Derecho Penal guatemalteco aún se encuentran referencias a la Escuela Positiva. El actual Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala, entró en vigencia el 1 de enero de 1974 con el afán de incluir figuras sustantivas acorde a los avances científicos de la ciencia jurídica penal en aquel entonces, según su parte considerativa.

En su redacción original, el análisis de la peligrosidad del partícipe en el delito se estableció como criterio en dos apartados distintos. El primero, en la parte general del Código Penal, como factor para la fijación, aplicación, conmuta y suspensión provisional de la pena. El segundo, la peligrosidad era un elemento determinante para la aplicación de la pena de muerte en ciertos delitos de su parte especial.

La peligrosidad social en la parte especial del Código Penal fue declarado inconstitucional en los años recientes por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, lo cual será traído a colación más adelante. Sin embargo, el apartado que contempla la peligrosidad social como elemento a considerar para graduar la consecuencia jurídica a imponer al partícipe en un acto delictivo en la parte general del Código Penal continúa vigente.

Actualmente, la peligrosidad social todavía es un elemento a evaluar para habilitar la fijación de penas limitativas de la libertad personal y el acceso a derechos de una persona relacionados en los siguientes casos:<sup>4</sup>

1. Cuando la judicatura considere otorgar la conmutación de la pena al condenado, debe observar que la persona que aspira obtener este beneficio sus condiciones personales, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, a su juicio, no revelen una peligrosidad social (numeral 4, artículo 51 del Código Penal de Guatemala);
2. Cuando la judicatura proceda a fijar la pena dentro del mínimo y máximo contenido en la norma penal debe considerar, entre otros elementos, la mayor o menor peligrosidad de la persona declarada culpable (artículo 65 del Código Penal de Guatemala);
3. Cuando la judicatura entre a valorar en un caso concreto la suspensión condicional de la pena al condenado debe considerar, entre otros elementos, que la naturaleza del delito, conducta, móviles y circunstancias no revelen peligrosidad social del agente y pueda presumir que no volverá a delinquir (artículo 72 del Código Penal de Guatemala).

Estas normas jurídico-penales vigentes en la parte general del Código Penal, denotan el enfoque de Derecho Penal de autor que inspiró la construcción de la dogmática penal en Guatemala. Lejos de dejar de tener influencia estas consideraciones de la Escuela Positiva del Derecho Penal, en el momento de recopilar diversas resoluciones de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, se observó que la peligrosidad en algunos casos en los años recientes continúa siendo objeto de planteamientos y razonamientos de abogados defensores, fiscales, jueces y magistrados con base en los artículos del Código Penal que hacen referencia a la misma.

Esta situación en el derecho penal guatemalteco ha sido objeto de análisis y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. En los siguientes apartados se trae a colación

---

4 El artículo 87 del Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala, también establece la peligrosidad como criterio determinante para la aplicación de medidas de seguridad. Estas medidas, no son consecuencias jurídicas de la comisión de delitos sino de consideraciones previas del sistema de justicia, por lo que al no ser una pena no formarán parte del objeto central de este trabajo.

extractos de sentencias judiciales que hacen referencia a la convencionalidad y constitucionalidad de la presencia del concepto de peligrosidad social la normativa del Estado de Guatemala.

## **Consideraciones sobre la peligrosidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala**

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH–, se encuentra compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH–. Este sistema es competente para conocer asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos contraídas por los Estados parte.

Con relación a la temática de la peligrosidad como concepto dentro del sistema penal de los Estados parte de la CADH y su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos, la Corte IDH se ha pronunciado en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia de 20 de junio de 2005; y en el Caso Martínez Coronado vs. Guatemala, sentencia del 10 de mayo de 2019.

En el presente apartado, se trae brevemente a colación la cronología del caso Fermín Ramírez para contextualizar, desde su tramitación en el derecho interno guatemalteco hasta el pronunciamiento de la Corte IDH al respecto, debido a ser sobre el cual se fundamentó la base de la argumentación del caso siguiente.

En el Derecho interno, la tramitación del Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, de conformidad con Reyna (2011), fue la siguiente:

10 de mayo de 1997: El señor Fermín Ramírez es puesto a disposición de la Policía Nacional de Guatemala.

15 de mayo de 1997: El Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla dicta auto de procesamiento y prisión preventiva del señor Fermín Ramírez por los delitos de asesinato y violación calificada contra una menor de edad.

1 de agosto de 1997: El Ministerio Público de Guatemala solicitó apertura a juicio del señor Fermín Ramírez por el delito de violación calificada.

18 de diciembre de 1997: El Juzgado Segundo de Primera Instancia del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Escuintla admite la solicitud del Ministerio Público y dicta auto de apertura a juicio por el delito de violación calificada.

5 y 6 de marzo de 1998: En el Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente se realiza debate oral y público en contra del señor Fermín Ramírez. El Ministerio Público modifica la calificación jurídica de su acusación y solicita imponer la pena de muerte por el delito de Asesinato para el señor Fermín Ramírez.

6 de marzo de 1998: El Tribunal de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el ambiente considera probadas las afirmaciones del Ministerio Público y considera culpable al señor Fermín Ramírez del delito de Asesinato y lo condena a pena de muerte por considerar la peligrosidad del autor inferida de los hechos probados. El razonamiento realizado consta en autos del proceso ante la Corte IDH (2005), de la siguiente forma:

[...] dicho asesinato se cometió con la mayoría de los elementos propios de este delito, tales como ALEVOSIA, PREMEDITACION CONOCIDA, ENSAÑAMIENTO, CON IMPULSO DE PERVERSIDAD BRUTAL Y EL OCULTAMIENTO DEL MISMO [...] Además de las agravantes contenidas en el artículo veintisiete del Código Penal, como son: [el] ABUSO DE SUPERIORIDAD, [el] DESPOBLADO, EL MENOSPRECIO A LA VICTIMA Y EL ARTIFICIO PARA COMETER EL DELITO AL HABERLE OFRECIDO VEINTE QUETZALES PARA QUE LE HICIERA UN MANDADO. Por lo anterior se viene a determinar la peligrosidad social del procesado [...].

Posterior a ello, la defensa técnica de Fermín Ramírez procedió a interponer recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, recurso extraordinario de casación contra la declaratoria de no procedencia del recurso de apelación, y acción constitucional de amparo ante la Corte de Constitucionalidad en contra de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala. Cada una de las acciones legales fue infructuosa por consideraciones de las diferentes instancias de la justicia ordinaria y por errores técnicos en la interposición de la acción citada en

sede constitucional. Se solicitó el indulto de la pena de muerte el cual también fue denegado y el fallo cobró firmeza (Reyna, 2011).

De la cronología del caso abordada, se observan distintas violaciones al debido proceso como la variación del delito por el cual es enviado a juicio oral y público, el desarrollado en la audiencia y por el cual es finalmente condenado el señor Fermín Ramírez. No se realizarán consideraciones sobre la culpabilidad de la persona involucrada (la cual fue comprobada en juicio) debido a que el objeto del presente artículo académico es reflexionar sobre los elementos relacionados con la determinación de la peligrosidad del agente para la imposición de una pena en el Derecho Penal guatemalteco y su compatibilidad con el orden constitucional y convencional de la República de Guatemala.

Una vez agotados los recursos internos, el 9 de junio de 2000 se presentó la denuncia No. 12,403 de apertura de caso contra el Estado de Guatemala ante el Sistema de Protección de Derechos Humanos para determinar la existencia de responsabilidad internacional en el tratamiento del caso de Fermín Ramírez (Corte IDH, 2005).

Luego de su tramitación por la CIDH, el caso fue puesto para su conocimiento a la Corte IDH. Esta instancia internacional (2005), al analizar el fondo del asunto y agotar el proceso respectivo en sede convencional interamericana, declaró responsable al Estado de Guatemala por vulnerar, en perjuicio de Fermín Ramírez, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 1 (Obligación de respetar los derechos), artículo 17 (Protección a la Familia), artículo 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), artículo 25 (Protección Judicial), artículo 4 (Derecho a la vida), artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal), artículo 8 (Garantías Judiciales), y artículo 9 (Principio de legalidad y de retroactividad).

La Corte IDH realizó las siguientes consideraciones en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sobre el concepto de peligrosidad social como elemento a considerar para la imposición de penas en el Derecho Penal guatemalteco, con relación al artículo 9 de la CADH relativo al principio de legalidad.

El artículo 9 de la CADH establece:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento

de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El anterior precepto legal es la base en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos del latinismo *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ya desarrollado en los apartados anteriores. La Corte IDH (2005) consideró al Estado de Guatemala responsable por violar el artículo 9 de la CADH en el caso de Fermín Ramírez, debido que sancionar el delito con la aplicación de la pena de muerte, con base en la supuesta peligrosidad del agente, constituye:

[...] una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía. (párr. 94)

La consideración anterior deja de manifiesto que, en el caso concreto de Fermín Ramírez y la consecuencia jurídica establecida en el delito de asesinato por el cual fue hallado culpable, el concepto de peligrosidad como determinante para la aplicación de la pena de muerte resulta contraria al derecho internacional de los derechos humanos reconocido por el orden constitucional guatemalteco (Artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República de Guatemala) y la forma de gobierno democrática sobre el cual se organiza el Estado de Guatemala (artículo 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala).

¿Por qué el concepto de peligrosidad se consideró contrario al derecho internacional de los derechos humanos y el sistema democrático en el Caso Fermín Ramírez? El mismo tribunal interamericano brinda la respuesta. La Corte IDH (2005) arriba a esa conclusión según los medios de prueba debido a:

La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán. Con esta base se despliega la función penal del Estado. En fin de cuentas, se sancionaría al individuo – con pena de muerte inclusive– no con apoyo

en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos. (párr. 95)

Con base en los anteriores pasajes de la sentencia sobre el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, es razonable afirmar que la relación entre el concepto de peligrosidad y la imposición de una pena en un proceso penal es contraria a la CADH y a la Constitución Política de la República de Guatemala. Como lo demuestra el antecedente traído a colación, la peligrosidad social contradice el principio de legalidad penal, el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema democrático del Estado, debido que se juzga a una persona por sus características personales y no por los actos objetivos cometidos.

### **Consideraciones sobre la peligrosidad por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala –CSJ–**

La influencia de la Escuela Positiva y la peligrosidad como factor para la consideración de la aplicación de penas en el Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala, se observa necesariamente en el estudio del derecho penal guatemalteco en las Facultades de Derecho del país, la formación de juristas que luego ocupan cargos en las altas cortes y, por consiguiente, en los criterios jurisprudenciales de la materia en la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior se puede constatar en la búsqueda de jurisprudencia en el Centro Nacional de Documentación Judicial –CENADOJ–, adscrito al Organismo Judicial de Guatemala, donde constan los distintos fallos en materia de peligrosidad realizados por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

El primer expediente ubicado con la palabra clave de peligrosidad en el motor de búsqueda de CENADOJ, corresponde al número de causas acumuladas 189-2003 y 194-2003, de fecha de emisión de resolución de casación cinco de marzo del 2004. En estos casos, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala entró a analizar la legalidad de la aplicación de la pena de muerte con base en la peligrosidad social del autor regulada en el último párrafo del artículo 132 del Código Penal referente al Asesinato y, según los tribunales de primera y

segunda instancia, resultó probada y suficiente para imponer tal consecuencia jurídica.

Al respecto de los alegatos de la defensa en la casación presentada sobre la desproporcionalidad de la pena, la falta de fundamentación de la sentencia emitida y el estado de indefensión del condenado al considerar el Tribunal de Sentencia su peligrosidad sin haber tenido la posibilidad de contradecirla en debate oral y público, la Cámara Penal (2004) consideró:

[...] la ley permite al Tribunal de Sentencia al conocer de la acusación realizada por el ente Acusador, de imponer pena de muerte, siempre que de las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente, ello no significa que deba de ser sindicada o enunciada la circunstancia de peligrosidad criminal y que esta deba de quedar acreditada, por cuanto que dicha norma concede a los Jueces de Sentencia al conocer del caso, percibir si existen dichas circunstancias dentro de las acreditadas en el caso concreto, que revelen la peligrosidad criminal del acusado. A la vista de lo anterior, resulta improcedente el recurso de casación por el motivo invocado.

Es razonable concluir del extracto anterior y caso citado, que el criterio de las y los integrantes de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia en el año 2004 era que los jueces de sentencia de primera instancia se encuentran legitimados para valorar la peligrosidad social del autor con base en los hechos probados en juicio, a pesar que no sea presentada esta condición en la tesis del Ministerio Público.

La vida de las personas sujetas a un proceso penal sindicados del delito de asesinato, según este precedente jurisprudencial, depende de la interpretación de la norma jurídico penal por parte de los integrantes del Tribunal de Sentencia con base en percepciones personales en el juicio, lo cual ahora se puede afirmar es contrario al derecho internacional de los derechos humanos y a la Constitución Política de la República de Guatemala y las garantías que ella tutela. Un sistema de justicia penal donde la instancia superior considera la aplicación de una pena por consideraciones subjetivas de los funcionarios judiciales sobre la persona que observan y su peligrosidad, y no por actos demostrables en un proceso penal con evidencia objetiva, contradice los límites y principios que derivan del Derecho Penal de acto en un régimen democrático.

Sin embargo, posterior a la emisión de la sentencia en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* por parte de la Corte IDH, se observa una evolución en el criterio jurisprudencial de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto a la peligrosidad como elemento de la fijación y aplicación de una consecuencia jurídica-penal. No obstante, por ser tan arraigado el concepto de peligrosidad en el Derecho Penal guatemalteco, aún se observan criterios distintos sobre el tema en esta instancia extraordinaria judicial.

Como ejemplo, en la sentencia de casación emitida el cuatro de agosto de 2006, dentro del expediente 19-2006 de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la interpretación de los Artículos 65 y 72 del Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala sobre la consideración de la peligrosidad como elemento a considerar para graduar la pena a imponer y la posibilidad de su conmuta, se estableció:

[...] se estima que la peligrosidad a la que se refiere el numeral 4 del artículo 72 del Código Penal no debe de entenderse, de la misma forma que se utiliza para la aplicación de las medidas de seguridad, sino que deberá de interpretarse de conformidad con los principios de la aplicación de la pena, para lo cual la mencionada peligrosidad servirá para decidir si las características del imputado permiten renuncia al ingreso a prisión.

Como se observa, aún se consideran las características de la persona sujeta a proceso penal para considerar su peligrosidad, lo cual influye en la fijación de la pena a imponer y la posibilidad de optar a una conmuta de su pena. El criterio anterior cambia nueve meses más tarde, en la sentencia de casación emitida en veintinueve de mayo de dos mil siete dentro del expediente 203-2006, al considerar la Cámara Penal lo siguiente:

[...] partir de la peligrosidad del victimario para la determinación de la pena supone una tendencia del derecho penal de autor, misma que resulta incompatible con los principios del derecho penal democrático que inspiran la Constitución vigente. [...] En esa línea de ideas, el órgano a quo yerra al aplicar la peligrosidad de los victimarios para la determinación de la pena [...] porque es una circunstancia que contradice los principios que inspiran la Constitución, que respeta el principio de inocencia y se funda en la culpabilidad como principio rector, evitando graduar la pena utilizando conceptos que penetran en la personalidad del individuo.

Al confrontar los fallos judiciales citados, se nota un cambio de postura, de considerar a la peligrosidad social como un elemento útil para valorar una conmuta de su pena, a concluir que la utilización del concepto de peligrosidad social es incompatible con un derecho penal de una república democrática, por suponer una tendencia hacia el derecho penal de autor y no de acto como debería ser.

Sin embargo, las contradicciones de criterio jurisprudencial continuaron dentro de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala. En las resoluciones de casación emitidas con fecha veinte de enero de dos mil once, dentro del expediente 267-2009; resolución de fecha veintiséis de abril de dos mil once, dentro del expediente 12-2010; y en resolución emitida el veintidós de marzo de dos mil doce, dentro del expediente 914-2012, consideran posible la utilización del concepto de peligrosidad social en dos supuestos dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. Los supuestos son los siguientes: 1) Cuando es criterio determinante para la imposición de una medida de seguridad de conformidad con el artículo 87 del Código Penal; y 2) Cuando forma parte de la acusación y es probada en juicio.

En distinto sentido, las resoluciones de revisión emitidas de fecha siete de abril de dos mil diez, dentro del expediente 23-2008; resolución de fecha uno de septiembre de dos mil once, dentro del expediente 282-2011; resolución de fecha catorce de noviembre de dos mil once, dentro del expediente 1546-2011; y resolución de fecha veintidós de marzo de dos mil doce, dentro del expediente 914-2012, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia accede a modificar la pena del delito de asesinato impuesta de muerte, por la pena máxima de prisión, por considerar que no puede imponerse con base en el concepto de peligrosidad por vulnerar el principio de legalidad penal y al tenor de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala.

Esta divergencia de criterios jurisprudenciales empieza a inclinarse por una concepción garantista del derecho penal y los límites que implica en el periodo de integración de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia 2014-2019. Al analizar las resoluciones de casación con la palabra clave de peligrosidad en el motor de búsqueda de CENADOJ, se observa una fundamentación constitucional y convencional enriquecida en la materia en los casos planteados de forma extraordinaria ante este nivel de la judicatura.

En la resolución de casación de fecha veintisiete de agosto de dos mil dieciocho, dentro del expediente 2298-2017, respecto a la valoración del numeral cuarto del artículo 72 del Código Penal de Guatemala, relativo a la observancia de la no peligrosidad del autor para otorgar el beneficio de la conmuta de la pena, la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala consideró:

[...] el mismo –peligrosidad– no puede ser utilizado para graduar la aplicación del beneficio de la suspensión condicional de la pena, pues con base en el principio de convencionalidad, debe observarse la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha reiterado en diversos fallos que la peligrosidad de los agentes no puede ser medida y resulta subjetiva, por lo que no puede ser utilizada y dicho requisito resulta vigente pero no positivo.

Consideraciones sobre la convencionalidad de la peligrosidad en el Derecho Penal Guatemalteco, la inspiración del Derecho Penal de Acto de nuestro sistema democrático y considerar la peligrosidad sólo como un factor para habilitar la aplicación de medidas de seguridad (excluyendo de la aplicación de penas), son vertidas en las resoluciones de casación de fecha 18 de septiembre de 2015, dentro del expediente 457-2015; resolución de fecha catorce de mayo de dos mil dieciséis, dentro del expediente 1165-2015; resolución de fecha seis de febrero de dos mil dieciocho, dentro del expediente 1057-2017; y resolución emitida con fecha once de junio de dos mil dieciocho, dentro de los expedientes acumulados 1434-2017 y 1437-2017.

En síntesis, en el presente apartado se desarrolló lo relativo a la evolución del criterio de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala respecto a la consideración de la peligrosidad como elemento de análisis para la fijación de la consecuencia jurídica de un acto delictivo o el otorgamiento de beneficios como la conmuta de pena. El impacto de la convencionalidad en la materia, como el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, es observable en los criterios jurisprudenciales de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, sin embargo, también se observan resabios de concepciones aún de la Escuela Positiva dentro de sus integrantes que se plasman en las resoluciones o una construcción argumentativa alrededor de lo indicado por la Corte IDH y no por el propio marco constitucional guatemalteco.

## Consideraciones sobre la peligrosidad por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

En materia de justicia constitucional, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, como máximo intérprete de la Constitución Política de la República de Guatemala, en el pasado reciente ha entrado a conocer planteamientos respecto a la constitucionalidad de las frases que contenían la pena de muerte como consecuencia jurídica de la comisión de un delito.

Resulta relevante para el presente artículo las consideraciones recientes realizadas por el Tribunal constitucional guatemalteco sobre la materia de la pena de muerte, debido que el elemento necesario para la aplicación de la misma era la peligrosidad en los tipos penales de parricidio (artículo 131 del Código Penal), asesinato (artículo 132 del Código Penal), ejecución extrajudicial (artículo 132Bis del Código Penal), plagio o secuestro (201 del Código Penal), desaparición forzada (artículo 201Ter del Código Penal) y magnicidio (artículo 383 del Código Penal).

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en la sentencia emitida con fecha once de febrero de dos mil dieciséis, dentro del expediente 1097-2015 entro a conocer la constitucionalidad de la frase “sin embargo se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente [...]” en el artículo 132 del Código Penal relativo al delito de asesinato.

Es menester mencionar que la Corte de Constitucionalidad no se pronuncia sobre la constitucionalidad de la pena de muerte en el ordenamiento jurídico guatemalteco, sino sobre la peligrosidad como elemento *sine qua non* para su imposición por un juez en un proceso penal. El Tribunal Constitucional guatemalteco entra a estudiar la constitucionalidad del fondo del asunto de la cuestión planteada que incluye una revisión histórica del concepto denunciado para fundamentar su resolución como punto de derecho. Considera la inconstitucionalidad de la frase realizando las siguientes consideraciones:

1. *Respecto a la culpabilidad como superación de la peligrosidad social en la formulación de tipos penales en sociedades democráticas:*

La Corte de Constitucionalidad realizó una síntesis histórica de la superación de las corrientes positivistas en el derecho penal moderno para dar paso a un derecho penal de acto acorde al marco democrático vigente. Su remembranza se hizo constar en la sentencia citada de la siguiente manera:

Posteriormente, como resultado de la dinámica evolutiva del derecho penal, resurgió el concepto de culpabilidad, instituyéndose este como el elemento subjetivo del delito y, por ende, el fundamento y límite de la pena a imponer. Así, la conducta antijurídica se consideró como la pieza rectora de la culpabilidad, por lo que únicamente podía reprocharse la conducta que encuadrara en el tipo previsto con anterioridad en la ley, eliminándose así los resabios la corriente positivista; en ese orden de ideas, las circunstancias personales del delincuente y las razones endógenas dejan de ser objeto de punición y trascienden de la disciplina estrictamente penal. (p.10)

Esta consideración resulta importante en la fundamentación de la resolución judicial, debido a que reafirma al principio de culpabilidad en la teoría del delito como el parámetro para analizar al autor del tipo penal, en el cual se realizan consideraciones respecto a situaciones objetivas y medibles como su imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad o la exigencia de un comportamiento distinto para fundamentar la pena, a diferencia del criterio de peligrosidad que se basa en cuestiones subjetivas y arbitrarias.

2. *Respecto a la contradicción de la peligrosidad social y el principio de legalidad penal:*

Una vez determinado lo anterior, la Corte de Constitucionalidad procedió a confrontar el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala con la norma ordinaria denunciada de contener el criterio de peligrosidad social en el derecho penal guatemalteco. Se considero su contradicción de la forma siguiente:

[...] esta Corte estima que el término de peligrosidad contenido en la frase impugnada como elemento decisivo para la imposición de una pena, resulta lesivo al principio de legalidad, por cuanto sólo pueden ser punibles las acciones calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración. Debido a que la peligrosidad constituye una característica endógena cuya naturaleza eventual inherente impide determinar con precisión cuál es el bien jurídico tutelado que podría ser lesionado, la sanción que se imponga estaría vinculada a una conducta hipotética, la que, de acuerdo al postulado constitucional citado, no sería punible. Mayor gravedad entraña el que una circunstancia psicobiológica sea relevante para imponer una sanción [...] criterio que resulta desproporcionado e inaceptable dentro del modelo garantista actual de los derechos fundamentales. (p. 14)

Como se observa, el Tribunal constitucional guatemalteco indica la contradicción entre los principios y valores garantistas que inspiran la Norma Suprema con la redacción de tipos penales basados en criterios como la peligrosidad social, los cuales no son objetivos y deben ceder frente al principio de culpabilidad y legalidad penal vigentes.

Mismo razonamiento fue traído a colación en la sentencia con fecha de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, dentro del expediente 5986-2016, en la cual se declaró inconstitucional similar frase contenida en los artículos 131, 132 Bis, 202, 201 Ter y 383 del Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala, agregando a los anteriores argumentos centrales las citas de sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como *Fermín Ramñírez vs. Guatemala* y *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*.

Ambas sentencias, parte de la jurisprudencia constitucional guatemalteca, consideran incompatible la facultad que confería la ley al poder judicial para realizar juicios de valor referentes a la peligrosidad del autor del delito, en un caso concreto, para la fijación y aplicación de la pena de muerte. En su redacción, se evidencia una fuerte influencia de la jurisprudencia de la Corte IDH en la materia y aplicación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad reconocido por la Constitución Política de la República de Guatemala.

## **Conclusión: Constitucionalidad y convencionalidad de la peligrosidad en el Derecho Penal Guatemalteco**

Con base en los apartados anteriores, se procede a reflexionar sobre la constitucionalidad y convencionalidad del concepto de peligrosidad, como elemento para la fijación, conmuta y suspensión de la pena, además de ser criterio necesario para la aplicación de medidas de seguridad de conformidad con el Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco, ninguna disposición normativa de carácter ordinario, reglamentario o individual puede contravenir la Constitución Política de la República de Guatemala. Esto tiene sustento en el artículo 44, 175 y 203 del texto constitucional guatemalteco, donde se establece el principio de supremacía constitucional.

Así mismo, por el avance de la ciencia jurídica y el derecho internacional de los derechos humanos, todo acto legislativo, judicial, reglamentario o administrativo debe ser compatible con las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Guatemala en instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Esto en la actualidad se le denomina como control de convencionalidad y la Constitución Política de la República de Guatemala lo reconoce en sus artículos 44, 46 y 149.<sup>5</sup>

En el devenir del presente artículo se ha establecido la incompatibilidad del derecho penal de autor, que basa la punibilidad del Estado en la peligrosidad social del sujeto, con el sistema de gobierno democrático y un Estado constitucional de derecho garante de los derechos humanos. Lo anterior se observa en la evolución del criterio jurisprudencial de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala respecto al tema, que actualmente considera el criterio de peligrosidad social para la fijación de una pena inconstitucional e inconvencional.

Con lo anterior coinciden criterios jurisprudenciales recientes de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que refuerzan la conclusión que la peligrosidad social no debe ser considerada en los razonamientos de los órganos de justicia para el establecimiento de determinada cantidad de años de

---

5 En el mismo sentido, en resoluciones de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de fecha diecisiete de julio de dos mil doce dentro del expediente 1822-2011; resolución de fecha veintiséis de mayo de dos mil dieciséis, dentro del expediente 4-2016, entre otras, se ha reconocido al control de convencionalidad como parámetro de observancia obligatoria del ordenamiento interno.

privación de libertad con base en circunstancias subjetivas del partícipe en el delito.

En síntesis, cada una de las normas vigentes que contienen la peligrosidad social como criterio en el Código Penal de Guatemala son incompatibles con el orden constitucional y convencional por lo siguiente:

*La peligrosidad como elemento prohibitivo para otorgar la conmuta de pena:*

Contenida en el numeral cuarto del artículo 51 del Código Penal, impide al juez otorgar la conmuta si, luego de apreciar las condiciones personales del penado, los móviles de su conducta y las circunstancias del hecho, lo considera como peligroso social. Lo anterior es incompatible con el actual sistema democrático de Guatemala debido a que vulnera el principio de legalidad penal, contenido en el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 de la CADH establece que solo puede ser condenada una persona por acciones u omisiones cometidas, excluyendo así cualquier valoración subjetiva que se pueda realizar sobre las condiciones de la persona sujeta a proceso penal.

*La peligrosidad como elemento para la fijación de la pena:*

Contenida en el artículo 65 del Código Penal, establece que el juez debe considerar, entre otros elementos, la peligrosidad del partícipe en el delito para graduar la pena a imponer dentro del mínimo y máximo señalado en ley. Lo anterior es incompatible con el actual sistema democrático de Guatemala a debido que vulnera el principio de legalidad penal y el principio de culpabilidad contenido en los artículos 14 y 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 14.2 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 de la CADH.

Estos principios limitadores del Derecho Penal, propios de la concepción del Derecho Penal de Acto, establecen que sólo puede ser condenada una persona por acciones u omisiones cometidas y comprobables en proceso penal al condenado. Esto no solo excluye cualquier valoración subjetiva que pueda realizar el juez sobre las condiciones de la persona sujeta a proceso penal para fijar una pena, sino además impide la posibilidad que el ente acusador formule en sus alegatos consideraciones

sobre las condiciones personales del acusado, por no ser actos sujetos a debate oral y público.

*La peligrosidad como elemento prohibitivo para otorgar la suspensión condicional de la pena:*

Contenida en el numeral cuarto del artículo 72 del Código Penal, contradice en el mismo sentido de los argumentos expuestos respecto a la prohibición de otorgar conmuta de la pena. Lo anterior es incompatible con el actual sistema democrático de Guatemala debido que el artículo 17 de la Constitución Política de la República de Guatemala, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 9 de la CADH establece que solo puede ser condenada una persona por acciones u omisiones cometidas, excluyendo así cualquier valoración subjetiva que se pueda realizar sobre las condiciones de la persona sujeta a proceso penal.

En el presente artículo se ha hecho referencia a consideraciones doctrinarias sobre la Escuela Positiva del Derecho Penal como inspiradora de la actual redacción del Código Penal Guatemalteco y, por consiguiente, su influencia es notable en el desarrollo del Derecho Penal de este país. Por inspirarse el presente artículo académico en el garantismo penal, línea de pensamiento utilizada para criticar la postura positivista en la ciencia jurídica-penal, se trajo a colación distintos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y Corte de Constitucionalidad en los cuales se aplica el control de convencionalidad y constitucionalidad al resolver sobre la materia de peligrosidad.

Resulta importante reflexionar sobre los resabios de la Escuela Positiva y la peligrosidad en el ordenamiento jurídico guatemalteco, para reafirmar su incompatibilidad con la Constitución Política de la República de Guatemala y tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado ante resoluciones judiciales arbitrarias que pueden contener algunos elementos violatorios de derechos humanos y los discursos que abogan por un derecho penal de autor para combatir la criminalidad de ciertos grupos sociales. La vigencia de los derechos humanos, su protección y promoción es un ejercicio constante a practicar en el Derecho Penal guatemalteco y para reafirmar el marco constitucional y convencional garantista en una sociedad democrática.

## Referencias

Anitua, G. (2010). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Editores del Puerto.

Asamblea Nacional Constituyente (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (5 de marzo de 2004). *Resolución de casación dentro de los expedientes acumulados 189-2003 y 194-2003*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (4 de agosto de 2006). *Resolución de casación dentro del expediente 19-2006*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (29 de mayo de 2007). *Resolución de casación dentro del expediente 203-2006*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (7 de abril de 2010). *Resolución de revisión dentro del expediente 23-2008*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (20 de enero de 2011). *Resolución de casación dentro del expediente 267-2009*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (22 de marzo de 2011). *Resolución de casación dentro del expediente 914-2012*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (26 de abril de 2011). *Resolución de casación dentro del expediente 12-2010*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (1 de septiembre de 2011). *Resolución de revisión dentro del expediente 282-2011*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (14 de noviembre de 2011). *Resolución de revisión dentro del expediente 1546-2011*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (22 de marzo de 2012). *Resolución de revisión dentro del expediente 914-2012*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (18 de septiembre de 2015). *Resolución de casación dentro del expediente 457-2015*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (14 de mayo de 2016). *Resolución de casación dentro del expediente 1165-2015*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (27 de agosto de 2018). *Resolución de casación dentro del expediente 2298-2017*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (6 de febrero de 2018). *Resolución de casación dentro del expediente 1057-2017*. Guatemala.

Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (11 de junio de 2018). *Resolución de casación dentro de los expedientes acumulados 1434-2017 y 1437-2017*. Guatemala.

Congreso de la República de Guatemala (1973). *Decreto 17-73, Código Penal de Guatemala*. Tipografía Nacional.

Corte Constitucional de Colombia. (8 de febrero de 2006). Sentencia dentro del expediente C-077/06. *Inconstitucionalidad de ley general de carácter parcial*. Colombia.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala (17 de julio de 2012). Sentencia emitida dentro del expediente 1822-2011. *Inconstitucionalidad de ley general de carácter parcial por omisión*. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala (11 de febrero de 2016). Sentencia emitida dentro del expediente 1097-2015. *Inconstitucionalidad de ley general de carácter parcial*. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad de Guatemala (26 de mayo de 2016). Sentencia emitida dentro del expediente 4-2016. *Apelación de la sentencia de amparo*. Guatemala.

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (24 de octubre de 2017). Sentencia emitida dentro del expediente 5986-2016. *Inconstitucionalidad de ley general de carácter parcial*. Guatemala.
- Corte IDH. (20 de junio de 2005). *Sentencia emitida dentro del Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Costa Rica.
- Corte IDH. (10 de mayo de 2019). *Sentencia emitida dentro del Caso Martínez Coronado vs. Guatemala*. Costa Rica.
- Dias, I. y Zaffaroni, E. (2019). *La nueva crítica criminológica*. Editorial Ibañez.
- Elbert, C. (1998). *Manual básico de criminología*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista*. Editorial Trotta.
- González, E. (2009). *Apuntes de derecho penal guatemalteco*. Fundación Myrna Mack.
- Reyna, V. (2011). *Caso Fermín Ramírez*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, Campus de Quetzaltenango.

# La despenalización del consumo de drogas: Una mirada desde el pensamiento de Tomás de Aquino y el derecho constitucional comparado

## *Decriminalization of drug use: A view from the thought of Thomas Aquinas and comparative constitutional law*

Juan Pablo Gramajo Castro<sup>1</sup>

### Resumen

Este trabajo aborda la despenalización del consumo de drogas desde la perspectiva filosófica del pensamiento de Tomás de Aquino, con base en el tratamiento del tema en el derecho constitucional de otros países. Se exponen las justificaciones de algunos Tribunales Constitucionales para estimar inconstitucional la prohibición o penalización de la conducta, sobre la base de derechos como la intimidad y la vida privada, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de acción y el examen de proporcionalidad. Se discuten las posturas contrapuestas a que puede conducir el pensamiento de Tomás de Aquino, según se enfatice el carácter pedagógico de la ley humana o sus limitaciones como la posible tolerancia de ciertos males.

**Palabras clave:** Derecho Constitucional, Filosofía del Derecho, Derecho Natural, Derecho Penal, drogas, moral, ética, ley humana.

### Abstract

*This work focuses on decriminalization of drug use from the philosophical viewpoint of the thought of Thomas Aquinas, based on the treatment of the issue in other countries' constitutional law. It presents the justifications*

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. Maestro en Propiedad Intelectual, Universidad de San Carlos de Guatemala. Catedrático de Filosofía del Derecho, Teorías de la Justicia y Análisis Económico del Derecho, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3513-7982.jpablogc@ufm.edu>

*of some Constitutional Courts for considering prohibition or penalization as unconstitutional, based on rights such as intimacy and privacy, free development of personality, freedom to act and the proportionality test. It discusses the opposing views to which the thought of Thomas Aquinas may lead, depending on whether emphasis is placed on the pedagogical character of human law or on its limitations such as the possible tolerance of certain evils.*

**Keywords:** *Constitutional Law, Philosophy of Law, Natural Law, Criminal Law, drugs, morality, ethics, human law.*

---

## SUMARIO

Introducción – Marco normativo y observación metodológica  
– Derecho a la intimidad y a la vida privada – Derecho al libre desarrollo de la personalidad – Derecho a la libertad de acción  
– Proporcionalidad de la penalización – El pensamiento de Tomás de Aquino y su ubicación en la discusión jurídica –  
Discusión – Conclusiones – Referencias.

---

# **La despenalización del consumo de drogas: Una mirada desde el pensamiento de Tomás de Aquino y el derecho constitucional comparado**

## ***Decriminalization of drug use: A view from the thought of Thomas Aquinas and comparative constitutional law***

*Juan Pablo Gramajo Castro*

### **Introducción**

En años recientes algunos países han dado pasos hacia la legalización o, al menos, despenalización de las drogas, con diversas modalidades y alcances. El presente trabajo aborda la despenalización del consumo de drogas desde dos perspectivas: (i) la positiva del derecho constitucional y (ii) la filosófica del pensamiento de Tomás de Aquino.

Se inicia indicando el marco normativo relevante y una observación metodológica sobre la selección de casos. Luego se exponen descriptivamente algunos derechos fundamentales involucrados y el examen de proporcionalidad, con base en los casos seleccionados. Estos ilustran por qué en otras jurisdicciones se ha estimado inconstitucional penalizar el consumo de drogas. Se complementa con su tratamiento en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte de Constitucionalidad que, si bien no referida al tema específico, ejemplifican su entendimiento de derechos y principios relevantes. En conjunto, muestran aproximaciones al tema que podrían ser viables en el constitucionalismo nacional. Posteriormente, se exponen generalidades sobre el pensamiento de Tomás de Aquino y su lugar en la discusión jurídica racional. Sobre esa base se examinan posibles enfoques del tema desde la perspectiva tomista, y potenciales puntos de encuentro o disyuntiva entre esa postura filosófica y el derecho constitucional positivo.

Tomás de Aquino ha tenido un lugar muy importante en el cristianismo católico durante siglos. El pensamiento católico –manifestado en el magisterio papal y documentos eclesiásticos contemporáneos y recientes– se sigue nutriendo de sus reflexiones y las de autores antiguos como Agustín de Hipona, cuya cita no resulta para nada anacrónica en ese contexto. Pero aunque su relevancia es indiscutible en esa esfera, ¿por qué acudir a él para examinar el tema, si no representa una corriente predominante en el pensamiento jurídico actual y puede objetarse desde el laicismo como base constitucional de nuestra época?

La sociedad guatemalteca ha sido vista como conservadora por el respeto a la tradición que inspira, entre otros factores, su religiosidad (Torres-Rivas, 2015, pág. 107). El cristianismo es mayoritario en sus vertientes católica y evangélica, calculadas en 45 y 42% de la población (United States Department of State, 2019, pág. 1). La despenalización genera debate, entre otros motivos, desde una moralidad religiosa que valora negativamente el consumo incluso de drogas hoy consideradas menos peligrosas. Por tanto, abordarlo desde la óptica propuesta puede aportar ideas que esclarezcan una de las dimensiones del complejo tema en el contexto nacional. Desde luego, se puede objetar su relevancia desde posturas sobre laicismo y democracia, pero lo cierto es que el sentir religioso y moral de la población sigue siendo importante en la opinión pública en el país. Así, mal haría en ignorarse si se desea una visión debidamente contextualizada de un tema que toca fibras distintas, no exclusivamente jurídicas, de la vida social.

La descripción y discusión permitirán concluir por qué se ha estimado en otros países que la prohibición o penalización del consumo de drogas es inconstitucional, y qué posturas sobre ello son posibles desde las ideas de Tomás de Aquino. Esto permitirá reflexionar sobre convergencias o divergencias –y sus motivos– en un mismo tema desde la óptica jurídico-positiva y la visión religiosa o filosófica de un sector significativo de la población.

## **Marco normativo y observación metodológica**

Existe un marco relevante nacional e internacional. Guatemala es parte de los principales convenios internacionales que buscan combatir la producción, tráfico y comercialización de drogas ilegales: ONU 1961, 1971, 1988. En lo nacional, la Ley Contra la Narcoactividad (Decreto

48-92) tipifica el delito de *Posesión para el consumo* (Artículo 39). En los tratados, la única referencia a la posesión para consumo personal es del Artículo 3.2 de ONU 1988:

*A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales conforme a su derecho interno, (...) la posesión, la adquisición o el cultivo de estupefacientes o sustancias sicotrópicas para el consumo personal (...). (Énfasis propios)*

Por eso es importante examinar si, cómo y por qué los principios constitucionales de un Estado afectarían su posibilidad de penalizar tal conducta. Ese es el problema que se explora en el aspecto positivo de este trabajo. Para ilustrarlo se acude a casos en que jurisdicciones extranjeras han respondido afirmativamente.

Una de las técnicas empleadas en el derecho comparado es el funcionalismo, que el autor guatemalteco Villagrán Sandoval (2019), siguiendo a Husa y Danneman, explica como

...la selección de casos para identificar tendencias y rasgos similares en dos objetos comparables. Sin embargo, su mal uso y abuso lleva a presuponer circunstancias y hechos similares; en otras palabras, el ignorar los hechos y razones de trasfondo de los sucesos jurídicos y razonamientos judiciales. Es por ello que un funcionalismo mal utilizado puede crear nexos artificiales y sin coherencia lógica. A esto se le llama más concretamente *cherry picking*, que es la selección de casos sin una justificación propia o metodología coherente. (pág. 29).

Sobre el mal uso del funcionalismo en la práctica, critica que las fuentes extranjeras se utilicen no solo para informar sino para fundamentar, atribuyéndoles autoridad y universalidad (Villagrán, 2019, págs. 33-35).

Los casos se seleccionaron pues ilustran por qué otros tribunales han estimado inconstitucional penalizar la conducta<sup>2</sup>. Se limita a fallos

---

2 La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina, 2009) y la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México, 2018) se refirieron al Artículo 3.2 de ONU 1988 en el sentido que esa reserva hacía viable abordar el examen y resolución. Sin entrar a detalles sobre cómo funciona el sistema de justicia constitucional en esos países, vale indicar que "Colombia es el único caso, a diferencia de otros países de América Latina, en el cual la despenalización de la droga se ha dado por vía judicial" (López Daza, 2014, pág. 114). El fallo argentino "Arriola", aunque importante en el tema, no tiene efectos generales, como tampoco los posteriores amparos mexicanos de 2015 y 2018. Sin embargo, su valor ilustrativo para el examen que se pretende es evidente.

afirmativos de tribunales constitucionales porque interesa examinar sobre qué bases se ha sustentado tal respuesta, para evaluar la tensión o compatibilidad entre –en términos rawlsianos– el discurso judicial como expresión de la razón pública y la postura doctrinal filosófica o religiosa como doctrina comprensiva. Es posible que existan fallos con respuesta negativa, o que despenalizaciones por vía legislativa hayan descansado también sobre argumentos de constitucionalidad. Aclarados los límites y motivo de la selección, se considera viable su análisis sin incurrir en selectividad indebida.

Enseguida se describen algunos derechos, principios y valores constitucionales que, según los casos examinados, entran en conflicto con la penalización. Conllevan referencia a elementos de derecho internacional que podrían ser vía de influencia o recepción en el derecho guatemalteco. Entre ellos el examen de proporcionalidad, que se abordará más adelante.

## **Derecho a la intimidad y a la vida privada**

El derecho a la intimidad y a la vida privada ha sido reconocido por la jurisprudencia guatemalteca como un derecho fundamental garantizado por la Constitución que, aunque no emplea esa denominación, consagra derechos que de él se derivan y lo tutela mediante la primacía del derecho internacional. La Corte de Constitucionalidad lo ha reconocido con base en los Artículos: 23, 24, 30, 35 y 44 de la Constitución; 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); 14 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (2018d, 2015d, 2018c, 2010g, 2007, 2000). Se ha referido a ellos como derechos privilegiados por la Constitución (2019e, 2019d, 2016a, 2015b, 2011d, 2011a, 2010b, 2009, 2002) y los ha invocado en otras resoluciones (2019c, 2019a, 2015c, 2015a, 1997a, 1997b). El derecho a la intimidad deriva del reconocimiento de la dignidad humana, garantizado –entre otros– por los Artículos 1º al 5º constitucionales (2015a).

El derecho a la vida privada se reconoce en el Artículo 11.2 CADH. Este fue uno de los fundamentos de la Corte argentina en el “Fallo Arriola” (2009) para declarar inconstitucional el delito de ‘tenencia de estupefacientes para consumo personal’. También se refirió a los Artículos 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 12 DUDH

y 17.1 PIDCP, y al principio de dignidad proclamado en el sistema internacional de derechos humanos:

...tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos (...) respecto de la conveniencia (...) de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico. (2009)

Hay un sólido asidero constitucional y convencional para los derechos a la intimidad y a la vida privada, que han sido básicos para examinar la constitucionalidad de la penalización. Ese análisis también ha involucrado otros derechos relacionados y complementarios.

## **Derecho al libre desarrollo de la personalidad**

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria en Guatemala por desarrollar un instrumento que es parámetro de constitucionalidad (Corte de Constitucionalidad, 2019b, 2015e, 2016e, 2014b). Dicha Corte (2011), precisando los alcances del Artículo 11.2 CADH, ve incluido en él el derecho al libre desarrollo de la personalidad: “El ámbito de la privacidad (...) comprende, entre otras dimensiones, *tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente*” (párr. 48) (énfasis propio). Asimismo (2016):

...[el] derecho a la vida privada (...) abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo (...) la capacidad para *desarrollar la propia personalidad (...)*. *La vida privada (...) es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.* (párr. 152) (énfasis propio).

Bertoni & Zelada (2014) comentan el Artículo 11 indicando que “la vida privada incluye además el respeto al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la tutela del derecho a la autodeterminación de los aspectos esenciales que construyen la identidad del individuo” (pág. 283). También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2012) ha vinculado el libre desarrollo de la personalidad con el derecho a la vida privada: “la garantía (...) está destinada principalmente a asegurar *el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo*” (párr. 95) (énfasis propio).

El Artículo 44 de la Constitución guatemalteca establece que “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. Aunque el derecho al libre desarrollo de la personalidad no se prevé en la Constitución, la Corte de Constitucionalidad se ha referido a él en varias ocasiones como derecho fundamental (2016c, 2013c, 2010e, 2010f, 2010c, 2010d, 2010a, 2008) y, más aún, como meta del orden jurídico y político:

...los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado, creando así un clima de convivencia humana, *propicio para el libre desarrollo de la personalidad*. (2016b, 2011c, 2006) (énfasis propio).

Algunas constituciones lo reconocen expresamente como derecho fundamental o principio constitucional, como Alemania (Artículo 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania), España (Artículo 10.1 de la Constitución Española) y Colombia (Artículo 16 de la Constitución Política de Colombia).

En Alemania, su Tribunal Constitucional lo ha desarrollado como una libertad general, no circunscrita a una actuación específica como otras libertades, sino referida a la acción general de la persona. La particularidad de su objeto protegido radica precisamente en la indeterminación de la acción que garantiza y, por tanto, permite el reconocimiento progresivo de nuevos derechos fundamentales, como cláusula de derechos no enumerados, limitada por los principios de legalidad y proporcionalidad (Alvarado Tapia, 2015).

En España se reconoce como principio constitucional. Su Tribunal Constitucional lo ha desplegado como libertad general de acción para la construcción de la personalidad moral, y principio inspirador de los derechos constitucionales (Alvarado Tapia, 2015). Es un principio abierto que, en conexión y equilibrio con otros principios y reglas, condiciona la legislación. Se proyecta como principio general de libertad que exige una interpretación restrictiva de los límites legales sobre ella, aun cuando tengan fundamento constitucional. Jiménez Campo (2018) afirma que “El desarrollo «libre» de la personalidad que la Constitución ampara es (...) aquel del que es responsable el individuo, no el Estado” (págs. 226-227).

En Colombia, la Corte Constitucional lo ha interpretado como derecho fundamental y principio axiológico del ordenamiento jurídico, que vincula la actuación del poder público. Según su Corte, garantiza como núcleo esencial la libertad general de actuar que el individuo puede ejercer en cualquier ámbito. Comporta la libertad de toda persona para decidir en forma autónoma un plan de vida como senda existencial que da sentido a su condición humana, por lo que todo límite a su libertad debe ser consonante con la Constitución (Del Moral Ferrer, 2012).

En Guatemala, la Constitución contempla la libertad de acción general (Artículo 5º), contiene una cláusula general de derechos no enumerados (Artículo 44) y reconoce el derecho a la vida privada: El país cuenta tanto con figuras equivalentes para la función que en otras jurisdicciones se atribuye al derecho-principio de libre desarrollo de la personalidad, como con la consagración expresa de derechos fundamentales con que otras jurisdicciones lo han vinculado. Así, el constitucionalismo guatemalteco tiene vías para receptor y adaptar doctrinas en materia de libre desarrollo de la personalidad.

La Corte Constitucional de Colombia abordó la penalización del consumo de estupefacientes a la luz de su Artículo 16 constitucional. Concluyó que, aunque la norma establece que el orden jurídico puede imponer límites al derecho fundamental, el legislador no puede establecer más limitaciones que las que armonicen con el espíritu de la Constitución:

Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. (...) Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido (...) es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia. (...) Si el *derecho al libre desarrollo de la personalidad* tiene algún sentido (...) es preciso concluir que (...) *las normas que hacen del consumo de droga un delito, son claramente inconstitucionales*. (1994) (énfasis propios)

En México se ha reconocido el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad mediante la interpretación constitucional, como derivado del derecho a la dignidad previsto en el Artículo 1º de la Constitución Mexicana e implícito en tratados internacionales. Este derecho,

según la Suprema Corte –invocando al Tribunal Constitucional Alemán y a la Corte Suprema estadounidense–, permite la consecución del proyecto de vida de cada persona como ente autónomo, decidiendo el sentido de su existencia conforme sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera, sin coacción ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás (Primera Sala, 2018).

Según el tribunal mexicano (2018), desde un punto de vista externo el libre desarrollo de la personalidad cubre una libertad de acción genérica; desde una perspectiva interna, protege una esfera de privacidad contra incursiones externas que limitan su capacidad de tomar decisiones en ejercicio de la autonomía personal. Sus contornos deben precisarse jurisprudencialmente al cuestionar si protege determinadas acciones. Comporta un rechazo radical del paternalismo estatal, reconociendo a cada persona como mejor juez de sus propios intereses en tanto respete los derechos ajenos. Pertenece a la esfera de autonomía personal la elección de una actividad recreativa o lúdica, que puede incluir el consumo de sustancias que afecten los pensamientos, emociones o sensaciones que, como experiencias mentales, son personales e íntimas. Por tanto, las intervenciones sobre ese derecho deben superar un examen de proporcionalidad.

## **Derecho a la libertad de acción**

Como se expuso, una dimensión del derecho al libre desarrollo de la personalidad es como libertad general. En Guatemala, esto puede identificarse con la libertad de acción prevista en la Constitución. La Corte Interamericana (2007) se ha referido a la libertad así:

En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. (...) cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo. (...) la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción. (párrs. 52 y 53)

En el “Fallo Arriola” (2009), el magistrado Lorenzetti agregó en voto individual:

...toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. (...) Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (...) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. (...) El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera.

La Suprema Corte mexicana (2005) –invocando al Tribunal Constitucional Alemán– sostuvo que la libertad se encuentra protegida mediante derechos fundamentales que reflejan los espacios vitales que históricamente han sido más susceptibles a la afectación por parte del poder público. Sin embargo, cuando se invade un espacio vital no expresamente protegido por un derecho de libertad específico, se puede invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, protege un ‘área residual de libertad’ no cubierta por otras libertades públicas, una ‘libertad indefinida’ que complementa las libertades más específicas, con la función de salvaguardar la esfera personal no prevista en libertades tradicionales y concretas.

La Constitución guatemalteca tutela directamente las áreas residuales o indefinidas de libertad. Si bien el Artículo 5° prevé las prohibiciones legales como límites a la libertad, en un contexto garantista ello no puede interpretarse como remisión indiscriminada al criterio del legislador ordinario, pues las restricciones deben ser congruentes con el sistema de valores y derechos humanos cuya tutela consagra el marco constitucional. Así, la libertad de acción del Artículo 5° puede desempeñar la función protectora atribuida al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al respecto cabe recordar lo afirmado por la Corte de Constitucionalidad:

El Estado constitucional de Derecho tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales y defiende a los ciudadanos frente a las amenazas de la tiranía (...) con la acción de los tribunales constitucionales no

se pretende afectar el principio democrático de la soberanía popular, sino *abolir el dogma de la omnipotencia de la ley y limitar los abusos de las mayorías políticas*. (2020) (énfasis propio)

El legislador ordinario no es omnipotente para establecer prohibiciones sobre la libertad de acción que resulten materialmente incongruentes con los fines y valores constitucionales. Por eso puede ser inconstitucional prohibir y penalizar una conducta realizada en ejercicio de la libre autodeterminación personal, sin daños directos a terceros, de manera desproporcionada e inidónea respecto de su fin manifiesto de proteger la salud pública.

## Proporcionalidad de la penalización

En el amparo mexicano se cuestionó el sistema de prohibiciones administrativas de la Ley General de Salud<sup>3</sup>. Para el análisis de proporcionalidad, la Corte se limitó a actividades estrictamente vinculadas con el autoconsumo de marihuana, concluyendo que (2018): Primero, las restricciones perseguían finalidades *constitucionalmente válidas* de protección a la salud y al orden público; segundo, la autodegradación moral, afectaciones al desempeño social y disminución de la productividad laboral que produce la marihuana no son razones constitucionalmente válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad; tercero, el sistema de prohibiciones administrativas es una medida *idónea* para proteger la salud de las personas y el orden público; cuarto, sin embargo, es una medida *innecesaria*, pues existen alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen menos el derecho fundamental; quinto, es una medida *desproporcionada*, pues genera una protección mínima a la salud y al orden público frente a la intensa intervención al derecho fundamental. En consecuencia, se estimó inconstitucional prohibir el consumo personal de marihuana con fines lúdicos porque la prohibición no superó las gradas de *necesidad* ni de *proporcionalidad en sentido estricto* del examen de proporcionalidad.

3 Aunque la declaratoria no versaba sobre los tipos penales que criminalizan el consumo, el efecto de permitir al solicitante obtener autorización para su uso conllevó lógicamente el no incurrir en los correspondientes delitos ni sanciones administrativas.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha aplicado un *test* de proporcionalidad en varios fallos (entre otros: 2018b, 2017a, 2017b, 2016d, 2014a, 2012, 2013b)<sup>4</sup>. Por el carácter esencialmente casuístico del examen de proporcionalidad, no sienta precedente vinculante que forje líneas jurisprudenciales (Villagrán & García Barrientos, 2020, pág. 22). La referencia a precedentes sirve, más bien, para explicar cómo la Corte ha definido la figura en abstracto y ejemplificar su aplicación. La Corte no ha sido uniforme al definir la proporcionalidad y sus elementos, incurriendo en confusiones conceptuales (Villagrán & García Barrientos, 2020, págs. 23-26). Tomando nota de estas limitaciones –que en un examen detenido exigirían mayor discusión–, para efectos del presente se toma una de las descripciones hechas por la Corte en que indica que la proporcionalidad se integra por cuatro requisitos:

**A.** Debe tener por propósito preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso y relevante. **B.** Debe constituir medio adecuado para coadyuvar a la promoción o realización del fin descrito en la literal anterior –idoneidad–. **C.** Debe constituir medio necesario para conseguir el resultado deseado, sin que existan otras medidas menos gravosas para el efecto –necesidad–. **D.** El beneficio que conlleva para el fin descrito en la literal A debe ser mayor al perjuicio para el derecho afectado –proporcionalidad en sentido estricto–. (2018b).

Si se asimila el caso mexicano a los parámetros guatemaltecos podría decirse que: (i) la protección de la salud y el orden público son fines constitucionalmente valiosos y relevantes; (ii) la penalización no ha resultado idónea para promover la salud y el orden público, pues el uso de drogas continúa mientras el narcotráfico causa numerosos daños sociales; (iii) la penalización es innecesaria, pues existen medidas menos gravosas para promover los fines constitucionalmente válidos con menos intervención de derechos fundamentales; (iv) la penalización es desproporcional, pues conlleva poco (si alguno) beneficio para la salud y el orden público, frente al perjuicio a los derechos afectados.

A diferencia del caso mexicano, se estima que la penalización tampoco cumple la grada de *idoneidad*, si esta se entiende referida a la vivencia real de la sociedad buscando proveer mejores condiciones para el ejercicio de un derecho. Desde luego, es problemático que eso lo

4 Villagrán & García Barrientos (2020, pág. 20-22) han criticado la adopción de la proporcionalidad como “un trasplante sin justificación ni método”, señalando que su abuso conlleva el riesgo de “que la Constitución se convierta en una camisa de fuerza de la sociedad por parte de los jueces y evite la concertación de nuevos valores y debates democráticos”.

evalúe un juez constitucional y no el legislador, de donde la proporcionalidad se emplea como último recurso, siendo preferible acudir antes a reglas más claras como estándar de protección (Villagrán & García Barrientos, 2020, págs. 28 y 22).

En esa línea, quizá deba darse prioridad al carácter de *ultima ratio* que debe tener el derecho penal, principio específico en materia punitiva. En la práctica, la Corte de Constitucionalidad también ha vinculado este principio con la proporcionalidad (2018a; véase también 2011b): no pueden existir normas que tipifiquen delitos sin fundamento, ni penas excesivas e innecesarias; la proporcionalidad fundamenta la prohibición de exceso punitivo, limitando el derecho penal a su alcance indispensable causando el menor daño posible. La Corte ha explicado el carácter de *ultima ratio* como principio de intervención mínima, carácter fragmentario y naturaleza subsidiaria del derecho penal (2013a). También la Corte Interamericana (2008; véase también 2004, 2005) ha invocado estos principios como caracteres que debe revestir el ejercicio del poder punitivo en una sociedad democrática.

## **El pensamiento de Tomás de Aquino y su ubicación en la discusión jurídica**

El pensamiento de Tomás de Aquino (1225-1274) ha sido un referente para el cristianismo católico desde hace siglos. A mediados del siglo XIX tuvo una renovación llamada “neotomismo”, que recibió impulso del papá León XIII en su encíclica *Aeterni Patris* (1879). En el siglo XX fue recomendado por el Concilio Vaticano II en sus documentos *Optatam totius* (1965a) y *Gravissimum educationis* (1965b), y por el papa Juan Pablo II en su encíclica *Fides et ratio* (1998). Su influencia es tal que, después de Agustín de Hipona, es el escritor eclesiástico más citado en el Catecismo de la Iglesia Católica de 1997 (Benedicto XVI, 2010). El actual pontífice Francisco lo ha citado ampliamente –incluso más que sus predecesores– en algunos de los principales documentos de su pontificado (Botella Cubells, 2014; Francisco, 2016, 2020). El tomismo se asocia principalmente con el aristotelismo, más aportes propios de Tomás de Aquino. El neotomismo busca progresar conforme dinámicas contemporáneas, encontrando desarrollo y crecimiento sobre materias que Aquino no abordó, para generar soluciones a problemas actuales. (Swartz, 2009, págs. 120-121).

Como se dijo antes, se estima que abordar el tema desde esta óptica, aun siendo una visión de origen religioso, es posible y de interés por cuanto esa religión influye de diversas maneras sobre la opinión pública del país, cuya población ha sido estimada como generalmente conservadora. Tal examen puede revelar puntos de tensión o compatibilidad entre una tendencia en el derecho constitucional positivo y la consideración de un sector poblacional significativo.

Para ubicar la discusión en el ámbito jurídico, conviene mencionar dos puntos. Primero: El magisterio eclesiástico ha resaltado en el pensamiento de Aquino su aspiración a una armonía entre razón y fe (Juan Pablo II, 1998; Benedicto XVI, 2010). Desde esa óptica –aun distinguiendo las esferas de competencia de Iglesia y Estado y la legítima autonomía de las realidades temporales–, emplear la enseñanza de Tomás dentro de una discusión racional sobre temas jurídicos no ofrece mayor dificultad ni resulta problemático.

Segundo: En la actualidad, esa auto-comprensión del pensamiento católico no es suficiente en todos los ámbitos para justificar su consideración en materias vistas como exclusivas de la autoridad estatal y la discusión democrática. Ante la posible objeción por laicidad, una manera alternativa de verlo –no la única– podría encontrarse en Rawls. Rawls (1997) distingue entre: (i) la razón pública, que pertenece a la esfera política democrática y admite la existencia de diversas concepciones políticas de la justicia; y (ii) las doctrinas comprensivas (*comprehensive doctrines*) sobre la verdad o lo correcto, que pueden ser morales, filosóficas o religiosas. Las doctrinas comprensivas –religiosas o no– pueden ser razonables y aceptar una sociedad democrática constitucional reconociendo su razón pública, a diferencia de las doctrinas fundamentalistas, autocráticas y dictatoriales. La razón pública opera en el foro político mediante el discurso de (i) los jueces en sus decisiones, (ii) legisladores y miembros del poder ejecutivo, (iii) candidatos y partidos políticos.

La razón pública y las doctrinas comprensivas racionales pueden coincidir en aceptar alguna forma del argumento político a favor de la tolerancia, aun cuando el adherente a una doctrina comprensiva piense que las razones correctas, verdaderas, para aceptar el orden democrático constitucional no son las políticas sino las que provee su doctrina (Rawls, 1997, pág. 804). Ejemplo de esto quizá sean las nociones católicas de libertad religiosa (Concilio Vaticano II, 1965c) y tolerancia (Francisco, 2020).

La despenalización del consumo personal de drogas (o la inconstitucionalidad de su penalización) puede aceptarse desde la razón pública según el discurso judicial expuesto. ¿Puede serlo desde el catolicismo como doctrina comprehensiva religiosa? En caso afirmativo, ¿difieren los motivos para aceptarlo? Estas preguntas son de interés, como se dijo, pues (i) atañen a cómo un sector numérico y culturalmente significativo de la sociedad pueda ver un cambio jurídico y (ii) pueden revelar interpretaciones distintas a la de una tradicional postura conservadora.

## Discusión

Aunque la discusión que se pretende no es de filosofía moral sino jurídica, es importante partir de cómo la moral católica valora el consumo de drogas, pues –en general, no sólo desde la óptica religiosa– la valoración moral de un acto es algo que ciertamente incide sobre su consideración jurídica, sea que se trate de una moral ideal o positiva, religiosa o secular, etc.

El Catecismo de la Iglesia Católica afirma que “El uso de la droga inflige muy graves daños a la salud y a la vida humana. Fuera de los casos en que se recurre a ello por prescripciones estrictamente terapéuticas, es una falta grave” (párr. 2291). Se estima que el consumo personal de droga produce daños en la persona y en su ámbito familiar, laboral, profesional, así como daños a la sociedad con el tráfico y comercio clandestino. Los males pueden ser de distinta gravedad según factores como el tipo de droga, la dosis consumida o la frecuencia del consumo (Ciccone, 2006, págs. 352-355; Fernández, 2010, págs. 432-433).

Sullivan & Austriaco (2016), sobre el uso recreativo de marihuana desde la teoría de Aquino, concluyen que es un caso del vicio de intoxicación y, por tanto, moralmente ilícito. Según Tomás, la intoxicación o ebriedad es una falta grave en tanto disminuye o incapacita la racionalidad. Para los autores, igual condena merece la intoxicación por uso lúdico de marihuana (págs. 158, 164). Juan Pablo II comparó así el consumo de drogas con el de alcohol:

Mientras el uso moderado del alcohol (...) no choca con prohibiciones morales y sólo su abuso es condenable, el drogarse (...) siempre es ilícito porque comporta una renuncia injustificada e irracional a pensar, querer y actuar como personas libres. (Citado en Sullivan & Austriaco, 2016, pág. 164) (traducción libre).

Es claro, pues, que la moralidad católica valora negativamente el consumo de drogas. Ahora bien, en la doctrina católica la moral se concibe como un orden objetivo (“ley moral natural”), accesible a la razón independientemente de la creencia religiosa, por lo que sus postulados se proponen como de validez universal (Catecismo de la Iglesia Católica, párr. 1950-1960). Esto es un punto importante de diferencia respecto de una concepción jurídica democrática que admita posturas morales distintas. Sin abordar esa dificultad, se examina exclusivamente si al derecho positivo le corresponde o no prohibir todo lo malo o inmoral.

Como se dijo, otro pensador cristiano importante es Agustín de Hipona, cuya enseñanza se invoca por el magisterio eclesiástico hasta la actualidad. Así, es de interés y relevante considerar este antecedente: Para Agustín, la ley positiva no tiene por función realizar todas las exigencias de la ley natural, sino prohibir o castigar únicamente aquellos vicios cuya represión es necesaria para obtener la paz social como fin propio del derecho (Hervada, 1996, pág. 105). Agustín (1958) se pregunta “si la ley penal (...) tiene derecho a castigar y hasta qué punto” (pág. 243), concluyendo que “No son las cosas mismas las que han de ser condenadas, sino los hombres que abusan de ellas” (1958, págs. 243-244). Tomás de Aquino (2008), al preguntarse si es propio de la ley humana reprimir todos los vicios, cita otro pasaje de Agustín y afirma que

...la ley humana se establece para una multitud de hombres, en la cual la mayor parte no son hombres perfectos en la virtud. Y así la ley humana no prohíbe todos los vicios, de los que se abstiene un hombre virtuoso; sino sólo se prohíben los más graves, de los cuales es más posible abstenerse a la mayor parte de los hombres, especialmente aquellas cosas que son para el perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar, como son los homicidios, hurtos, y otros vicios semejantes [...] la ley humana no puede prohibir todo aquello que prohíbe la ley natural. (págs. 53-54).

Más allá de esos ejemplos, Tomás no desarrolla exhaustivamente qué vicios debería o no prohibir la ley humana, sino remite a las costumbres de cada comunidad para determinarlo. Esto es un elemento importante pues admite contextualizar la ley natural en tiempo y espacio, lejos de una universalidad atemporal, abstracta y rígida como se asocia más comúnmente con las posturas iusnaturalistas<sup>5</sup>. Siguiendo a Isidoro de Sevilla, Aquino considera que la ley debe ser posible tanto según la naturaleza como según las costumbres. Por tanto, la determinación puede cambiar según diversas circunstancias (Aquino, 2008, pág. 53; Fleischacker, 1990, págs. 145-146). Esto no modifica la valoración moral del acto; solo muestra una limitación de la ley humana, que “suele permitir ciertas cosas no aprobándolas, sino en cuanto no es capaz de dirigir las” (Aquino, 2008, pág. 27; Fleischacker, 1990, pág. 147). Otro pasaje de Aquino (1990) sobre los alcances de la ley humana y la tolerancia legal del mal –en que también cita a Agustín– es este:

...siendo Dios omnipotente y sumamente bueno, permite, sin embargo, que sucedan males en el universo pudiéndolos impedir, no suceda que, suprimiendo esos males, queden impedidos bienes mayores o incluso se sigan peores males. Así, pues, en el gobierno humano, quienes gobiernan toleran también razonablemente algunos males para no impedir otros bienes, o incluso para evitar peores males. Así lo afirma San Agustín (...): *Quita a las meretrices de entre los humanos y habrás turbado todas las cosas con sensualidades*<sup>6</sup>. (pág. 121)

Es claro que la ley humana no debe prohibir todos los vicios. Sin embargo, el tema de las drogas se cuestiona también desde la perspectiva del valor pedagógico que Tomás –siguiendo a Aristóteles– atribuye a la ley. Keys (2001) señala dos funciones pedagógicas de la ley en el pensamiento de Aquino: (i) una negativa, en tanto sirve para reprimir y reformar a quienes obran mal, abriéndoles la posibilidad de cultivar la virtud y disminuir su influencia corruptiva sobre los demás; (ii) una positiva, en tanto ayuda a la persona buena a adquirir virtudes sociales que desea poseer. Si la ley, según Tomás, debe conformarse al régimen o constitución vigente en una sociedad y ser sensible ante sus costumbres

5 Según Hervada, la rigidez y logicismo vienen del iusnaturalismo racionalista desde el siglo XVII (1996, pág. 259).

6 La tolerancia legal de la prostitución, aun considerándola inmoral, fue admitida por autores de la escolástica medieval como Antonino de Florencia, Conrad Summenhart y Martín de Azpilcueta. (Chafuen, 2009, pág. 264-265).

y condiciones, puede a su vez fomentar virtudes que auxilien la justicia más allá del estricto deber, aunque normalmente sin pena de sanción. (págs. 520-525, 529-503).

Staudt (2014) argumenta que, si bien algunas cosas inmorales deben tolerarse legalmente, ello no puede ser excusa para permitir cosas que menoscaban la bondad y felicidad a nivel fundamental. Las drogas, en tanto atacan la racionalidad, amenazan el mantenimiento de la sociedad y dañan a otros. Las leyes, en cambio, deberían reflejar qué tipo de ciudadano se desea en una sociedad. Al legalizar las drogas –que no es lo mismo que solamente despenalizar su consumo–, se les da un lugar aceptable en la cultura, legitimándolas como inofensivas para la vida humana y la sociedad. Con esto responde a Freddoso, quien estima que la legalización debe sopesarse frente a los daños que causa la ilegalidad, e invoca la enseñanza de Tomás para afirmar que la ausencia de prohibición no equivale a fomentar o promover.

Fleischacker (1990) aborda de otra manera la función pedagógica de la ley, estimando que Aquino no estaría de acuerdo con la prohibición de las drogas. Aunque la prohibición tenga una finalidad buena, al hacerse inaplicable causa mayores daños al orden social como violencia, corrupción y desprecio por la ley. En su opinión, las personas no cultivarán disposiciones de obediencia y humildad, ni se guiarán moralmente por la ley, si ven que quienes flagrantemente la desobedecen viven libre y cómodamente, o ven corrupción en quienes tienen el cargo de aplicarla (págs. 146-149). Cita al efecto esta enseñanza de Tomás (2008):

...la ley humana (...) no impone inmediatamente a la multitud de imperfectos aquello que sólo pueden cumplir los virtuosos, por ejemplo que se abstenga de todo mal; porque los imperfectos, no pudiendo cumplir todos estos preceptos, caerían en males peores (...); o sea que los preceptos pueden ser despreciados, y por tal desprecio los hombres se pueden inclinar a peores males. (pág. 54).

Ciccone (2006), por su parte, valora positivamente en su conjunto la solución que tiende a sustituir el castigo por la terapia, basada en la ineficacia y desproporción de la acción legal para reprimir el uso de la droga (págs. 355-358).

Se observa, entonces, que las reflexiones sobre este tema siguiendo el pensamiento de Aquino pueden arribar a conclusiones distintas. En

principio, las posturas divergen según enfatizan la posibilidad de tolerar legalmente el mal o la función pedagógica positiva de la ley. Sin embargo, posturas como la de Fleischacker también toman en cuenta el carácter pedagógico de la ley, pero no solo en su contenido formal sino en el panorama más amplio de sus efectos sociales. Dicho autor ve una raíz hegeliana en concebir la ley como máxima expresión de la moralidad social que, por tanto, requeriría que una sociedad legisle contra todo lo que moralmente desaprobe, sin importar su eficacia práctica (Fleischacker, 1990, págs. 140-141).

En esto hay un conflicto entre distintos modos de concebir la función del derecho respecto de otros órdenes sociales y normativos. En la visión pedagógica de Tomás, la disciplina de la ley obliga por miedo al castigo y es necesaria para refrenar el mal en quienes no se mueven por los consejos normalmente recibidos en el hogar o de personas sabias (Aquino, 2008, págs. 43-45; Keys, 2001, págs. 520-522). Así, la ley humana hace posible llegar a hacer voluntariamente lo que antes se hacía por temor al castigo, proceso no lejano de lo que Olivecrona expuso como internalización psicológica de los imperativos (Aquino, 2008, pág. 44; Harris, 2011, págs. 104-105). Un debate más amplio debe considerar qué rol corresponde a las familias, las comunidades y otras dimensiones de la sociabilidad en la formación de la ética y las costumbres, o si se espera que el Estado, mediante legislación y castigo, promueva e imponga la conducta moral.

Según Tomás (1989), es propio de la naturaleza humana estar dotada de libre albedrío, que le confiere la prerrogativa entre las demás criaturas de obrar por sí mismo. El libre albedrío es una facultad de la voluntad y de la razón, mediante las cuales la persona es dueña de sus actos. La voluntad puede dirigirse libremente a cosas diversas porque la razón puede tener diversas concepciones del bien. La virtud es el buen uso del libre albedrío, mientras el pecado lo debilita y corrompe la naturaleza humana (págs. 38, 169, 422, 597, 614, 912, 949, 965, 971).

Para Aquino –como para el cristianismo en general y algunas teorías éticas– existe un orden moral objetivo, accesible a la razón, que hace al ser humano capaz de distinguir entre el bien y el mal. Desde esa visión, el derecho al libre desarrollo de la personalidad no podría entenderse en sentido relativista, como si cualquier acto fuera bueno por el solo hecho de elegirse libremente. En cambio, tendría que entenderse que

los intereses, convicciones, inclinaciones y deseos que orientan la autodeterminación de la persona deben guiarse por la recta razón concedora del orden objetivo.

## Conclusiones

1. Los tribunales constitucionales de Colombia, Argentina y México han considerado que la prohibición o penalización del consumo de drogas –incluso recreativo– es inconstitucional, pues limita indebidamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad como autodeterminación en general. El tribunal mexicano, además, estimó que la penalización no supera un examen de proporcionalidad.
2. Tomás de Aquino consideraba, por un lado, que la ley humana tiene una función pedagógica por la que dirige a las personas hacia la virtud y las aleja del vicio y, por otro, que dicha ley no puede obligar a todas las virtudes ni prohibir todos los vicios, sino que debe a veces tolerar ciertos males para evitar males mayores. El tratamiento de la despenalización o legalización de las drogas, desde el pensamiento de Aquino, da lugar a posturas contrapuestas según se acentúe uno u otro aspecto de la ley.
3. Desde el pensamiento de Aquino puede aceptarse que la penalización del consumo de drogas es una restricción desproporcionada de la libertad personal, no porque esta sea omnímoda para determinar por sí el bien y el mal, sino porque tal determinación no corresponde por completo a la autoridad estatal y hay otros factores del contexto social que deben tomarse en cuenta para un empleo adecuado del poder punitivo. En ese sentido, coincide con lo examinado en la jurisprudencia en cuanto a la proporcionalidad y el principio de *ultima ratio* como límites del derecho penal, aunque no con la concepción tan amplia del libre desarrollo de la personalidad.
4. La despenalización (o la declaratoria de inconstitucionalidad de la penalización) serían decisiones en que la razón pública y la doctrina comprehensiva religiosa pueden coincidir, aunque por razones diferentes.

## Referencias

- Alvarado Tapia, K.P. (2015). 'El libre desarrollo de la personalidad. Análisis comparativo de su reconocimiento constitucional en Alemania y España'. *Revista de Investigación Jurídica, Número 10*. Perú: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Aquino, T. (1989). *Suma de teología. II. Parte I-II*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aquino, T. (1990). *Suma de teología. III. Parte II-II (a)*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Aquino, T. (2008). *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los príncipes*. México: Editorial Porrúa.
- Asamblea Nacional Constituyente (Colombia). (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Asamblea Nacional Constituyente (Guatemala). (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*.
- Benedicto XVI, papa. (2010, 2 de junio). *Audiencia general: Santo Tomás de Aquino*. Libreria Editrice Vaticana.
- Bertoni, E.; Zelada, C. (2014). 'Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad'. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Steiner, C.; Uribe, P. (Coordinadores). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación; Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica.
- Botella Cubells, V. (2014). 'Santo Tomás de Aquino en la *Evangelii Gaudium* del papa Francisco'. *Revista Internacional Telos, Domuni-Press, no. 1*, 15-32. <https://bit.ly/3b3Xxkd>
- Chafuen, A. (2009). *Raíces cristianas de la economía de libre mercado*. Santiago de Chile: Fundación para el Progreso.
- Ciccone, L. (2006). *Bioética. Historia, principios, cuestiones*. Madrid: Palabra.
- Concilio Vaticano II. (1965a, 28 de octubre). *Optatam totius*. Libreria Editrice Vaticana.

- Concilio Vaticano II. (1965b, 28 de octubre). *Gravissimum educationis*. Libreria Editrice Vaticana.
- Concilio Vaticano II. (1965c, 7 de diciembre). *Dignitatis humanae*. Libreria Editrice Vaticana.
- Congreso de la República de Guatemala. (1992). *Ley Contra la Narcoactividad*, Decreto 48-92.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (1997a). *Expediente 1281-96*, sentencia de 27 de mayo de 1997.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (1997b). *Expediente 1304-96*, sentencia de 27 de mayo de 1997.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2000). *Expediente 438-2000*, sentencia de 27 de septiembre de 2000.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2002). *Expediente 567-2002*, sentencia de 19 de junio de 2002.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2006). *Expediente 1356-2006*, sentencia de 11 de octubre de 2006.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2007). *Expediente 1201-2006*, sentencia de 27 de septiembre de 2007.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2008). *Expediente 448-2006*, sentencia de 30 de enero de 2008.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2009). *Expedientes acumulados 467 y 612-2008*, sentencia de 9 de julio de 2009.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2010a). *Expediente 4868-2009*, sentencia de 2 de junio de 2010.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2010b). *Expediente 1828-2010*, sentencia de 24 de agosto de 2010.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2010c). *Expediente 1665-2010*, sentencia de 14 de septiembre de 2010.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2010d). *Expediente 1826-2010*, sentencia de 14 de septiembre de 2010.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2010e). *Expediente 4824-2009*, sentencia de 14 de septiembre de 2010.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2010f). *Expediente 4864-2009*, sentencia de 14 de septiembre de 2010.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2010g). *Expedientes acumulados 1373, 1412 y 1413-2009*, sentencia de 30 de noviembre de 2010.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2011a). *Expediente 3636-2009*, sentencia de 10 de febrero de 2011.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2011b). *Expediente 2442-2010*, sentencia de 5 de abril de 2011.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2011c). *Expediente 863-2011*, sentencia de 21 de junio de 2011.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2011d). *Expediente 2882-2011*, sentencia de 27 de octubre de 2011.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2012). *Expediente 2729-2011*, sentencia de 14 de agosto de 2012.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2013b). *Expedientes acumulados 1079, 2858, 2859, 2860, 2861 y 2863-2011*, sentencia de 12 de noviembre de 2013.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2013c). *Expedientes acumulados 1512 y 1637-2013*, sentencia de 10 de diciembre de 2013.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2014a). *Expediente 3865-2013*, sentencia de 22 de enero de 2014.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2014b). *Expediente 3340-2013*, sentencia de 18 de diciembre de 2014.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2015a). *Expediente 3552-2014*, sentencia de 10 de febrero de 2015.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2015b). *Expediente 5082-2014*, sentencia de 10 de junio de 2015.

- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2015c). *Expediente 201-2015*, sentencia de 22 de septiembre de 2015.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2015d). *Expediente 3575-2015*, sentencia de 15 de octubre de 2015.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2015e). *Expediente 1006-2014*, sentencia de 26 de noviembre de 2015.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2016a). *Expediente 4054-2015*, sentencia de 4 de febrero de 2016.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2016b). *Expediente 3553-2014*, sentencia de 16 de marzo de 2016.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2016c). *Expediente 3617-2015*, sentencia de 29 de marzo de 2016.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2016d). *Expediente 5009-2013*, sentencia de 14 de julio de 2016.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2016e). *Expediente 3438-2016*, sentencia de 8 de noviembre de 2016.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2017a). *Expediente 5956-2016*, sentencia de 5 de octubre de 2017.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2017b). *Expediente 919-2016*, dictamen de 23 de noviembre de 2017.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2018a). *Expediente 2951-2017*, sentencia de 12 de febrero de 2018.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2018a). *Expediente 5499-2017*, sentencia de 3 de mayo de 2018.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2018b). *Expediente 1732-2015*, sentencia de 9 de junio de 2018.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2018c). *Expediente 209-2016*, sentencia de 7 de agosto de 2018.
- Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2019a). *Expediente 2014-2018*, sentencia de 17 de enero de 2019.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2019b). *Expediente 3239-2017*, sentencia de 29 de enero de 2019.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2019c). *Expediente 5249-2017*, sentencia de 29 de enero de 2019.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2019d). *Expediente 446-2016*, sentencia de 21 de mayo de 2019.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2019e). *Expediente 1406-2019*, sentencia de 17 de septiembre de 2019.

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). (2020). *Expedientes acumulados 2187, 2189 y 2190-2020*, sentencia de 24 de julio de 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2004). *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, sentencia de 31 de agosto, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005). *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de 22 de noviembre, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, sentencia de 21 de noviembre, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008). *Caso Kimel vs. Argentina*, sentencia de 2 de mayo, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia de 29 de noviembre, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Caso I.V. vs. Bolivia*, sentencia de 30 de noviembre, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). (2009). *"Fallo Arriola", A.891.XLIV, Arriola, Sebastián y otros s/ causa No. 9080*, 25 de agosto.

Cortes y el Pueblo Español, Las. (1978). *Constitución Española*.

- Del Moral Ferrer, A. (2012). 'El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana'. *Cuestiones Jurídicas, Volumen VI, número 2*. Maracaibo: Universidad Rafael Urdaneta.
- Fernández, A. (2010). *Teología moral. Curso fundamental de la moral católica*. Madrid: Palabra.
- Fleischacker, S. (1990). 'On the enforcement of morality: Aquinas and narcotics prohibition'. *Public Affairs Quarterly, Vol. 4, No. 2*, pág. 139-158. Illinois: University of Illinois Press.
- Francisco, papa. (2016, 19 de marzo). *Amoris laetitia*. Libreria Editrice Vaticana.
- Francisco, papa. (2020, 3 de octubre). *Fratelli tutti*. Libreria Editrice Vaticana.
- Harris, J.W. (2011). *Legal philosophies*. Oxford: Oxford University Press.
- Hervada, J. (1996). *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA).
- Iglesia Católica. (1997). *Catecismo de la Iglesia Católica*. Libreria Editrice Vaticana.
- Jiménez Campo, J. (2018). 'Comentario al artículo 10.1 de la Constitución Española'. *Comentarios a la Constitución Española, Tomo I*. Rodríguez-Piñero, M.; Casas Baamonde, M.E. (Directores). Madrid: Boletín Oficial del Estado, Ministerio de Justicia, Fundación Wolters Kluwer España, Tribunal Constitucional.
- Juan Pablo II, papa. (1998, 14 de septiembre). *Fides et ratio*. Libreria Editrice Vaticana.
- Keys, M.M. (2001). 'Aquinas's two pedagogies: A reconsideration of the relation between law and moral virtue'. *American Journal of Political Science, Vol. 45, No. 3*, pág. 519-531. Bloomington: Midwest Political Science Association.
- López Daza, G.A. (2014). 'La legalización por vía judicial del consumo de la dosis personal de droga: ¿un desafío al sistema democrático en América Latina?'. *Justicia Juris, Vol. 10, No. 1*, enero – junio, pág. 102-116. <https://bit.ly/3nh2MiW>

- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1961). *Convención Única sobre Estupefacientes de 1961*, enmendada por el *Protocolo de 1972*.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1971). *Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas de 1971*.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988*.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Pueblo Alemán, El. (1949). *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Traducción de García Macho, R. & Sommermann, K-P. Edición del Bundestag Alemán, 2019.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). (2015). *Amparo en revisión 237/2014*.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). (2018). *Amparo en revisión 1115/2017*, sesión de 11 de abril.
- Rawls, J. (1997). 'The Idea of Public Reason Revisited'. *The University of Chicago Law Review*, Volume 64, Number 3, pág. 765-807. <https://bit.ly/3hKljll>
- Sala Plena de la Corte Constitucional (Colombia). (1994). *Sentencia número C-221/94*, 5 de mayo.
- San Agustín. (1958). *Obras de san Agustín en edición bilingüe. III. Obras filosóficas*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.
- Staudt, J. (2014, 7 de enero). 'Marijuana legalization: What would Aquinas really say?' *Crisis Magazine*. <https://bit.ly/3mMhjUI>

- Swartz, N.P. (2009). 'Rosmini: Thomist or neo-thomist? The debate continues'. *Journal of Politics and Law*, Vol. 2, No. 2, pág. 120-131. Ontario: Canadian Center of Science and Education.
- Torres-Rivas, E. (2015). 'Izquierdas y derechas hoy en Guatemala. ¿Qué somos?'. *Revista Análisis de la Realidad Nacional, Instituto de Problemas Nacionales (IPNUSAC)*, Año 4, Núm. 75, 100-112. <https://bit.ly/36z0ncE>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (2012). *Asunto von Hannover c. Alemania (no. 2)*, Sentencia de Gran Sala, 7 de febrero.
- United States Department of State. (2019). 'Guatemala 2019 International Religious Freedom Report'. *International Religious Freedom Report for 2019*. Office of International Religious Freedom. <https://bit.ly/3559dzB>
- Villagrán Sandoval, C.A. (2019). 'Del funcionalismo al constructivismo en el análisis de jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad'. *Pensamiento jurídico*, 4, *Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar. <https://bit.ly/2X6RuDI>
- Villagrán, C.A.; García Barrientos, A.E. (2020). 'Demétodos, proporcionalidad y las reformas a la Ley de ONG'. *Pensamiento jurídico*, 7, *Instituto de Investigación y Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Guatemala: Universidad Rafael Landívar. <https://bit.ly/2XfnFk9>



# Hacia la construcción de un código interpretativo por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala respecto al derecho humano a un ambiente sano

## *Towards the construction of an interpretative code by the Constitutional Court of Guatemala regarding the human right to a healthy environment*

Rosa María López Yuman<sup>1</sup>

### Resumen

La interpretación de los preceptos constitucionales que se caracterizan por su generalidad y ambigüedad, constituyen un reto permanente para las juezas y jueces constitucionales, puesto que es a ellos a quien les corresponde atribuirles sentido, labor que implica la búsqueda de un código interpretativo que se ajuste a los principios y métodos que informan la interpretación de los derechos humanos en general y en particular del derecho humano a un ambiente sano, a fin de ajustarlos a la realidad y necesidad social; sin que sea necesaria una reforma a la Ley Fundamental.

**Palabras clave:** Código interpretativo, directivas, Jueces y Juezas constitucionales, jurisprudencia, derecho humano, derecho humano a un ambiente sano

### Abstract

*The interpretation of Constitutional Precepts characterized by their generality and ambiguity, constitute a permanent challenge for Constitutional Judges, since it is up to them to give them meaning, a task that implies the search for an interpretive code that fits to the principles and methods that inform the*

---

<sup>1</sup> Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria. Universidad de San Carlos de Guatemala. Magíster en Criminología por la Universidad de San Carlos de Guatemala y Universidad de La Habana Cuba. Magíster Artium en Género y Justicia por la Universidad Mariano Gálvez. Jueza de Primera Instancia desde el año 1998 a la fecha.

*interpretation of Human Rights in a general concept, and in particular the human right to a healthy environment, in order to adjust them to the reality and social needs; without requiring a reform of the Fundamental Law.*

**Keywords:** *Interpretative Code, directives, Constitutional Judges, jurisprudence, Human Right, human right to a healthy environment.*

---

## SUMARIO

Planteamiento – El código interpretativo – La argumentación como actividad complementaria de la interpretación – La construcción del código interpretativo en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, respecto al derecho humano a un ambiente sano – Reflexión final – Referencias.

---

# **Hacia la construcción de un código interpretativo por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala respecto al derecho humano a un ambiente sano**

## ***Towards the construction of an interpretative code by the Constitutional Court of Guatemala regarding the human right to a healthy environment***

*Rosa María López Yuman*

### **Planteamiento**

La interpretación constitucional de la ley, así como la interpretación de las normas constitucionales, representa “una de las tareas más complejas y acuciantes de la teoría y práctica constitucionales” (Revorio, 2016, pág. 26) debido a que la Constitución es la norma suprema del Estado, buena parte de sus preceptos se caracterizan por su generalidad y ambigüedad y “los restantes que parecen ser suficientemente claros, igualmente son objeto de interpretación a fin de atribuirles sentido” (Raz, 2005, pág. 25) tanto es así, que las cuestiones relacionadas a cómo llevarla a cabo y cuáles han de ser las directivas que se han de seleccionar para efectuarla de manera eficiente, constituyen un reto permanente para el intérprete, ya sea que se trate de un juez o jueza ordinario o constitucional. En cuanto al cómo efectuar esa labor de interpretación constitucional, parece cada vez más evidente que tal labor adquiere perfiles específicos, que conllevan la necesidad de buscar un código interpretativo propio que en alguna medida le permita prescindir, mantener o adaptar los principios y métodos que informan a la interpretación de los

derechos en general y los derechos humanos en particular a la realidad social.

Resulta imposible efectuar una exposición exhaustiva del tema; sin embargo, se intentará aportar un marco teórico y así mismo, ilustrar mediante un caso concreto relacionado al derecho humano a gozar de un ambiente sano, cómo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, efectuó la construcción de un código interpretativo para solucionar de forma creativa el problema que se le presentó.

## **El Código Interpretativo**

Cuando el juez y la jueza constitucional realizan la labor interpretativa esta recae o tiene por objeto la norma constitucional, siendo el producto o resultado de ella el enunciado interpretativo, pero, esa tarea “no debe avizorar discrecionalidad ni arbitrariedad a fin de no vulnerar ningún derecho o la propia Constitución” (Ortiz Bolaños, 2010, pág. 32) sino que la misma debe estar sustentada en una serie de requisitos que debe acatar el o la intérprete a modo de autolimitación y a tal propósito construye lo que se llama el código interpretativo. Para Gatti (2020), un código interpretativo es:

Un conjunto de directivas hermenéuticas o interpretativas, a las que suele hacerse referencia tanto en la literatura, en la doctrina, en la teoría general del derecho como en la filosofía del derecho, mediante una serie de denominaciones, entre ellas se habla de argumentos interpretativos, cánones argumentativos, métodos interpretativos, principios, formas de interpretación, pautas de interpretación; denominaciones todas que se engloban o sintetizan bajo la idea de directiva interpretativa o directiva hermenéutica, las que a su vez se componen de métodos y argumentos.

En otras palabras, el código interpretativo es el conjunto de herramientas para interpretar la formulación normativa y arribar al enunciado interpretativo.

La importancia del código interpretativo radica en que se constituye en el lente a través del cual se formula la interpretación, dándole privilegio a unos métodos sobre los otros. La idea es un poco relacionada con cuál es el esquema a través del cual se mira la norma y esa óptica implica un conjunto de directivas que tienen que estar ordenadas y disciplinadas; por lo tanto, se hace referencia a directivas primarias y secundarias.

Las directivas primarias, son precisamente los argumentos y los métodos, y las secundarias las que permiten disciplinar el uso de las primeras.

## ***Directivas primarias***

Persiguen la inmediata eficiencia hermenéutica<sup>2</sup>, quiere decir que son un recurso para hacer la traducción de la formulación normativa en un enunciado interpretativo; indican el modo de proceder para atribuirle sentido a la disposición constitucional. Por ejemplo, la Constitución Política de la República de Guatemala, consagra la presunción de inocencia, que es la formulación normativa, y al afirmar que a quien se encuentre sindicado por la comisión de delito o falta se le continuará considerando inocente debiendo ser tratado como tal durante el trámite del proceso hasta que no se emita fallo condenatorio en su contra, constituirá el enunciado interpretativo; llegándose a tal determinación a través de una traducción que implica el otorgamiento del sentido, por lo que las directivas son recursos para llevar a cabo esa traducción.

Dentro del conjunto de las directivas primarias se encuentra la interpretación lingüística, que comprende lo que se conoce como interpretación literal, que implica la lectura del texto a partir de lo cual se formula una interpretación de las palabras y las relaciones entre ellas, puesto que “las palabras consideradas de manera aislada carecen de significado independiente y su importancia deriva de la cohesión y del contexto” (Flores Juárez, 2009, pág. 102) pero esta actividad no es tan simple, porque devienen problemas muy peculiares derivados de la aplicación de esta directiva.

El primer problema que se presenta en la interpretación literal, es el dilema de discernir qué se entiende por el sentido propio de las palabras, pues puede entenderse por tal el sentido común que las palabras tienen en el lenguaje cotidiano o su sentido técnico (Poggi, 2007, pág. 619). Al respecto pueden distinguirse tres tipos de palabras presentes en el lenguaje jurídico: uno, son las palabras o vocablos de uso común que no pertenecen a ningún lenguaje científico o técnico, como lo sería la palabra mesa; otro, son las palabras técnicas que no se encuentran en

---

2 Esto implica “la posibilidad de interpretar, detectar nuevas direcciones y extraer conclusiones en horizontes de comprensión más amplios.” (Arraéz & Calles, 2006, pág. 171).

el discurso cotidiano, que no son usadas en el lenguaje corriente, y son empleadas solo en el lenguaje de una ciencia o técnica, tal el caso de la palabra “coseno” que es un vocablo técnico de la trigonometría y la palabra “prelación”, que es un vocablo técnico del derecho; y el tercer tipo, son palabras que tienen sentidos distintos en el lenguaje común y en el lenguaje especializado de alguna ciencia, técnica, arte o profesión, por ejemplo las palabras “posesión” y “repetir” que se encuentran con diferentes sentidos, tanto en el lenguaje común como en el lenguaje técnico-jurídico; siendo este último grupo el más numeroso y el que presenta más dificultad.

Un segundo problema interpretativo es el contexto temporal en que se le va dar sentido a esas palabras, porque no será la misma significación que se le asigne pensando en el momento en que se redactó el texto de la Constitución o de la ley, que el que se le asigne al tiempo en que entró en vigencia o cuando se está aplicando<sup>3</sup>; otra posibilidad es pensar en el sentido de esas palabras en el momento en que tuvo lugar el hecho que se analiza, esto es cuando se verificó el hecho imponible en materia tributaria, cuando se verificó el hecho criminal en materia penal o cuando se celebró el contrato en materia civil y comercial; y una tercera opción podría ser recurrir al sentido de las palabras en el momento en el cual se formulará la decisión. Dado entonces a que el lenguaje carece de univocidad, la directiva lingüística debe aplicarse en conjunto con otra u otras para tener un resultado más confiable.

Dentro del grupo de las directivas primarias, también se incluyen las directivas de interpretación psicológica, que comprenden aquellas interpretaciones llamadas psicológicas propiamente dichas, comúnmente conocidas como según la intención del legislador, y la interpretación genética, cuya “esencia radica en encontrar las causas motivadoras que tuvo el legislador de un determinado precepto o los signatarios de un pacto” (Anchondo Paredes, 2015, pág. 49). Ambas directivas, según Alexy “acuden a una argumentación fundamentalmente empírica porque suponen la existencia y posibilidad de conocimiento de dicha intención” (Alexy, 1989, pág. 230).

---

3 Gatti afirma que el discurso constitucional transita por tres instancias o gramáticas que son: la instancia de producción, la instancia de circulación y la instancia de consumo; viéndose afectada cada una por realidades distintas, no solo desde el punto de vista sociológico, es decir de las transformaciones que operan en el plano de la realidad económica, política y cultural, sino además por algunos cambios jurídicos que inciden en el discurso originario, por lo que al momento de aplicarlo es factible un cambio de sentido. (Gatti, 2020).

En este caso hay dos posibles sentidos en cuanto a cómo interpretar la intención o voluntad del legislador: uno, es el sentido querido por el legislador al momento de elaborar la norma, por eso es de carácter subjetivo y por ello reenvía a la interpretación semántica porque se tendría que recurrir nuevamente a como se conformó ese texto para pensar qué es lo que él quiso decir. La otra opción no es tanto por lo que quiso decir el legislador o por su intención como persona o como grupo de personas, sino por el fin que se pretendió alcanzar, por lo que reenvía a la interpretación teleológica, es decir, a la finalidad de la norma, puede pensarse que es lo mismo la voluntad del legislador en torno a lo querido y al fin que quiso alcanzar, pero no es lo mismo, porque quizá el legislador quiso expresar algo y así lo hizo pero la finalidad de la norma fuere otra.

En el segundo supuesto, la interpretación es de carácter objetiva porque presupone que la norma tiene una finalidad que en definitiva cristalizaría la voluntad del legislador; en resumen hay dos opciones cuando se habla de la voluntad del legislador, puede ser la voluntad de él, pero además el otro gran problema es a qué legislador se está haciendo referencia, que podría ser a un legislador racional, a un buen legislador, o se está aludiendo al legislador histórico o al legislador originario, concreto y real que efectivamente fue el que dictó la norma, o la otra opción es que se pueda estar haciendo referencia al legislador actual, es decir, un legislador que es real que es concreto, pero que no es el originario; por lo tanto puede advertirse que la interpretación psicológica o genética, también enfrenta dificultades.

Recurrir a esa interpretación originalista<sup>4</sup>, es asignarle una conducta virtuosa al legislador, al considerar que su voluntad traducida en ley, propende siempre a la búsqueda del bien común, olvidando que el proceder legislativo, casi siempre, encierra una actitud egoísta, encaminada a la realización de intereses personales o de grupo; por otro lado las asambleas legislativas son un cuerpo colegiado, integrado por diversas personas, cada cual con un pensamiento distinto, circunstancia que imprime a las leyes producidas varios sentidos y finalidades, de ahí que Eser, citado por Flores sobre este particular afirme:

---

4 Gatti (2020) al hacer una aproximación a la tesis central del originalismo, indica: Sostiene que los jueces deben dar prioridad a la interpretación original por sobre cualquier otra consideración acerca del texto constitucional. Es decir, afirman la idea de que, salvo que haya sido formalmente modificada, la constitución posee en la actualidad el mismo significado que tenía cuando se promulgó o adoptó. Esta teoría parte del supuesto de que la Constitución aspira establecer un marco para el ejercicio del poder, para resolver las controversias que se presenten, pero bajo una idea política y moralmente neutral que permanece incólume a través del tiempo.

[L]a idea de la voluntad del legislador es sumamente amplia, ambigua y difusa, que arrastra un prejuicio psicológico y representa una concepción antropomórfica, pues en una democracia no se sabe a quién se deberá imputar dicha voluntad: a la mayoría que votó la ley en el parlamento, a las comisiones de técnicos que la elaboraron o al Presidente de la República que la promulgó... (Flores Juárez, 2009, págs. 98-99)

A ello se suma la dificultad de dónde encontrar la voluntad del legislador, es decir dónde se puede identificar una fuente que contenga esa voluntad, pudiéndose acudir entre otras, a las explicaciones recogidas en los trabajos preparatorios, debates parlamentarios, dictámenes de las comisiones, la exposición de motivos. Entonces, pareciera que en los medios citados radica una fuente del sentido originario de la norma, pudiendo encontrarse cristalizada la voluntad del Legislador. Otra opción, sería acudir a los fundamentos de las normas, en general si bien lo que se publica de las leyes es la parte resolutive, también hay un fundamento donde se encuentra el desarrollo de razones por las cuales se aprueba una norma, allí podría encontrarse quizá la idea de la finalidad, el aspecto teleológico.

Este tipo de interpretaciones también presentan inconveniencias, porque las interpretaciones que buscan atribuir un sentido, está más cerca de la idea de desentrañar, de descubrir un sentido, porque asume que la norma tenía un sentido y que por lo tanto el intérprete actual debería ir en busca de ese sentido que le quiso dar el legislador; el otro problema como se dijo es identificar qué tipo de legislador está involucrado y luego las inconveniencias que puede generar este tipo de interpretaciones en torno al contexto distinto en el que se aplica; por lo tanto, puede ser una herramienta útil pero hay que tomarla con precaución.

Directivas de interpretación autoritativas que acuden a argumentos de autoridad o “*ab exemplo*”; dentro de ellas se encuentra la directiva de interpretación dogmática, en cuyo caso la decisión que se adopta se basa en el criterio sostenido frecuentemente en la doctrina, de tal manera que “para reforzarlo se hace referencia a distintos autores de la ciencia jurídica especializada en el tema del derecho constitucional que se está interpretando” (Ursúa, 2004, pág. 261). Otra clase de directivas autoritativas son las denominadas jurisprudenciales a las cuales se acude con mucha frecuencia por el intérprete, y consisten en invocar o remitirse a lo que ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el

Tribunal Constitucional en sus fallos, “sea este el nacional o de otro país” (Londoño Toro, 1983, pág. 226).

También hay interpretaciones autoritativas de carácter histórico, en este caso el argumento para justificar la atribución de significado a las normas es que sea acorde con la forma en que tradicionalmente se ha entendido la regulación a lo largo de la historia (Anchondo Paredes, 2015, pág. 46), es decir, que esta directiva se encarga de explicar una determinada regulación jurídica por sus orígenes y el modo en que fue desarrollándose a través del tiempo, dándole fuerza cierto recorrido histórico, por lo que, como ese sentido ha tenido una vigencia sostenida en el tiempo pasado se le considera como el más adecuado y autorizado para interpretar la norma en el presente, esto es a lo que podría llamarse persistencia del criterio en el tiempo.

A esta clase de directivas se suma la interpretación autoritativa comparativa, que implica recurrir a otros sistemas normativos para fortalecer la manera de interpretar, lo que conllevaría a que se reformule el enunciado de esa disposición jurídica<sup>5</sup>. La clave de este tipo de directivas es que su razón de ser descansa en la posibilidad de sostenerse en criterios que fueron desarrollados por otros, sea en otro momento histórico o en un lugar distinto, y esos otros pueden ser la dogmática, la doctrina, la ciencia jurídica, los jueces y las juezas, todos ellos formando una experiencia histórica en el derecho comparado<sup>6</sup>.

Recurrir a la directiva de autoridad tiene sus problemas porque si ante la duda sobre el significado de un enunciado normativo el juez o la jueza justifica su solución argumentando que esa es la forma en que tradicionalmente se ha entendido la regulación, puede conllevar a que se convierta en una interpretación estática y se produzca cierta fijación en los propios criterios que están vigentes en ese sistema,

---

5 Silvero explica que el Método Funcional es especialmente adecuado para la comparación constitucional contemporánea, en situaciones en las que se necesita resolver conflictos que requieren de soluciones innovadoras para el ordenamiento jurídico nacional, porque proporciona herramientas analíticas de tipo procedimental, que permiten ampliar el horizonte de análisis incorporando la dimensión comparativa, sin que se pierda de vista el problema que se está tratando de resolver situado en el orden jurídico nacional. Se desarrolla en tres etapas: la primera se desarrolla en el país de origen u orden constitucional seleccionado; la segunda etapa se traslada a los órdenes seleccionados para la comparación, para complementar las categorías *comparatum* y *comparandum* en la investigación que vienen a ser las materias de comparación (el orden originario) a comparar (los otros órdenes). La tercera etapa se sitúa a nivel abstracto, en ella se trabaja con los resultados obtenidos en las dos primera etapas a fin de concretizar los lineamientos básicos de la mejor solución posible al problema de origen. (Silvero Salguero, 2005, pág. 408).

6 Pegoraro distingue que en las investigaciones de derecho comparado puede acudirse por el comparatista a la macrocomparación o a la microcomparación, siendo el objeto de esta última determinados institutos, actos, procedimientos, funciones, entes, derechos, poderes, deberes, etc., que operan o se prevén en dos o más ordenamientos jurídicos. (Pegoraro, 2013, pág. 50).

impidiendo la apertura a la transformación, al cambio, a otras formas de interpretar.

Debe precisarse que Gatti (2020) propone que cuando se use el argumento de autoridad deben seguirse ciertos pasos: primero, se debe identificar los materiales y las bases enunciativas tanto doctrinales como judiciales, es decir, seleccionar los materiales que tienen cierta compatibilidad con el objeto de la interpretación; luego de la selección debe efectuarse un análisis crítico de esos materiales y la posibilidad de obtener de ellos eventuales interpretaciones que sean útiles para la disposición que se analiza; finalmente, se elige la interpretación autoritativa que el intérprete considere correcta en el caso de que exista una pluralidad.

Directivas de interpretación teleológicas, al decir de Castillo y Luján, estriban en “la justificación de la atribución de un significado apegado a la finalidad del precepto, por entender que la norma es un medio para un fin” (Castillo Alva, 2006, pág. 82). Se invoca precisamente para justificar que una solución sirve a determinado fin, ya sea intrínseco al derecho o procurado por alguna norma jurídica; por lo tanto, “implica relacionar el precepto con las valoraciones jurídicas ético sociales y político criminales que subyacen en las normas y en el ordenamiento jurídico en su conjunto” (Vásquez Sánchez, 2008, pág. 101) cumpliendo un rol protagónico los conceptos de bien jurídico, justicia, igualdad, equidad y seguridad jurídica.

En esta clase de directivas también se presentan dos posibilidades: una, es que se puede entender a la formulación normativa que se está estudiando de manera aislada o en el sistema normativo en general porque puede ser que la finalidad de un decreto por ejemplo, con contenido constitucional sea objeto de un análisis general; ahora bien, ese decreto que es legislación, se inscribe en un sistema constitucional, por lo que podría analizarse, también teleológicamente, cuál es la finalidad de la constitución o del sistema constitucional en general. Entonces, dentro de la interpretación teleológica, existe la posibilidad de elegir entre la interpretación teleológica de la formulación normativa de forma aislada o entenderla como una parte de todo un sistema constitucional que puede tener una finalidad distinta de la norma. Lo mismo sucede en los cuerpos normativos codificados, porque puede ser que una formulación normativa tenga determinada finalidad, pero si se analiza metodológicamente todo el capítulo o título del que forma parte esa formulación, tiene otra finalidad, por lo que una vez más se

encuentra diversidad en cuanto a dónde ubicar la finalidad de la norma y también cómo detectarla.

La directiva teleológica o finalista, aunque se la ha considerado mayoritariamente como ubicada en la cúspide de la hermenéutica jurídica por “ser instrumento eficaz para resolver conflictos sociales, lograr la paz social y organizar la vida en común” (Lifante Vidal, 2016, pág. 1354) debe manejarse con cautela para no incurrir en el error de darle a la formulación normativa una finalidad que más bien sea de la preferencia del intérprete, cuya valoración subjetiva podría llegar a reemplazar la valoración objetiva de la ley.

Por último, se alude a las directivas primarias de interpretación heterónomas, que son más cuestionables que las anteriores porque “propician una interpretación de las normas de acuerdo a la naturaleza de las cosas o a parámetros extrajurídicos que pertenecen a una moral crítica o ideal, es la típica interpretación que recurre a principios de contenido moral” (Gatti, 2020); por lo que para darle sentido a una formulación normativa se sustenta en algún contenido moral o en la naturaleza de las cosas; piénsese como ejemplo que en la disciplina jurídica es muy frecuente decir, que la naturaleza de las relaciones de familia indica tal cosa; la naturaleza del contrato de trabajo indica que hay que interpretarlo en tal o cual sentido; hablándose además de la naturaleza de las relaciones sindicales, la naturaleza de las relaciones comerciales. Idea que resulta peligrosa porque al apoyarse el intérprete sobre la idea de la naturaleza procura impregnar de objetividad algo que no lo es.

## **Directivas secundarias**

Son de dos tipos, las procedimentales y las de preferencia. Las primeras regulan cómo deben ser utilizadas las directivas primarias, siempre que el intérprete considere que debe o puede emplear una pluralidad de ellas, por lo que los códigos podrían ser monistas, pluralistas u holísticos<sup>7</sup>; es decir que se puede seleccionar una sola directiva o un conjunto de ellas; y las segundas, corresponden a las directivas secundarias preferenciales, que establecen criterios para escoger, entre los posibles resultados discordantes de la aplicación de

---

<sup>7</sup> La holística se integra por dos categorías: la hología, que lleva a la búsqueda de conocimiento intelectual y experimental; y la holopraxis que conduce la vivencia directiva de lo real, enmarcadas directamente en un todo. (Briseño, 2010, pág. 73).

las directivas primarias, cuál de ellos debe ser el significado correcto de la disposición interpretada, se subdividen en directivas preferenciales negativas o inhibitorias y, directivas preferenciales positivas o comparativas.

En ese sentido, Gatti afirma que construir un código interpretativo supone que, de la pluralidad de opciones que se le presentan (directivas primarias), el intérprete tiene la tarea de escoger qué argumentos interpretativos empleará, y luego disciplinar su uso, esto es, decidir si se le va dar prevalencia a una de las directivas sobre las otras, asimismo, si habrá de descartar algunas, ya sea porque le restarían coherencia, razonabilidad o consistencia a la argumentación, siendo esa tarea de selección y de establecer un orden de las directivas primarias la que le corresponde a las directivas secundarias. (Gatti, 2020).

Cabe advertir en este punto, que el razonamiento jurídico quedaría incompleto si no se complementa con la argumentación jurídica para dar razón de cómo se le otorgó sentido a una formulación normativa.

## **La argumentación como actividad complementaria de la interpretación**

En el marco del derecho, la “argumentación”, es entendida como la actividad que se orienta a dar razón de esa asignación, mediante ciertos procedimientos y reglas que disciplinan dicha tarea, surgió en el contexto de una gran división que atravesó a todo el ordenamiento jurídico y que incluso sigue vigente, esto es lo que autores como García Amado llaman las posiciones racionalistas y las posiciones irracionalistas, antagónicas entre sí.

Las posiciones racionalistas que están encabezadas principalmente por el paradigma iuspositivista o el formalismo jurídico, sostienen que el derecho da o brinda todas las respuestas, es decir que el sistema jurídico, es coherente, carente de antinomias o lagunas y completo. El juez encuentra en la ley perfectamente prefijada y predeterminada la respuesta a cualquier litigio que tenga que resolver, su papel se limita al de ser “boca que pronuncia las palabras de la ley”, según la fórmula de Montesquieu. El razonamiento del aplicador del derecho, se explica como un puro silogismo, visión a la que se suele denominar teoría de la subsunción, resaltando que el juez se limita a subsumir el hecho

concreto bajo el supuesto de hecho abstracto de la norma, aplicándole la consecuencia de esta prevista, cuando tal encaje de lo concreto bajo lo abstracto acontezca (García Amado, 1999, pág. 131).

La posición irracionalista que es contraria al mito de la claridad de la ley, entiende que el ordenamiento jurídico positivo posee antinomias y, sobre todo está lleno de lagunas debido a que el legislador no pudo preverlo y regularlo todo, a lo que se suma que las sociedades cambian y surgen nuevas necesidades y situaciones que piden nuevas respuestas que en el código no se encuentran o resulta injusto e inadecuado aplicar en todas las circunstancias la solución legal al pie de la letra. En suma, “no creen que ningún método o procedimiento pueda dotar de garantías de racionalidad a la decisión jurídica, que sería antes que nada una decisión guiada por las valoraciones e inclinaciones del juez.” (García Amado, 1999, pág. 134).

Entre esas dos posiciones la teoría de la argumentación jurídica, ha intentado trazar un camino intermedio, construir una respuesta alternativa, es decir, entre asumir que el ordenamiento jurídico da todas las respuestas, que es falso, que sea autosuficiente, que sea completo, sino que efectivamente hay lagunas, indeterminaciones y vaguedades; y por otro lado, que tampoco es deseable que derivado de la incompletitud del ordenamiento jurídico, se asuma que el juez o jueza pueda resolver sin ningún límite.

Cabe resaltar que en la línea evolutiva de las teorías de la argumentación, algunos de sus más influyentes precursores son Theodor Viehweg y Chaim Perelman, iniciadores de los planteamientos tópicos y retóricos “como resultado de su escepticismo frente a la posibilidad o la utilidad de una lógica jurídica formal, especialmente de una lógica del razonamiento jurídico” (García Amado, 2017, pág. 35).

La Tópica sería aquella disciplina que proporciona los tópicos o argumentos a los que el jurista o cada parte en un litigio jurídico pueden acudir para justificar la decisión tomada. Los tópicos serían premisas posibles e igualmente válidas para el razonamiento jurídico en cada caso práctico; ante cada problema se podrá defender una decisión mediante todo un conglomerado de argumentos admisibles y que resultan aceptables entre los juristas de cada momento, tanto en sí mismos, como argumentos utilizables en derecho, como en su aplicación al caso concreto

que se discuta, sin que la decisión a favor de uno u otro como preferente se derive de ningún tipo de jerarquía entre ellos.

Para la tónica jurídica, la solución decisoria de cada problema jurídico se seguirá a partir de la búsqueda y discusión de los tópicos aplicables, por lo que su virtud radica en afirmar que no hay una única respuesta y debe entenderse que la forma de llegar a esa respuesta es o se construye a partir de distintos argumentos que podrán ser de muy diverso tipo, que van desde principios del derecho a veredictos jurídicos, evidencias sociales compartidas, precedentes, postulados de justicia y otros.

No obstante, los aspectos positivos que aporta la tónica, presenta un problema clave, que radica en que no puede responder si la decisión final, la opción de dar preferencia a uno u otro de los argumentos o tópicos en litigio, es susceptible de control racional, si es posible indicar algún criterio que permita discernir cuál de entre las decisiones posibles es la más adecuada, cuál de los argumentos o valoraciones en pugna es más racional, o si, por el contrario, no hay más instancia de decisión y control que la subjetividad de quien juzga. Por lo que, García Amado, citando a Mengoni indica que la tónica jurídica “sería un medio de selección de hipótesis de solución, no un medio de justificación de la opción final por una de esas hipótesis.” (García Amado, 1999, pág. 139).

En suma, la importancia de la tónica es la idea de que es en el contexto de cada situación donde a través del intercambio de razones se ponen las bases para que la decisión sea socialmente aceptable.

La contribución adicional que hace Perelman a través de la retórica, estriba en que introduce el término de la “razonabilidad”, indicando que a las juezas y jueces les corresponde dejar patente que sus decisiones no son fruto de su libre arbitrio, sino que se pueden justificar como razonables y acordes con lo que la correspondiente sociedad estime compatible con la razón. Es decir, que tendrían que justificar ante la sociedad sus opciones como compatibles con la razón, de ahí que, para dicho exponente, motivar un juicio, es persuadir a un auditorio de que la decisión está de acuerdo con sus exigencias; lo que no es otra cosa que la idea de justificación argumentativa de la decisión valorativa, que se ha constituido en un concepto fundamental de las teorías de la argumentación jurídica.

Sin embargo, la retórica de Perelman, también presenta una dificultad y es la distinción que efectuó entre persuadir y convencer;

señalando que persuasiva es la argumentación que solo pretende valer para un auditorio particular, mientras que convincente es aquella que se pretende apta para obtener la adhesión de todo ser de razón, es decir, del “auditorio universal” (García Amado, 2017, pág. 16), sin embargo este último sería una ficción que el argumentante se representa como encarnación del conjunto imaginario de todos los seres racionales, y el tipo de acuerdo al que tiende la argumentación a él orientada no se mide en términos de ningún consenso efectivo o empírico, sino de una universalidad y una unanimidad que el orador se representa. De tal manera que esa idea ha sido criticada<sup>8</sup>, porque no sirve como baremo que ofrezca una referencia firme y constatable.

Cabe acotar, además, que, como inspiración fundamental de la más representativa de las actuales teorías de la argumentación jurídica, la de Rober Alexy, también se encuentra la ética discursiva de Habermas, de la cual, por motivos de espacio, únicamente se indica que concibe la argumentación racional como aquella que maneja argumentos capaces de convencer a todo interlocutor racional que pudiese participar en la discusión.

Las teorías de la argumentación se construyen entonces a partir de estos avances que fueron dándose mediante el razonamiento jurídico; puesto que si fuera cierto que hay una única respuesta en el ordenamiento jurídico, la tarea del intérprete estaría soslayada, sería inocua y la tarea de la argumentación no sería necesaria, la jueza y el juez tendrían simplemente que encontrar la respuesta, en cambio, desde las teorías de la argumentación se parte de un presupuesto distinto que es, que el ordenamiento no tiene respuestas únicas, sino que las respuestas son múltiples y de caso en caso se van construyendo.

Acerca de la argumentación se puede pensar en ella desde Atienza en términos formales, en términos materiales, en términos pragmáticos o sea que hay distintas formas de articular esa argumentación.

El esquema que sintetiza esto es que, tanto a la hora de pronunciar una decisión judicial, como poder redactar una demanda, un escrito, un asesoramiento, frente a una formulación normativa, la cual debe ser atravesada por la interpretación para darle sentido, entonces, el

---

8 Atienza realiza una valoración crítica de la teoría de Perelman y la divide en tres apartados, siendo estas: una crítica conceptual, una crítica ideológica y una crítica relativa a su concepción del derecho y del razonamiento jurídico. (Atienza, 2005, pág. 68 y ss).

resultado de la interpretación va a ser un enunciado interpretativo, es decir un enunciado a partir del cual se le atribuyó sentido a la formulación normativa. Entonces, la formulación normativa sería el artículo de que se trate, el enunciado interpretativo es la forma en que el intérprete le dio sentido, pero la tarea no termina allí, sino que hay que sostenerla a través de argumentos para no incurrir en arbitrariedad.

La pregunta que cabe hacerse en este punto es, por qué hay que argumentar en el derecho. Por dos grandes motivos: el primero, es referido estrictamente al proceso y se vincula con la necesidad de que las partes conozcan las razones de los jueces y las juezas, es decir si cualquiera de ellas está inconforme con una decisión judicial y pretende recurrirla tiene que saber cuáles fueron los motivos que condujeron al juez o a la jueza, sino no tendría sobre que interponer un recurso.

El segundo motivo, mucho más importante, radica en que cualquier decisión que formula un órgano del Estado de acuerdo a los principios de un Estado republicano debe ser pública y susceptible de control por la ciudadanía; entonces tanto las normas que dicta el poder legislativo, como las sentencias que emite el poder judicial, como los decretos que dicta el poder ejecutivo, son decisiones de órganos del Estado, por lo tanto, son actos de gobierno y los actos de gobierno en una República y en un contexto de Estado Democrático de Derecho, están sometidos al principio de publicidad y además deben ser fundados, de lo contrario son arbitrarios, y esa argumentación no basta que esté en el interior del sujeto o del órgano, tiene que estar exteriorizada de un modo tal que guarde cierta razonabilidad, es decir que esté de acuerdo a ciertos esquemas lógicos y que además sea razonable. Por lo tanto, si se habla de la argumentación jurídica que emprenden los jueces y las juezas, que es el modelo más difundido, deben hacerlo no solo para las partes, sino también para toda la ciudadanía porque es la única forma de controlarlas.

## **La construcción del código interpretativo en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, respecto al derecho humano a un ambiente sano**

Con la finalidad de ilustrar el modo en que se construye un código interpretativo para la solución de un caso concreto, se presenta un fallo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el que se visualiza la

utilización tanto de directivas primarias como secundarias a las que se ha hecho referencia de manera teórica en líneas anteriores.

**Caso de estudio:** Acción de inconstitucionalidad general parcial promovida en contra del Acuerdo 111-2016 del Concejo Municipal de San Pedro La Laguna, Sololá, que prohíbe el uso y distribución de bolsas plásticas, duroport, pajillas y sus derivados.

**Hecho y problema jurídico del caso:** La controversia del caso gira alrededor del evento consistente en que el 2 de septiembre del año 2016 el Concejo de la Municipalidad de San Pedro La Laguna del departamento de Sololá, emitió el Acuerdo Municipal 111-2016, el cual estableció entre otros puntos resolutivos:

I) Prohibir el uso, venta y distribución de bolsas plásticas, duroport, pajillas y derivados, en el municipio de San Pedro La Laguna, Sololá, a fin de minimizar los graves perjuicios que el exceso de este tipo de productos está generando en el ambiente y el Lago de Atitlán. II) Toda persona individual y jurídica que haga uso de estos productos de único uso, inútiles no reusables, pajillas, duroport y derivados, serán sancionados con una multa de trescientos quetzales exactos (Q300.00). III. A las empresas que comercialicen y distribuyan bolsas plásticas, duroport, pajillas y derivados, dentro del municipio de San Pedro La Laguna se le sancionará con una multa de quince mil quetzales exactos (Q15,000.00).

La Cámara de la Industria de Guatemala, por medio del presidente de su junta directiva y representante legal, planteó acción de inconstitucionalidad general parcial contra los numerales I, II y III precitados del Acuerdo Municipal, sosteniendo que los mismos llegarían a contravenir los siguientes preceptos constitucionales:

Artículo 2 relativo al principio de seguridad jurídica, puesto que por una parte el término “derivados” resultaría incierto al no determinarse qué debe entenderse por derivados de bolsas plásticas, duroport y pajillas y tampoco se indicó si se refería a derivados de los tres productos o solo del duroport; generando incertidumbre en cuanto a los alcances y productos que se encontrarían incluidos en la prohibición, colocando así a los particulares en una situación de incertidumbre e indefensión, lo cual determinaría una falta de certeza jurídica sobre los alcances y aplicación de la norma, y por otro lado, que las disposiciones municipales no serían coherentes con la realidad que pretendían normar debido a que de conformidad con el perfil ambiental de Guatemala, publicado por la

Organización de Naciones Unidas, la mayoría de los residuos y desechos sólidos que se producen son de materia orgánica y solo el ocho punto uno por ciento es plástico.

Artículo 4 que contiene el derecho a la libertad e igualdad, porque el uso, venta y distribución de los productos prohibidos no generaría contaminación del medio ambiente por sí mismos, sino que es el mal uso y disposición la que contribuye a ella, redundando en un trato desigual a los productores y comercializadores de los productos emanados de plástico y duroport con los de productos de materiales distintos; por lo que en tal sentido, el acuerdo municipal al no ajustarse al sistema de valores contenido en el Texto Fundamental sería discriminatorio.

Artículo 5 concerniente a la libertad de acción, señalando que la prohibición contenida en el acuerdo municipal sería arbitraria en tanto que, el Concejo Municipal de San Pedro La Laguna no contaba con las facultades requeridas para decidir sobre esa restricción por no existir una ley emitida por el Congreso de la República que justificara su actuar.

Artículo 39 sobre el derecho a la propiedad privada, manifestando que el derecho a la propiedad sería vulnerado por las disposiciones cuestionadas debido a que la prohibición contenida en ellas vedaba la libre disposición de bienes que son propiedad de particulares por medio de una norma de jerarquía inferior a las leyes emanadas del Congreso de la República, sin que el Concejo Municipal tuviese facultades para ello.

Artículo 43 que prescribe la libertad de industria, comercio y trabajo, argumentando que la industria que produce los productos prohibidos, genera empleo que sustenta familias, por lo que al prohibirse la distribución y comercialización de bolsas plásticas, pajillas y derivados, se les estaría vedando a los trabajadores de ese ramo prestar sus servicios afectando su derecho al trabajo, y que los productores y comercializadores de ese tipo de productos se verían igualmente afectados por las disposiciones municipales objetadas.

En cuanto a los artículos 152 y 154 relativos al poder y la función pública, la entidad accionante adujo que el Concejo Municipal de San Pedro La Laguna, departamento de Sololá se habría extralimitado en sus funciones porque la prohibición del uso, comercialización y distribución de productos de lícito comercio, así como la imposición de multas a quien llegase a contravenir esas disposiciones no se encontraba

dentro de las facultades que expresamente la Constitución y las leyes le asignan.

La Corte de Constitucionalidad, al resolver el conflicto que fue puesto a su conocimiento, procedió en su resolución, a hacer uso de las directivas secundarias selectivas, a fin de escoger las directivas primarias que conformarían su código de interpretación, el que si bien es de índole holístico, también se inhibió de usar la interpretación lingüística, asumiéndose que ello obedeció a que la frase con que se enuncia el derecho en discusión “ambiente sano” es suficientemente clara y no necesita de una interpretación de ese tipo, así como porque dicho derecho se encuentra en interdependencia con todos los demás derechos humanos, es decir, que es muy complejo.

De tal manera que acudió a directivas primarias autoritativas, entre ellas: dogmáticas, puesto que para referirse a lo que significa el derecho a un ambiente sano, citó al autor Antonio Enrique Pérez Luño, a Boutros Boutros-Ghali, Secretario General de Naciones Unidas; Antonio Cançado Trindade, ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Luis Jimena Quesada; Aldo Leopold; todos ellos personas especialistas en el tema, quienes han expresado que el “ambiente sano”, es un derecho de solidaridad o de tercera generación, surgiendo como una respuesta al fenómeno identificado como “contaminación de las libertades”, lo cual supone afectación de otros derechos fundamentales derivados de los problemas que causa el que no exista limitación al abuso del ser humano sobre los recursos naturales; por lo que en el curso de estos últimos años pocas cuestiones han suscitado tan amplia y heterogénea inquietud como la que se refiere a las relaciones del hombre con su medio ambiente, en el que se halla inmerso, condiciona su existencia y por el que, incluso, puede llegar a ser destruido. (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, págs. 27-29).

Explicando, además que el derecho a un medio ambiente sano

...aparece como una extensión natural del derecho a la vida y del derecho a la salud, en cuanto protege la vida humana tanto en el aspecto de la existencia física y la salud de los seres humanos, como en el de las condiciones y calidad de vida dignas. Abarca y amplía, de ese modo el derecho a un nivel de vida adecuado y el derecho a la salud. No puede haber duda de que la degradación ambiental constituye una amenaza colectiva para la vida y la salud humanas.

Como parte del grupo de directivas primarias autoritativas, también hizo uso de las jurisprudenciales, citando fragmentos de la sentencia de Fondo de fecha 19 de noviembre de 1999, Serie C, No. 63, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, correspondiente al caso Villagrán Morales contra el Estado de Guatemala, conocida como el caso de “Los Niños de la Calle”. La sentencia fechada 8 de julio de 2003, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Hatton y otros contra el Reino Unido, en la que dicho órgano judicial indicó “la estrecha relación entre la protección de los derechos humanos y la urgente necesidad de una descontaminación del ambiente, nos lleva a percibir la salud como la más básica y preeminente necesidad humana.” (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, pág. 33).

Además la Corte de Constitucionalidad, siguiendo el uso de las directivas jurisprudenciales, se remitió a su propia jurisprudencia contenida en las sentencias de los expedientes 3102-2009, 941-2005 y 36-2008, fechadas en su orden el 11 de agosto del año 2010, 5 de septiembre del año 2006 y 22 de junio del año 2010, en las cuales ya había procedido a interpretar el contenido del artículo 97 constitucional relacionado al medio ambiente y equilibrio ecológico, en las que hubo precisado que “[a]l Estado le corresponde, por disposición constitucional, preservar y restaurar el equilibrio ecológico, lo que se traduce en una obligación positiva con un alto grado de responsabilidad, ya que la preservación del equilibrio ecológico conlleva tomar las medidas necesarias para prevenir daños al medio ambiente y, si el daño fuere causado, las que sean necesarias para restaurar ese equilibrio. Que “el derecho ambiental está encaminado a la prevención de daño ambiental que es ocasionado por la actividad humana y que la protección al ambiente debe estar dirigida de conformidad con el principio de sustentabilidad, en cuanto a evitarse el agotamiento de los recursos naturales que son básicos para la supervivencia humana. (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, pág. 35).

Asimismo, acudió al uso de la directiva de interpretación primaria heterónoma, debido a que procedió a asignarles significado a los artículos 1 y 2 constitucionales bajo parámetros extrajudiciales, señalando que el primero sería 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. Y respecto al segundo artículo, expresó que este hace referencia al derecho de toda persona a reforzar

sus aspectos morales, físicos e intelectuales. Lo que quiere decir que los habitantes tienen derecho a vivir bajo condiciones adecuadas que les permita desarrollar sus capacidades y aptitudes para desempeñarse libremente en la sociedad. (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, págs. 25-26).

Puede observarse en el fallo en comento, que la Corte de Constitucionalidad también utilizó la directiva de interpretación teleológica, para lo cual evocó una serie de instrumentos internacionales, los que en su conjunto tienen como fin que los Estados promuevan, protejan, preserven y mejoren el medio ambiente, siendo estos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador; los principios de la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, Resolución 2398 de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente; para resaltar precisamente la importancia que ha adquirido la protección del medio ambiente, que han dado como resultado la creación de principios de carácter internacional para tomar acciones necesarias para prevenir el daño que podría provocar la actividad humana con el aumento de la población y el avance tecnológico en el ambiente (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, págs. 30-32). Es decir que sustentó su argumentación en estándares reconocidos internacionalmente, no obstante, algunos de ellos forman parte del denominado “*soft law*.”<sup>9</sup>

Para resolver el sub tema concerniente a si la entidad municipal tendría facultades para adoptar medidas restrictivas para proteger el medio ambiente, y por ende limitar el comercio, la industria y el trabajo, reconocidos y protegidos en el artículo 43 constitucional y que solo podría limitarse mediante una ley dictada por el Congreso de la República; la Corte de Constitucionalidad, nuevamente hizo uso de la directiva primaria autoritativa jurisprudencial, citando la sentencia que ella emitiera el 13 de junio de 2000 en la que fijó que

9 El término *soft law* o *weak law*, o como se le ha denominado en castellano “derecho flexible”, “pre-derecho”, “derecho blando o en agraz”, fue introducido al lenguaje del derecho internacional por Lord McNair, quien acuñó el término para distinguir entre proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda* y no para distinguir un fenómeno complejo que supone la existencia de variaciones normativas que van desde lo no vinculante hasta lo vinculante, del “no derecho” al derecho, de *soft* a lo *hard*. Con la expresión *soft law*, se ha tratado de describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos de cierta relevancia jurídica. (del Toro Huerta, 2006, pág. 519).

la inconstitucionalidad de leyes puede plantearse cuando existen vicios formales en el procedimiento legislativo que se realizó para su obtención, siendo por un vicio formal o *interna corporis*, los cuales pueden darse conforme a dos supuestos: a) porque la autoridad que creó la normativa no tenía competencia para ello; y b) porque se inobservó el procedimiento para su aprobación, y citando el criterio reiterado en las sentencias fechadas el 5 de noviembre del año 2015, 5 de noviembre del año 2009, 3 de febrero del año 2015 y 27 de septiembre del año 2011, correspondientes a los expedientes 4503-2013, 2162-2009, 2280-2013 y 4468-2009, respectivamente (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, págs. 36-37).

Precisando que el razonamiento de la Corte de Constitucionalidad ha sido óbice para establecer una condición del poder estatal para estrechar el alcance de los derechos humanos que está obligado a respetar y garantizar conforme el Texto Constitucional imponiendo como requisito que debe ser a través de “leyes;” pero que, no obstante lo anterior, consideraba que el Congreso de la República, mediante la emisión del Código Municipal, el Código de Salud y la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, incluyó como competencia municipal el tratamiento y disposición de desechos sólidos, lo que conllevaría a que tenía la facultad de tomar las decisiones pertinente para poder llevar a cabo esa función, como dictar acuerdos y reglamentos.

Por tal razón, el Concejo Municipal de San Pedro La Laguna, departamento de Sololá, al dictar el acuerdo Municipal 111-2016 que prohíbe el uso, venta y distribución de bolsas plásticas, duroport, pajillas y derivados, habría actuado dentro de las facultades que le fueron asignadas legalmente en virtud del precepto constitucional que establece la obligación de las municipalidades de propiciar medios para la prevención de la contaminación y la preservación del equilibrio ecológico. Ello en razón de que la aludida municipalidad es la encargada del tratamiento y disposición de desechos sólidos, debiendo también crear normativa que permita de una mejor manera llevar a cabo esta función, incluso con aquellas cuyo fin es aminorar y/o erradicar un producto que es causa de contaminación en la mayor fuente de agua potable en esa localidad y que constituye un medio de vida para los habitantes del municipio por ser fuente de alimento, agua y de trabajo.

En cuanto al alegato de si el Acuerdo emitido por la municipalidad podría ser considerado dentro del concepto de “ley”, una vez la Corte de Constitucionalidad en su tarea de máxima interprete de la Constitución, acudió a una directiva autoritativa jurisprudencial remitiéndose al fallo de fecha 18 de marzo de 2009, correspondiente al expediente 536-2007, en la cual habría indicado que cuando el artículo 5 del texto constitucional utiliza el concepto ley, lo hace en sentido material, no formal, es decir, atendiendo no al órgano emisor del precepto normativo de que se trate, sino a la naturaleza de este, y que de esa cuenta, dentro del concepto de ley contenido en el artículo indicado, además de los Decretos del Congreso de la República (leyes ordinarias), entre otras clases de normas, tenían cabida los Reglamentos emitidos por la autoridad municipal (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, págs. 48-49); lo que la condujo a concluir que la municipalidad en cuestión habría emitido la norma objetada conforme a una competencia propia que le fue otorgada por el Congreso de la República de Guatemala mediante dos leyes ordinarias: Código Municipal y Código de Salud, con el fin de cumplir con la obligación que le impone la propia Constitución de Proteger el medio ambiente.

Respecto a si el Concejo Municipal tendría o no facultad para sancionar a quienes incumplieran con la ordenanza emitida, utilizó la interpretación literal como directiva primaria, señalando que de conformidad con el artículo 151 del Código Municipal, la autonomía municipal abarca la facultad de sancionar a las personas, individuales y colectiva, cuyas acciones contraríen lo dispuesto en las ordenanzas y reglamentos que en ellas se establecen a efecto de regular conforme a las competencias que la ley le ha asignado; pudiendo advertir que no se excedió en el uso de sus facultades al establecer sanciones para garantizar el cumplimiento de una ordenanza a favor de la protección al medio ambiente. (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, pág. 50).

Bajo el entendido que el Acuerdo 111-2016 contiene restricciones o condicionamientos a los derechos de libertad de igualdad, libertad de acción, libertad de industria, comercio y trabajo, frente al derecho a un medio ambiente sano establecido en los artículos 44 y 97 de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad estimó para verificar si dicha medida se encuentra dentro de los parámetros de constitucionalidad

para continuar con vigencia dentro del ordenamiento jurídico, que debía emplearse el “test de proporcionalidad” de Robert Alexy.

En ese sentido argumentó que la prohibición de productos elaborados de materia cuya degradación es lenta y que provoca contaminación del medio ambiente, que sería el objeto de la emisión del Acuerdo municipal, representa un fin legítimo pues busca la protección del derecho de toda persona a la vida a un nivel adecuado, a la salud y el acceso a agua potable.

Respecto al análisis de idoneidad, consideró que la prohibición y reducción de los productos provenientes del plástico y el duroport, es una tendencia a nivel mundial por Estados desarrollados, citando al efecto las acciones puestas en marcha por Ruanda, India, Nueva Delhi y Francia; y en América Latina, México, Colombia, Buenos Aires; respondiendo a las directrices de preservación ambiental que se siguen en el mundo debido a la contaminación que generan en el suelo y en las aguas, siendo su disminución urgente (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, págs. 56-57).

En el análisis de necesidad, expresó que la medida ha sido necesaria para prevenir la contaminación en aquel municipio, pues con ella se puede lograr eficazmente una reducción de esos productos, siendo congruente con el principio de precaución consagrado en el principio 15 de la Declaración de Río de Janeiro, y que si bien existen otras medidas para minimizar los perjuicios de los productos prohibidos en el ambiente, en el municipio de San Pedro La Laguna y en el Lago de Atitlán, no existía una tan efectiva como la de evitar que los pobladores utilicen y desechen esos materiales (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, pág. 61).

Finalmente, en cuanto al análisis de proporcionalidad en sentido estricto, que desglosó en dos partes, concluyó indicando que la medida impuesta por el gobierno municipal, trata de establecer una nueva forma de consumo y producción a nivel local con base en criterios de sostenibilidad (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2017, pág. 63), es decir, que asegure las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de futuras generaciones.

## Reflexión final

El caso examinado deja de relieve que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, al igual que sucede con sus pares de América Latina, está efectuando un esfuerzo para realizar su razonamiento judicial de la forma más neutral posible, es decir alejada de subjetividades; en tal sentido, ajustó su actividad interpretativa a un código que le proveyó una estructura a la decisión, en el cual incluyó varias directivas primarias de interpretación, pero además recurrió a la ponderación como herramienta de la argumentación, lo cual no podría haber sido de otra manera, debido a que por un lado, da cuenta de que está entendiendo a los derechos fundamentales en general y en particular al derecho al ambiente sano, como principios y no como reglas, puesto que de no ser así, se habría decantado por una mera subsunción o bien se habría regido por el código interpretativo que se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial; y por la otra, que la construcción de un código interpretativo necesariamente tiene que ir acompañado de una labor de argumentación. Siendo así, se advierte que la decisión que se alcanzó en el caso, contiene un razonamiento basado en premisas completas que respetan las reglas de la lógica y las cargas de la argumentación, lo cual tiene un alto grado de importancia porque posibilitaría realizar sobre la misma una actividad de control.

## Referencias

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Anchondo Paredes, V. E. (2015). Métodos de interpretación jurídica. *Revistas jurídicas UNAM*, 33-58.
- Arraéz, M., & Calles, J. y. (2006). La hermenéutica: una actividad interpretativa. *Sapiens. Revista universitaria de investigación*, 171-181.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho Teorías de la argumentación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Briseño, J. (2010). La holística y su articulación con la generación de teorías. *Educene, No 48*, 73-83.

- Castillo Alva, J. L. (2006). *Razonamiento Judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. Perú: ARA editores.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala. (2017). *Sentencia en la acción de inconstitucionalidad general parcial. Expediente 5956-2016*. Guatemala: Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- del Toro Huerta, M. I. (2006). El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (págs. 513-539). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Flores Juárez, J. F. (2009). *Constitución y Justicia constitucional/ Apuntamientos*. Guatemala: Talleres gráficos de impresos.
- García Amado, J. A. (1999). Retórica, argumentación y derecho. *Isegoria* (21), 131-147.
- García Amado, J. A. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Tirant lo blanch.
- Gatti, F. (25-29 de mayo de 2020). Interpretación Constitucional. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Lifante Vidal, I. (2016). Interpretación jurídica. En J. L. Fabra Zamora, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Vol. 2* (págs. 1349-1387). México: Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Londoño Toro, B. S. (1983). Hacia un nuevo esquema de interpretación de la Constitución y la leyes en Colombia. *Revista del Banco de la República*, 209-248.
- Ortiz Bolaños, L. (2010). La interpretación constitucional desde la teoría de la razonabilidad. *IURIS*, 27-40.
- Pegoraro, L. (2013). *Derecho constitucional comparado y uso connotativo de la palabra "derechos"*. México: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

- Poggi, F. (2007). Significado literal: una noción problemática. *Doxa*, 617-634.
- Raz, J. (2005). Por qué interpretar? *Isomia Revista de teoría y filosofía del derecho*, 25-40.
- Revorio, D. (2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *Revista IUS; volumen 10 No. 37*, 26-47.
- Silvero Salguero, J. (2005). El método funcional en la comparación constitucional. En J. M. Serna de la Garza, *Metodología del derecho comparado: Memoria del Congreso Internacional de cultura y sistemas jurídicos* (págs. 404-419). México: Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.
- Ursúa, J. F. (2004). Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamiento. *Isonomia*, No. 20, 255-275.
- Vásquez Sánchez, O. (2008). *Teoría de la argumentación jurídica sobre la justificación de las decisiones judiciales*. México: Grupo Editorial Gudiño.



# La generación del Constituyente Mexicano de 1916: Breves consideraciones históricas

## *The Mexican Constituent generation of 1916: Brief historical considerations*

Humberto Pineda Acevedo<sup>1</sup>

### Resumen

Este ensayo contiene la visión política y el contexto histórico de la generación de los Diputados Constituyentes que promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. También expongo una estadística general de los Constituyentes quienes participaron con la finalidad de mostrar su pensamiento generacional. El método historiográfico fue el más adecuado para esta investigación, con tal de lograr el objetivo de mostrar el contenido intelectual de esta generación.

**Palabras clave:** Constitución Mexicana, historia constitucional, Congreso Constituyente.

### Abstract

*This essay contains the political and intellectual vision of the generation of Constituent Deputies who promulgated the Political Constitution of the United Mexican States of 1917. In addition, I present a general statistic of the Constituents that participated in order to show their generational thinking. The historiographic method was the most suitable for this research, in order to achieve the objective of showing the intellectual content of this generation.*

**Keywords:** Mexican Constitution, constitutional history, Constituent Congress.

---

<sup>1</sup> Profesor adjunto de la Escuela Libre de Derecho de México. Perfil académico: <https://eld.academia.edu/HumbertoPinedaAcevedo>. Correos electrónicos: [hpineda@unla.edu.mx](mailto:hpineda@unla.edu.mx); [acevedo.humberto.eld@gmail.com](mailto:acevedo.humberto.eld@gmail.com)

---

## **SUMARIO**

Introducción – Venustiano Carranza: líder político de la generación del Constituyente del siglo XX – El modelo político de la generación del Constituyente de 1916 – Estadística general del Constituyente de 1916 – A manera de conclusión – Referencias.

---

# **La generación del Constituyente Mexicano de 1916: Breves consideraciones históricas**

## ***The Mexican Constituent generation of 1916: Brief historical considerations***

*Humberto Pineda Acevedo*

### **Introducción**

El presente trabajo consiste en proyectar y generar un análisis histórico de la generación de hombres que conformaron al Congreso Constituyente de 1916, cuyo resultado fue la *Constitución que reforma a la de 1857*, es decir la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

El método historiográfico para el presente trabajo está influido, principalmente, por dos ilustres profesores del conocimiento filosófico e histórico. Uno de ellos es José Ortega y Gasset, cuya obra de pensamiento versó en la razón histórica, como un paradigma para comprender a la persona, dando como resultado una mayor profundidad de la dimensión histórica del ser humano, ya que nuestra vida no es fija, sino que es un móvil, en donde una serie de creencias y de hechos históricos configuran a la persona por ciertos momentos determinados, convirtiéndose en una comunidad histórica, traducida en generaciones de personas que colocadas bajo cierto supuesto histórico pueden marcar la permanencia de pensamiento e ideologías en ciertas épocas de la humanidad (Martínez, 2020).

Otra influencia para el presente estudio se debe a Luis González y González (González y González, 1999, págs. 110-191), cuyo método de trabajo se deriva del propio Ortega y Gasset, pero a diferencia de este

último, se distingue en la cualidad de estudiar y analizar episodios históricos propios de la vida mexicana, con un enfoque estadístico y aritmético para una mayor precisión histórica de la generación o comunidad que se intenta proyectar en algún determinado trabajo histórico.

Al método generacional o de la comunidad histórica, le he agregado ciertos puntos o breves aspectos que nos lleven a una reflexión de lo que realmente significó la generación del Constituyente de 1916. Por lo tanto, este ensayo que presento en las próximas páginas es la consecuencia de estructurar la vida de un gran número de personajes políticos que presenciaron la derrota del Segundo Imperio y la victoria definitiva del Republicanismo, así como la etapa del Porfiriato. De esta manera, la historiografía nos permite contextualizar las experiencias de esta generación en el inicio del siglo XX.

La generación del Constituyente de 1916 dejó una huella importante en el legado histórico de México, cuyo pensamiento político respondió a las necesidades y a las demandas que surgieron en el último decenio del Porfiriato, las cuales no pudieron resolverse por medio de los instrumentos de la negociación y de la conciliación, en función de que el sistema político conservador lo resolvió por medio de reprimendas y agresiones. La norma constitucional de 1917 fue una respuesta apremiante que la sociedad buscó arduamente durante los últimos años del Porfiriato, sin embargo, quedó pendiente algún asunto referente a su rigidez –desde la visión política– e interpretación constitucional, en función de que ha sufrido 242 reformas y adiciones (Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión: LXIV Legislatura) hasta el día de hoy.

En consecuencia, la razón histórica *Orteguiana* de la generación del Constituyente de 1916 se reflejó en un orden constitucional que se adecuara a las necesidades de la población de las primeras décadas del siglo XX, y que sus pilares o bases permanecieran para los controles generacionales posteriores, básicamente hasta nuestros días. De esta manera, el impacto social de este artículo es la búsqueda de una conciencia nacional en torno a la revaloración de la Constitución Mexicana, mientras que desde la visión científica buscó generar un nuevo conocimiento en lo que se refiere a la actualización estadística de los miembros del Constituyente.

## Venustiano Carranza: líder político de la generación del Constituyente del siglo XX

Don Venustiano Carranza Garza, oriundo del Estado de Coahuila, nació en el año de 1859, prácticamente en la década de los años sesenta del siglo XIX, girando su vida en torno a dos principales etapas: La primera viviendo su niñez y parte de su adolescencia dentro del conflicto internacional entre México y Francia, resultando aquel efímero Segundo Imperio Mexicano; mientras que en la segunda etapa presencié, dentro de su adolescencia y plena madurez, el triunfo definitivo del Republicanismo de Juárez y el ascenso al poder presidencial por parte de Porfirio Díaz.

Carranza formó parte de la generación del Constituyente de 1916, no desde una visión como bloque generacional, sino como auténtico líder, en virtud de que aquel extendió el movimiento Maderista, prolongando la idea de la democratización del sistema hacia la unificación de criterios políticos y el mantenimiento de una estabilidad del orden institucional.

En el año de 1913 mientras Victoriano Huerta asumió el poder presidencial, Venustiano Carranza inició, a partir de dicho instante, el levantamiento de una rebelión que intentó poner fin a los desórdenes y acabar con los obstáculos que se interponían de frente a la legalidad. Para Carranza, el entonces Presidente Huerta representaba la usurpación y el ascenso al poder de manera ilegítima, por la vía de la violencia y de la agresión. El movimiento *Carrancista* cobraba mayor auge y buscó un mejor fundamento o base que justificara su rebeldía contra el gobierno *Huertista*, y lo encontró en el momento en que Huerta disolvió al Congreso, demostrándose que este último no respetó, ni observó el orden constitucional, ni mucho menos las formas ni los procedimientos constitucionales.

Por lo tanto, a partir de 1913 Venustiano Carranza se transformó de Gobernador de Coahuila a ser el líder moral y político de la legalidad, al verse enfrascado en una lucha contra Victoriano Huerta por poco más de un año; compartiendo, en primera instancia, fuerzas militares con Emiliano Zapata y Francisco Villa. El movimiento de Carranza tuvo la consigna de reinstalar la Constitución de 1857, dando a conocer su Plan de Guadalupe, en el cual buscó retomar el control político, militar y jurídico del país.

De acuerdo con el Plan de Guadalupe en su artículo 4º, se confiere el liderazgo de un ejército a don Venustiano, denominándolo como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista:

- 4º Para la organización del Ejército encargado de hacer cumplir nuestros propósitos, nombramos como Primer Jefe del Ejército que se denominará “Constitucionalista” al ciudadano Venustiano Carranza, Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila.

Carranza se convertiría en Presidente interino de la República, una vez tomada la ciudad de México:

- 5º Al ocupar el Ejército Constitucionalista la ciudad de México se encargará interinamente del Poder Ejecutivo el ciudadano Venustiano Carranza, primer Jefe del Ejército, o quien lo hubiere substituido en el mando.
- 6º El Presidente Interino de la República convocará elecciones generales, tan luego como se haya consolidado la paz, entregando el poder al ciudadano que hubiere sido electo.

Como bien se señala en estos dos artículos, se remarca o se acentúa el liderazgo del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, porque al haber asumido el interinato del Poder Ejecutivo Federal, este convocaría a elecciones para elegir a un Presidente de la República, sirviendo como modelo o figura de la integridad y de la legalidad, depurando el viciado sistema *Huertista*, de acuerdo a la concepción y a la corriente ideológica *Carrancista*.

En dicho Plan de Guadalupe, no hubo manifestación alguna respecto a las reformas sociales que buscaban conquistarse desde 1911 con los *Zapatistas*, debido a que lo importante era en un inicio derrocar a Huerta. Además, durante esta pelea por la legalidad, Carranza modificó su pensamiento paulatinamente, con tal de que ya no solamente buscaría la reinstalación del orden constitucional, sino que iría más allá, buscando proclamar una nueva Constitución, porque la revolución demostró una insaciable lucha de clases sociales, por lo que México necesitaba de algo simbólico y con mayor valor, traduciéndose en la justicia, igualdad, desaparición de las clases poderosas, pero sobre todo en el hecho de recordar la conciencia nacional (Crónica Ilustrada: Revolución Mexicana, 1966) y adaptarla a las circunstancias de la época.

El dilema *Carrancista* en contra del sistema político *Huertista*, radicó en el hecho de saber si su movimiento armado o rebelión era realmente legal (Arteaga, 2015, págs. 329-335). La contradicción en el pensamiento jurídico de los *Carrancistas* consistió en que al momento de haber proclamado como una rebelión que luchaba por la legalidad y la constitucionalidad del régimen, a su vez carecía de fundamento o de alguna justificación de origen, porque Victoriano Huerta observó detalladamente las formas del orden constitucional mexicano al convertirse Presidente, tras el homicidio de Francisco I. Madero. En consecuencia, el movimiento constitucionalista declarado por Carranza se percibía como contradictorio.

Sin embargo, el resultado de la rebelión *Carrancista* levantada en contra de Victoriano Huerta fue un éxito al haber removido del poder presidencial a este último, por lo que el liderazgo y la legitimidad de Carranza se definieron o se describieron conforme al orden constitucional, en función de que el movimiento constitucionalista triunfó.

Un liderazgo político se consolida o al menos se comprueba su fortaleza a través de dos factores principales: la gobernabilidad (estabilidad o capacidad para gobernar un régimen) y la satisfacción que provoquen las políticas públicas dirigidas a los gobernados (Méndez, 2007, págs. 839 y 840). Por lo tanto, Carranza se ha analizado como un líder político desde una óptica teórica de la legitimidad, tal como la define Norberto Bobbio (Bobbio, 1989, págs. 120-126), traducándose en una legitimidad de origen, desde la visión de un contexto jurídico, en donde el poder reside en la persona que la regla o la norma jurídica indique; de tal manera que la norma del Plan de Guadalupe legitimó a Carranza para asumir el liderazgo del Ejército Constitucionalista, ya que la batalla de la legalidad que proponía y en la que intentaba salir avante, consistía en la observancia y acatamiento del orden constitucional de 1857.

Por lo que el movimiento de Carranza se presumió como “legítimo” por la vía legal y también por la vía popular, en función de que la ciudadanía reconoció y acató un determinado sistema jurídico, en concreto, una norma fundamental. Carranza al buscar retomar el orden constitucional, mediante el Plan de Guadalupe, se entendió de manera teórica que las diversas clases sociales respaldaban el constitucionalismo.

Después de la celebración de la Soberana Convención de Aguascalientes de 1914, el movimiento de Carranza se dividió en las facciones *Villistas*, *Zapatistas* y *Carrancistas* y el proyecto político que podría haber sido realizado en común se tuvo que detener momentáneamente, hasta la ocasión que produjo el triunfo de los *Carrancistas* sobre las demás facciones.

La Convención de Aguascalientes de 1914 no puede denominarse antecesor del Congreso Constituyente de 1916, en función de que fueron dos momentos históricos diferentes, y además de que en la Convención de 1914 existió una reunión de varios grupos políticos – pluralidad de ideologías y de pensamientos – mientras que en el Constituyente de 1916 Carranza convocó exclusivamente al grupo *Carrancista*, eliminando a las demás facciones políticas en la construcción de la incipiente Constitución.

De esta manera, Carranza promulgó un decreto el 19 de septiembre de 1916, bajo el cual convocó al Congreso Constituyente, cuyas elecciones debían celebrarse el 22 de octubre. El 20 de noviembre se celebraron las juntas preparatorias para la revisión de las credenciales, y así las sesiones iniciaron el 1º de diciembre de 1916; reuniéndose para tales efectos en la ciudad de Querétaro (Así fue la Revolución Mexicana..., 1985, págs. 986-988), declarada previamente capital de la República.

El planteamiento teórico de Carranza fue iniciar una reforma integral a la Constitución de 1857, en función de que el antiguo artículo 127 de dicha Constitución, exclusivamente, preveía reformas o adiciones<sup>2</sup>. Sin embargo, el enfoque o análisis que se realizó fue el de elaborar prácticamente un nuevo ordenamiento constitucional.

Carranza al presentar su Proyecto de Reformas al Constituyente, pronunció un mensaje ante dicho órgano, en donde reconoció la supremacía de los principios que legaron los autores de la Constitución de 1857, pero no lograron llevarse a cabo en la realidad, teniendo fórmulas abstractas que no alcanzaron positividad alguna (Tena, 2008, págs. 745-754).

En consecuencia, el proyecto buscado en Querétaro, entre los meses de diciembre de 1916 y de febrero de 1917, resultó como un orden constitucional nuevo, el cual debía contener los principios de la revolución mexicana.

---

2 “Artículo 127. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada...”

Al final del camino, la lucha por la legalidad iniciada por Carranza en aquel año de 1913, se consolidó en el hallazgo de una nueva fórmula constitucional que fortaleciera la República y el Presidencialismo, además de resaltar “en el papel” la democracia, la división de poderes, la libertad de profesar cualquier creencia religiosa y fundamentalmente los principios sociales revolucionarios.

## **El modelo político de la generación del Constituyente de 1916**

Una vez instalado el Congreso Constituyente el 1º de diciembre de 1916 en la ciudad de Querétaro, se le consideró como un órgano que podía fungir, perfectamente, como moderador entre los grupos radicales, además de que se consideró como una reunión apartidista, visible en el terreno práctico para conseguir la unificación de criterios.

No obstante, el grupo político del Constituyente podía identificarse, como por ejemplo en los casos de los bandos de izquierda y de derecha. En el ala de los progresistas o izquierdistas, quienes eran aquellos que pelearon en los campos de batalla, buscando a toda costa la destrucción del pasado reciente, mientras que el ala moderada o derechista se incluía a profesionales del derecho y de la política, quienes tenían un ánimo renovador, más no destructivo (Serrano, 2013, pág. 355).

Además, los miembros del Constituyente que fueron libremente elegidos en las diversas entidades de la República, varios de ellos fueron promovidos por fuerzas políticas, como el caso del Partido Liberal Constitucionalista, que nominó a candidatos para Diputados Constituyentes en los doce distritos de la capital del país. Otros partidos que participaron en la elección de Constituyentes en el Distrito Federal fueron el Constitucional Fronterizo, el Liberal Nacionalista, el Nacionalista Democrático, el Liberal Puro, el Liberal Obrero (Así fue la Revolución Mexicana..., 1985, págs. 986-987), entre otros.

Lo anterior no significó una división en la tarea fundamental de renovar el ordenamiento constitucional mexicano, sino al contrario, el hecho de que existieran fuerzas políticas diversas – dentro del mismo *Carrancismo* – fomentó la pluralidad de opiniones para impulsar lo que realmente necesitaba la sociedad mexicana en aquellos años.

Desde una perspectiva global generacional en el tiempo, el Constituyente de 1916 presenció la guerra de Reforma provocada por

la promulgación de la Constitución de 1857, al haber vivido la gran mayoría de sus integrantes su periodo de la infancia en aquellos críticos momentos cuando México corrió el riesgo de perder la batalla entre el Republicanismo y el Monarquismo, pero el país salió adelante, imponiéndose la República de manera definitiva. Durante el periodo de su adolescencia de la mayoría de esta generación, se logró percibir la llegada al poder por parte de Porfirio Díaz y su consolidación en la administración pública, mientras que en la etapa de la madurez de los Constituyentes y algunos ya con ciertas incursiones en las actividades políticas dentro de sus Estados, lograron visualizar el debilitamiento del régimen Porfirista, por causas naturales y por otras más que evidenciaron la ausencia de cambios sustanciales en el orden jurídico mexicano.

En una visión generacional del Constituyente, en el ámbito espacial, era la gran mayoría oriunda del norte y del centro-occidente sur de nuestro país, contando con un gran número de Diputados originarios de Coahuila, Durango, Nuevo León, Guanajuato, Jalisco y Michoacán. Esta geografía permite percatarnos de los puntos o focos importantes que destacaron en la lucha revolucionaria, sobre todo por la zona norte del país y en donde la estructura interna de los Estados de la Federación se manejaba por medio de las redes políticas del clientelismo – principalmente el caciquismo – siendo un sistema local que se le fue restado fuerza en la misma medida en la que se debilitaba el régimen Federal.

Ahora bien, cabe destacar que 168 de los Diputados nacieron entre los años de 1870 y 1889, representando una parte importante en dicho Congreso, y que siendo precisos formaban un 77 % del total de los integrantes de dicho órgano. Por lo que estos Diputados contaban con una edad promedio entre 30 y 46 años, demostrando una madurez y capacidad política de discernimiento para realizar las tareas necesarias en las sesiones ordinarias.

A estos integrantes del Constituyente les tocó nacer en los últimos instantes del poder presidencial de Sebastián Lerdo de Tejada y en los albores del Porfiriato, por lo que su adolescencia y madurez se desarrolló, principalmente, en la última década del gobierno de Porfirio Díaz, básicamente cuando el gobierno del Porfiriato ya se encontraba desgastado y a punto de caer.

A estos 168 Diputados les correspondió vivir, y en muchos casos de ellos, el hecho de analizar las oposiciones al régimen de Díaz, como

los levantamientos agrarios consistentes en la defensa de las tierras y la objeción a pactar aumentos tributarios, las huelgas de trabajadores de distintas industrias, sobre todo las movilizaciones ferroviarias y de la industria textil. En cierto momento, prácticamente en el último decenio del Porfiriato, dichos conflictos laborales no pudieron solucionarse de manera pacífica, por lo que se superaron los límites constitucionales y el gobierno acudió a la represión.

También puedo señalar que 26 Diputados Constituyentes eran los que contaban con mayor experiencia en el ámbito profesional, y en algunos casos en el entorno político. Estos Diputados que representaban el 11.9 % del total de los miembros de dicho órgano, nacieron entre los años de 1854 y de 1869, por lo que a varios de ellos les correspondió presenciar, en su etapa de madurez personal, el auge del régimen Porfirista en donde se proyectó fundamentalmente el desarrollo de la economía, el establecimiento de relaciones internacionales, el crecimiento de la población y la introducción de varias políticas en los programas de educación y de salud.

Debo añadir que, entre los años de 1854 y 1889, a los 194 Diputados Constituyentes que nacieron durante todos esos años, les correspondió en mayor o menor grado, el hecho de presenciar durante su etapa como profesionistas y algunos con bastante experiencia, las diversas construcciones de vías de ferrocarril, la búsqueda de capitales extranjeros que invirtieran en nuestro país, porque para el año de 1910 el monto total de la inversión extranjera era de 800 millones de dólares. A estos Diputados les tocó analizar el importante fortalecimiento de las finanzas públicas, porque en 1870 el gobierno Federal contaba con 16 millones de pesos, mientras que para 1910 el gobierno alcanzó a tener 111 millones de pesos (Nueva Historia General de México, 2013, págs. 506-516) impulsando los ámbitos de producción del comercio, de la minería y de los textiles.

Sin embargo, a los Constituyentes les tocó experimentar las muestras de desigualdad en el régimen Porfirista, principalmente a 24 Diputados, quienes se consideraron como los más jóvenes de dicho órgano, por el hecho de haber nacido en el rango de los años de 1890 y 1894, que en la víspera de su entrada a la etapa de su propia madurez, observaron que para 1910 un poco más de un tercio de los mexicanos conformaba la población económicamente activa, por lo que dos tercios de los mexicanos constituían una población inactiva en el plano económico y poco más de la mitad era menor de 18 años de edad, provocando una

notable reducción de la generación de la riqueza. Otra de las cifras significativas era el analfabetismo, en donde se sostuvo un porcentaje entre 85 y 75%, entre los años de 1895 y 1910, que no sabían leer ni escribir (Nueva Historia General de México, 2013, pág. 516).

Como su nombre oficial lo indica, el resultado fue la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857*, desde una perspectiva teórica, pero realmente se consolidó como una nueva Constitución, por el hecho de haberse convocado a un Constituyente –no solamente a un poder reformador ordinario– y además por haber modificado ciertos segmentos o temas por los que se inició la Revolución Mexicana, como los aspectos laborales, agrarios, educativos, pero esencialmente por el hecho de brindar eficacia al ordenamiento constitucional mexicano.

Una novedad importante de la nueva Constitución del siglo XX fue la incorporación de las denominadas garantías individuales, lo cual equivalía a los derechos del hombre previstos en la Constitución de 1857. El cambio de la denominación se debió a que el Constituyente de 1916 consideró que el término de garantías individuales, propiamente garantizaría con mejores herramientas el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales. Por lo que la “garantía” entendida estrictamente como un medio procedimental de defensa de los derechos y de las libertades, el Constituyente de 1916 la comprendió como el derecho humano efectivo.

Otra innovación de la Constitución Mexicana fue la incorporación de los derechos sociales, como la educación – enseñanza libre y laica –, la propiedad privada que contrarrestara los efectos latifundistas del Porfiriato y un derecho al trabajo que realmente garantizara condiciones justas para la clase trabajadora.

Por último, otro aspecto importante de la Constitución fue la libertad religiosa. En la Constitución de 1857 no se reconoció a la religión católica con el carácter de oficial, por lo que derivó en la guerra civil de 1858 al haberse interpretado como una amenaza contra el clero mexicano. En este sentido, México comenzó a dejar de ser una República confesional para convertirse en una República laica. Finalmente, en la Constitución de 1917 se dispuso que toda persona era libre para profesar cualquier creencia religiosa que le agradase, dando lugar a la absoluta libertad de cultos en México.

La generación del Constituyente mexicano de 1916 promulgó una nueva Constitución el 5 de febrero de 1917, con una importante diversidad de opiniones e ideologías políticas, las cuales se debieron a sus propias experiencias, dependiendo de los ámbitos espaciales y temporales en los que desarrollaron sus personalidades, así como también sujetándose y adaptándose a las circunstancias políticas en las cuales fueron elegidos como Diputados Constituyentes, superando el período revolucionario para dar inicio a la etapa posrevolucionaria.

## **Estadística general del Constituyente de 1916**

De acuerdo con información extraída de los textos de Jesús Romero Flores (Romero, 2014, págs. 1-195) y de Ignacio Marván Laborde (Marván, 2017, págs. 1-311), los Diputados con mayor representación en el Congreso Constituyente, en cuanto a su lugar de nacimiento fueron oriundos de Jalisco, Guanajuato, Michoacán, Puebla, Coahuila y Nuevo León; por lo que representó una visión diferente de estos personajes, apreciando un mayor número de Diputados originarios de las zonas Centro, Occidente y Norte de México.

Además, entre los años de 1870 y de 1889 existió la mayor concentración de nacimientos de los Diputados, por lo que la adolescencia y madurez de estos últimos se desarrollaron durante el período del Porfiriato al haber atestiguado el auge de dicho régimen, así como también su paulatino debilitamiento.

En cuanto se refiere a las actividades profesionales de los Constituyentes, me permito señalar que sesenta y cuatro eran abogados, veinticinco militares, veintidós médicos, veintidós ingenieros, veintiuno políticos –tenían un historial en la política nacional–, veinte profesores, doce comerciantes, nueve obreros, siete periodistas, cuatro campesinos, dos agricultores, dos contadores, un químico, un economista, un telegrafista, un actor, un carpintero, un arquitecto, un ganadero y un minero. Las actividades laborales que ejercía cada Constituyente eran distintas, en donde puede percatarse la notoria influencia de abogados, militares, políticos, ingenieros, médicos y profesores, por lo que estos ramos profesionales estaban mayoritariamente representados en el Congreso Constituyente. El ramo de los abogados, abrumadoramente, constituyó la mayoría al haber representado una visión “legalista” de los *Carrancistas*.

De esta manera, distintos sectores de oficios o profesiones se encontraban representados en el Congreso, en donde pudieron discutir una diversidad de temas y fundamentalmente los asuntos apremiantes que necesitaban ser solucionados, tales como la materia obrera, agraria, educativa y religiosa. No obstante, debo resaltar que la representación política en el seno del Constituyente conformó un sector de la burguesía mexicana, dejando a las clases populares de la lucha armada hacia un lugar secundario.

## **A manera de conclusión**

Emilio Rabasa justificó la dictadura mexicana en 1912 cuando publicó su libro *La Constitución y la Dictadura*, al haberla denominado como la “dictadura democrática”, en donde analizó que desde 1857 México había tenido una Constitución venerada e idolatrada, cuyo sentimiento dejó de ser útil en un determinado momento y se convirtió en dañino, por lo que una serie de Presidentes habían hecho a una parte la Constitución y establecieron la dictadura al haberse apegado al poder de forma perpetua, porque esta había sido una consecuencia directa de la organización constitucional de México, y la perpetuidad de los Presidentes una consecuencia natural y propia de la misma dictadura. El Ejecutivo, en el marco constitucional, estaba desarmado ante el Legislativo y ante los gobiernos locales, por lo que la dictadura se impuso en un espíritu moderado como una necesidad de las circunstancias (Rabasa, 2011, págs. 110-111).

Esta idea de Emilio Rabasa me permito traducirla en cuanto a la existencia de una dictadura conforme a las exigencias constitucionales de México durante el siglo XIX. Concretamente, en referencia al régimen presidencial de Porfirio Díaz, la Constitución de 1857 se encontraba desgastada en la mayor parte de su funcionamiento institucional, por lo que la fuerza política del Ejecutivo sucumbía ante los demás poderes públicos. De tal forma que la presidencia se había convertido en una “dictadura democrática” y los ideales constitucionales de la limitación del poder corrían el riesgo de degenerar en desorden y en anarquía. En opinión de Rabasa, la Constitución de 1857 consolidaba la propia dictadura constitucional.

Este orden constitucional del '57 fue visto y analizado por la generación del Constituyente de 1916, por lo que la nueva Constitución

Mexicana del siglo XX buscaba reencontrar la atemperación del poder público, a través de consolidar una institucionalización normativa dentro de la propia Constitución. No obstante, el hecho de fortalecer al Ejecutivo en la Constitución de 1917 tuvo como consecuencia obviamente ya no la “dictadura democrática” sino la “dictadura perfecta” del siglo XX, la cual fue definida por Mario Vargas Llosa como la dictadura camuflada y pacífica de la permanencia inamovible en el poder de un solo partido político por siete largas décadas (Vargas, 1990).

Como observamos en las estadísticas generales del Constituyente, si bien es cierto que no estaba repleto o contaba con una mayoría de las clases populares, en función de que gran parte de sus integrantes pertenecían a una clase elitista profesional – abogados, militares, médicos–, esta generación cumplió con la expedición de una norma que garantizara las exigencias y las demandas sociales más apremiantes que el régimen porfirista había relegado a un segundo plano, en lo que se refería a los derechos laborales, de la propiedad y de la educación.

La revolución no tuvo características populares, como suele pensarse o presuponerse, a pesar del involucramiento de las facciones *Zapatistas* o de los *Villistas*. La clase popular no estuvo presente en las sesiones del Constituyente de 1916, porque como lo observamos anteriormente fue la clase profesional de la facción *Carrancista* la que prevaleció en los debates, de tal forma que la Constitución resultó en una norma consensuada por el grupo triunfador de la revolución mexicana.

El Constituyente de 1916 en función de sus circunstancias sociales e históricas bajo las cuales a cada uno de sus miembros le correspondió experimentar, durante el siglo XIX, buscó la consolidación de una alternativa del poder presidencial en turno, intentando establecer mejores y más eficaces reglas en torno al juego democrático. No obstante, la democracia tardaría muchos años en desarrollarse en la historia mexicana del siglo XX. Empero, la Constitución de 1917 había comenzado en la construcción de este sendero de la democracia.

En esta visión historiográfica analizando al Constituyente de 1916, como un bloque generacional, se percibe la circunstancia histórica mexicana de la dictadura, del presidencialismo, del caudillismo y de la República al finalizar el siglo XIX y al empezar el siglo XX. Esto en función de que a dicha generación le correspondió experimentar diversos

acontecimientos que derivaron en las variables democráticas del ser nacional, en donde México comenzaría a comprender que el nacionalismo deriva de una tradición constitucional y no de cualquier fervor patriótico que hiciera daño a las instituciones políticas.

Por ende, la generación del Constituyente mexicano del siglo XX conformó un pensamiento a través de una norma fundamental, la cual reivindicó la justicia social, los derechos y las libertades, obligándonos a recordar a este grupo generacional hasta el día de hoy por el sencillo motivo de que revaloremos nuestro deber ciudadano hacia las instituciones previstas en la propia Constitución, autolimitando al poder público por el mismo poder.

## Referencias

Arteaga Nava, E. (2015). *Manual de derecho constitucional*. México, D.F.: Oxford University Press.

*Así fue la Revolución Mexicana: El triunfo de la Revolución*. (1985). México, D.F.: Colección de la Secretaría de Educación Pública y Talleres de Gráficas Monte Albán, T. V.

Bobbio, N. (1989). *Estado, Gobierno y Sociedad: Por una Teoría General de la Política*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Bobbio, N. (1985). *Origen y Fundamentos del Poder Político*. México, D.F.: Grijalbo.

Cabrera, L. (2015). *La herencia de Carranza*. México, D.F.: INEHRM.

Cámara de Diputados. Estados Unidos Mexicanos, H. Congreso de la Unión: LXIV Legislatura. Recuperado el 10 de octubre de 2020, de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm)

Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917-2017). Recuperado el 10 de octubre de 2020, de <http://constitucion1917.gob.mx/es/Constitucion1917/#newcomment>

*Crónica Ilustrada: Revolución Mexicana*. (1966). México, D.F.: Publex S.A., T. VI.

- Decreto que convoca a un Congreso Constituyente. Memoria Política de México. Instituto Nacional de Estudios Políticos. Recuperado el 10 de octubre de 2020, de <http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1916%20VC-%20DecConv%20CC.html>
- Galeana, P. (2017). *México y sus constituciones*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Galeana, P. (2010). *El constitucionalismo mexicano. Influencias continentales y trasatlánticas*. México, D.F.: Siglo veintiuno editores.
- Garciadiego Dantán, J. (2017). *Hacia el centenario de la Constitución: Discurso de ingreso*. Ciudad de México: El Colegio Nacional.
- González y González, L. (1999). *El oficio de historiar*. Zamora, Michoacán: El Colegio de Michoacán.
- Historia del Congreso Constituyente 191-1917 con la reseña gráfica. Obra en homenaje al Ilustre Mexicano Jesús Romero Flores*. (1985) México, D.F.: Gupy.
- Knight, A. (2010). *La Revolución Mexicana: del Porfiriato al nuevo régimen constitucional*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Krauze, E. (2016). *Caudillos culturales en la Revolución mexicana*. México, D.F.: Tusquets.
- Marván Laborde, I. (2017). *Cómo hicieron la Constitución de 1917*. México, D.F.: Secretaría de Cultura y Fondo de Cultura Económica.
- Martínez Carrasco, A. (2020, 10 de octubre). "José Ortega y Gasset". Recuperado el 10 de octubre de 2020, de <http://www.philosophica.info/voces/ortega/Ortega.html#toc8>
- Méndez, J. L. (2007). La oficina presidencial y el liderazgo político en México y Estados Unidos: ¿incertidumbre competitiva o certidumbre cooperativa? *Revista Foro Internacional*, Centro de Estudios Internacionales de El Colegio de México, XLVII (4), 829-867.
- Moguel Flores, J. (2004). *Venustiano Carranza*. México, D.F.: Planeta.
- Monsiváis, C. (2010). *Historia mínima de la Cultura Mexicana en el siglo XX*. México, D.F.: El Colegio de México.

- Nueva Historia General de México.* (2013). México, D.F.: El Colegio de México.
- Palavicini, F. F. (2014). *Historia de la Constitución de 1917.* México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas e INEHRM, T. I.
- Plan de Guadalupe. Secretaría de Gobernación. Estados Unidos Mexicanos, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Recuperado el 10 de octubre de 2020, de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/CH10.pdf>
- Rabasa, E. (2011). *La Constitución y la Dictadura: Estudio sobre la organización política de México.* México, D.F.: Porrúa.
- Rabasa, E. (2017). *El derecho de propiedad y la Constitución mexicana de 1917.* Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Romero Flores, J. (2014). *Historia del Congreso Constituyente 1916-1917.* México, D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas e INEHRM.
- Sayeg Helu, J. (1978). *El Congreso Constituyente de 1916-1917.* México, D.F.: INEHRM.
- Serrano Migallón, F. (2013). *Historia mínima de las Constituciones en México.* México, D.F.: El Colegio de México.
- Tena Ramírez, F. (2008). *Leyes fundamentales de México: 1808-2005.* México, D.F.: Porrúa.
- Urquiza, F. L. (2015). *Carranza. El hombre. El político. El caudillo. El patriota.* México, D.F.: INEHRM.
- Vargas Llosa, M. (1990, 31 de agosto) “Vargas Llosa: México es la dictadura perfecta. Españoles y latinoamericanos intervienen en la polémica sobre el compromiso y la libertad”. Recuperado el 30 de diciembre de 2020, de [https://elpais.com/diario/1990/09/01/cultura/652140001\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1990/09/01/cultura/652140001_850215.html)
- Woldenberg, J. (2016). *La concepción sobre la democracia en el Congreso Constituyente de 1916-1917 con relación al de 1856-1857.* Ciudad de México: INEHRM.

# Las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala en materia de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas

## *The international obligations of the Guatemalan State regarding the traditional knowledge of indigenous peoples*

Javier Urizar Montes de Oca<sup>1</sup>

### Resumen

La falta de protección legal a los conocimientos tradicionales ha perjudicado gravemente a los pueblos indígenas. Varias veces se ha reconocido la necesidad de adoptar leyes que protejan estos conocimientos de una manera culturalmente apropiada, pero a la fecha no se ha progresado en este tema. Ante la ausencia de normativa interna, ha sido el derecho internacional el que ha elaborado estándares mínimos en la materia de protección a estos conocimientos. Guatemala se encuentra obligada internacionalmente a acatar muchos de estos estándares, los cuales se analizan en el presente trabajo.

**Palabras clave:** Conocimientos tradicionales, pueblos indígenas, derechos humanos, propiedad intelectual, recursos naturales, derechos culturales, derecho a la propiedad.

### Abstract

*The absence of legal protection for traditional knowledge has been particularly detrimental to indigenous peoples. On several occasions, the need to adopt a specific legal framework that protects this knowledge in a culturally appropriate way has been recognised. However, to this day, no progress has been made. Faced with the absence of local provisions, international law has elaborated*

---

<sup>1</sup> Estudiante de la licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala. Beneficiario de la beca "Global Scholarships Programme", DLA Piper UK LLP. Pasante en el programa de "UN Treaty Body Engagement", International Service for Human Rights. ORCID Id. <https://orcid.org/0000-0002-0173-0641>  
[javierurizar1@gmail.com](mailto:javierurizar1@gmail.com)

*minimum standards on the protection of traditional knowledge. Guatemala is subject to several international obligations which mandate it to comply with these minimum standards, which are analysed in the present document.*

**Key words:** *Traditional Knowledge, indigenous peoples, human rights, intellectual property, natural resources, cultural rights, the right to property.*

---

## SUMARIO

Abreviaturas – Introducción – Los conocimientos tradicionales y su situación en Guatemala – La protección internacional de los conocimientos tradicionales – Medidas que debe adoptar Guatemala con relación a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas – Conclusión – Referencias..

---

## Abreviaturas

C169	Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CC	Corte de Constitucionalidad
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CIG	Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore
CMA	Condiciones Mutuamente Acordadas
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPRG	Constitución Política de la República de Guatemala
CT	Conocimientos Tradicionales
DDHH	Derechos Humanos
DIA	Derecho Internacional Ambiental
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
LDA	Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos
LPI	Ley de Propiedad Industrial
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
PI	Propiedad Intelectual
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SCDB	Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica



# **Las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala en materia de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas**

## ***The international obligations of the Guatemalan State regarding the traditional knowledge of indigenous peoples***

*Javier Urizar Montes de Oca*

### **Introducción**

La lucha por los derechos de los pueblos indígenas tiene en su centro una batalla de culturas. Los movimientos colonizadores a lo largo del mundo llevaron consigo prácticas de erradicación e imposición cultural, con consecuencias que han durado hasta la fecha. Son reiterados los casos en que las más graves afectaciones a los derechos de los pueblos indígenas (masacres, desplazamientos forzados, discriminación sistémica) surgen a raíz de un desconocimiento o abierta oposición a sus formas de vida.

El caso de los conocimientos tradicionales no es diferente. Transmitidos, valorados y resguardados bajo una concepción distinta a la occidental, estos no son protegidos por casi ningún sistema legal del mundo. Tal situación devino problemática cuando personas ajenas a la comunidad empezaron a apropiarse del conocimiento indígena y comercializarlo, aprovechándose injustamente de los productos culturales de comunidades que siguen siendo marginalizadas por sus formas de vida. Durante las últimas décadas, a nivel internacional se ha intentado encontrar un punto medio, donde se salvaguarden los derechos de los pueblos indígenas y, al mismo tiempo, se promueva que sus conocimientos puedan ser difundidos para beneficio de la humanidad.

Este trabajo pretende informar al lector sobre cuáles han sido los efectos de esa discusión en Guatemala; específicamente, las normativas que nacieron a raíz de esta discusión. Mediante una investigación de recursos legales y académicos, se pretende esclarecer cómo el derecho internacional aplicable a Guatemala ofrece un marco de protección favorable para los conocimientos tradicionales; un marco que suple las deficiencias del sistema nacional al ser aplicable aunque no haya normas internas, por pertenecer al bloque de constitucionalidad.

El artículo se divide en cuatro partes: en la primera, se explican los antecedentes relevantes sobre la situación de los conocimientos tradicionales en el mundo y en Guatemala; en la segunda, se analizan los tratados aplicables a Guatemala que contemplan estos conocimientos y qué obligaciones se derivan de ellos; en la tercera, se proponen algunas acciones que se pueden tomar para hacer efectivas las obligaciones referidas; finalmente, se relatan las conclusiones del autor.

## **Los conocimientos tradicionales y su situación en Guatemala**

### ***Antecedentes***

Los conocimientos tradicionales (“CT”) indígenas<sup>2</sup> son aquellos creados y preservados en un contexto tradicional y que forman parte integrante de la identidad cultural de un pueblo indígena (Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore [CIG], 2020, Anexo, págs. 24 y 46). Su origen deviene de sus formas de vida que difieren del resto de la sociedad y, en la mayoría de casos, del estrecho vínculo que tienen con los recursos naturales de sus territorios. Habitando en las áreas del mundo donde la mayoría de recursos genéticos se encuentran, han cultivado, cuidado y utilizado estos por generaciones, desarrollando un respetable equilibrio con la naturaleza; equilibrio que les ha informado sobre cómo utilizar esta de manera sostenible para satisfacer sus necesidades (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2015, párrs. 171-181).

2 Sin intención de desconocer las particularidades de cada expresión, en el presente artículo se usarán, indistintamente, los términos “conocimientos tradicionales”, “conocimientos ancestrales” o “conocimientos indígenas”. En el mismo sentido, a efectos de simplicidad, se alternará entre los términos “pueblos” y “comunidades” indígenas.

El conocimiento indígena no es académico ni referencial, es empírico; el tiempo que le han dedicado a cultivarlo no son décadas, son siglos. Cuestiones que van desde técnicas de cosecha hasta usos medicinales de plantas han llamado la atención de la ciencia occidental, que descubre en los CT prácticas novedosas y eficientes que pueden beneficiar a la humanidad. Las biofarmacéuticas invierten al menos \$68 millones anuales en investigación y desarrollo relacionado con recursos genéticos (Laird y Wynberg. 2012, pág. 7); mientras que en el área médica, aproximadamente 20% de las 100 medicinas más prescritas se derivan de fuentes naturales (Morgera et al., 2015, pág. 4). El hecho de que al día de hoy estas industrias multimillonarias sigan investigando prácticas indígenas y comercializando productos que fueron desarrollados gracias a sus CT (Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica [SCDB], 2012, pág. 1), es evidencia del gran valor de estos conocimientos.

Lo anterior demuestra que los CT son producto del intelecto de las poblaciones indígenas, que tienen una utilidad industrial, un valor económico, y un carácter innovativo en tanto son conocimientos que nadie más tiene. Estas características son algunos de los elementos que la mayoría de sistemas legales del mundo toman en consideración para proteger las creaciones del intelecto, generalmente a través de la legislación de propiedad intelectual (PI). Como bien lo menciona su nombre, la PI busca reconocer el derecho de propiedad que las personas tienen sobre sus creaciones intelectuales, resguardando todas las atribuciones que este derecho confiere (p.ej., a uso exclusivo o excluyente de lo creado); esto con el objeto de fomentar la innovación y evitar que terceras personas se aprovechen injustamente de la creatividad y esfuerzo de otro.

Sin embargo, los CT tienen ciertas características que los distancian del conocimiento occidental: usualmente, su transmisión no es escrita sino oral, su uso no es comercial y su titularidad no recae en una persona, sino en una colectividad (el pueblo). Esto ha hecho que ciertas legislaciones lo consideren como una forma “antigua” de conocimiento, menos válida que el conocimiento occidental y que no cumple con requisitos mínimos para merecer protección bajo los sistemas vigentes de PI. Al no estar protegido bajo estos sistemas, los CT se vuelven parte de una especie de “dominio público”, donde cualquier persona tiene derecho a aprovecharlos sin necesidad de autorización de sus creadores ni compensación a estos. Esta desprotección se torna problemática cuando ocurre la “apropiación indebida”; un proceso mediante el cual

se usurpan las creaciones intelectuales de los pueblos indígenas (CIG, 2020, Anexo, pág. 32).

La apropiación indebida generalmente ocurre de la siguiente manera: primero, personas ajenas a la comunidad identifican las tradiciones de un pueblo indígena que pueden resultar en productos de valor económico; luego, las copian y documentan en términos registrables (o sea, occidentales) para presentarlas como originales ante registros de PI y así obtener protección legal; finalmente, obtienen esta protección y pueden comercializar un producto o servicio derivado de lo que se registró (OMPI, s.f., págs. 1, 2). Una forma común de esta práctica es la “biopiratería” o “bioprospección”, mediante la cual industrias se apropian indebidamente de los CT relacionados con recursos naturales y crean nuevos productos (usualmente medicinas o cosméticos) con gran demanda en el mercado (DeGeer, 2002, págs. 180, 181 y 191). En muchas ocasiones, esta comercialización resulta en que la empresa que se apropia reciba ganancias millonarias por su producto y esté exenta de cualquier obligación de reconocer o compensar al pueblo indígena que originalmente hizo el descubrimiento (Jacobs, 2017. pág. 15).

Entonces, el sistema legal vigente permite que terceros se aprovechen injustamente del ingenio y esfuerzo de un pueblo indígena sin darles retribución alguna; actuar que sería ilegal si fuere realizado en aprovechamiento de conocimientos no indígenas. En otras palabras, actualmente existe un sistema legal que protege los derechos a propiedad, cultura y ciencia de ciertas personas, pero no protege los de otras solamente porque sus concepciones de estos derechos son diferentes. Esta desprotección, que afecta prácticamente de manera exclusiva a los pueblos indígenas, atenta contra el principio *jus cogens* de la no discriminación (Anaya, 2013). Es por ello que se ha identificado la necesidad de reformar el sistema actual para que proteja a los CT de manera adecuada y en un plano de igualdad.

## La situación en Guatemala

Guatemala cuenta con un marco legal destinado a proteger las creaciones de la mente y promover la innovación; por ejemplo, es parte del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, del Convenio de Berna, y de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Además, la Constitución reconoce los derechos de

propiedad y autoría (Constitución Política de la República de Guatemala [CPRG], 1985. Arts. 41 y 42); y existen leyes – La Ley de Propiedad Industrial (LPI) y la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos (LDA)– que protegen las creaciones del intelecto de las personas. Lamentablemente, esta normativa adolece de las mismas falencias que la mayoría de legislaciones del mundo, al desconocer el carácter colectivo de la propiedad indígena y al excluir de protección a los CT por considerar que carecen de requisitos para su registro, por ejemplo, el de novedad para ser patentables.

La Corte de Constitucionalidad (CC) ha examinado casos en los que se discute esta situación. Por ejemplo, en 2017, un grupo de 32 mujeres tejedoras del departamento de Sacatepéquez interpuso una acción de inconstitucionalidad general parcial por omisión relativa en contra de distintas leyes del sistema de PI guatemalteco, incluyendo la LPI y la LDA. La acción se fundamentó en la ausencia de normativa que garantizara los derechos de propiedad intelectual colectiva de las tejedoras sobre sus creaciones artísticas, como sus textiles e indumentarias. De acuerdo con las postulantes, esta omisión les impedía gozar su propia forma de vida, pues no se contemplaba ninguna sanción para quienes les despojaban de sus conocimientos y saberes. En la sentencia, la CC reconoció las debilidades del sistema guatemalteco y la manifiesta necesidad de contar con un sistema legal *sui géneris* que protegiera la PI indígena de una manera conteste con sus necesidades y cultura, exhortando al Congreso de la República (“El Congreso”) a proferir la ley pertinente en la materia (CC, 2017, págs. 4, 9, 79, 83, 100). A la fecha, tal ley no existe.

En 2016, una acción de inconstitucionalidad fue interpuesta en contra del decreto legislativo que aprobaba la incorporación al sistema legal guatemalteco del Protocolo de Nagoya (Protocolo); un instrumento que regula extensivamente aspectos relacionados con los CT. La acción, interpuesta por varios líderes y representantes de comunidades indígenas del país, alegaba que hubo vicios en el procedimiento legislativo que aprobaba el Protocolo (notablemente la ausencia de un proceso de consulta), y que la entrada en vigor de este vulneraría los derechos de los pueblos indígenas, facilitando la biopiratería y la apropiación indebida. El 16 de junio 2016, la CC decretó la suspensión provisional de este decreto, suspendiendo sus efectos jurídicos en el país. Esa fue la situación hasta el 16 de junio de 2020, cuando la acción fue declarada sin lugar por aspectos procesales que, lamentablemente, implicaron que la CC no se pronunciase sobre las preocupaciones de los

pueblos indígenas sobre sus CT (CC, 2020, págs. 25, 39). Por la forma en que se resolvió el caso, no amerita entrar en detalle sobre el contenido de la sentencia.

Independientemente de las divergentes formas en que se resolvieron los dos procesos constitucionales antes indicados, ambos sirven para ejemplificar la desconfianza que los pueblos indígenas del país tienen respecto de que el Estado pueda evitar la apropiación indebida de sus CT (REDSAG, 2014). El autor del presente artículo propone que, si bien el marco nacional resulta insuficiente para proteger los legítimos intereses de los pueblos indígenas, Guatemala es parte a tratados internacionales que la obligan a utilizar sus instituciones vigentes para proteger los CT; tratados que, al ser en materia de derechos humanos (DDHH), tienen el carácter de autoejecutables, lo que implica que no necesitan de la adopción de normas nacionales para reclamar su cumplimiento ante agentes estatales. En los párrafos subsiguientes se procederá a indicar las obligaciones generales y específicas en materia de DDHH que obligan al Estado de Guatemala a reformar su sistema legal para proteger los CT; y, en lo que se logra este cometido, a utilizar el sistema vigente para protegerlos de la mayor manera posible.

## **La protección internacional de los conocimientos tradicionales**

La protección internacional de los CT se puede dividir en general y específica. La general se refiere a los tratados en materia de DDHH que si bien no mencionan explícitamente a los CT, sí los protegen dentro del contenido de artículos concretos. En el presente trabajo se analizan tres de ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Convenio número 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. Por otra parte, la protección específica se refiere a los tratados que sí mencionan explícitamente a los CT, los cuales son de creación más reciente y cuyo marco general no es estrictamente de DDHH, sino de Derecho Internacional Ambiental (DIA): el Convenio Sobre la Diversidad Biológica, y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio Sobre la Diversidad Biológica.

Vale la pena hacer una pequeña acotación sobre estos últimos dos tratados. Si bien su objeto principal es el DIA y no el DIDH, esta distinción no reduce el nivel de “obligatoriedad” que representan los mismos. Por un lado, existe una innegable interrelación, interdependencia y complementariedad entre el DIA y los DDHH (Corte IDH, 2017, párrs. 47 al 55); por el otro, las obligaciones para con los pueblos indígenas de los tratados que se analizan están fundamentadas en el DIDH (Morgera et al., 2015, págs. 32, 34, 37, 41, 42 y 171). Esto implica que las obligaciones que consagran el CBD y su Protocolo a favor de los pueblos indígenas son obligaciones internacionales en materia de DDHH.

¿Cuáles son las consecuencias de esto para el caso de Guatemala? Dos cosas: La primera, que estas obligaciones de DDHH que se encuentran en tratados de DIA son parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, prevalecen sobre el derecho interno. Esto atendiendo al criterio expresado por nuestro más alto tribunal en distintas sentencias, en las que ha indicado que el bloque de constitucionalidad comprende los estándares internacionales en materia de derechos humanos que comprometen a Guatemala, pues sirven para complementar la garantía de DDHH en el país (CC, 2015b, pág. 12; CC, 2012, pág. 15). La segunda, que estas obligaciones también son autoejecutables, por ser en materia de DDHH (Tauli-Corpuz, V., 2018, párr. 69).

## **La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH)**

El artículo 21 de la CADH reconoce el derecho a la propiedad privada.<sup>3</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha considerado que este derecho protege el uso y goce de cualquier bien susceptible de tener un valor y ser apropiable; pudiendo ser bienes materiales o inmateriales, como las creaciones del intelecto (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2005b, párrs. 102 y 103). Para el caso específico de los pueblos indígenas, ha indicado que este artículo, además, protege sus formas de propiedad colectiva y el vínculo espiritual y cultural que tienen con sus recursos naturales y los elementos intangibles que se desprenden de estos. (Corte IDH, 2005a, párr. 137).

<sup>3</sup> El artículo 21 de la CADH, en su parte conducente, reza: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. [...]”

Como ya fue indicado con anterioridad, los CT han servido de guía para el descubrimiento, creación y/o comercialización de productos y servicios de gran utilidad para la humanidad, lo que demuestra que son susceptibles de tener valor. El hecho que los mismos puedan ser reclamados como propiedad por el propio pueblo o por terceras personas, denota su carácter apropiable. Su creación y custodia se desprenden del estrecho vínculo entre el pueblo indígena y sus recursos genéticos, siendo una manifestación profunda de su cultura, de su intelecto y de sus formas de vida. Teniendo en cuenta todos estos elementos, es razonable concluir que los CT se encuentran protegidos bajo el artículo 21 de la CADH, como un tipo de propiedad privada colectiva de los pueblos indígenas.

## **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)**

Análogo a otros instrumentos internacionales,<sup>4</sup> el artículo 15 del PIDESC consagra derechos relacionados con la ciencia, la cultura y la creatividad. De singular importancia es el párrafo 1 del artículo, el cual incluye tres apartados que se relacionan con los CT, protegiéndolo desde tres perspectivas distintas. El artículo protege a los CT como expresiones culturales, como producciones científicas, y como creaciones propias de la comunidad.<sup>5</sup>

### ***El derecho a la cultura***

El artículo 15.1(a) consagra el derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Como lo ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) en su Observación General No. 21 (2009), la cultura comprende todos los elementos (incluyendo creencias, ceremonias, tecnologías, la vestimenta, artes, costumbres y tradiciones)

4 Ver artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 13 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y artículo 14 del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales ("Protocolo de San Salvador"), entre otros.

5 El artículo 15 del PIDESC reza: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora; 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.; 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.; 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

que sirven para que una comunidad exprese el sentido propio de su existencia y su relación con su entorno; la cultura es un reflejo de los valores y la vida de las comunidades. En tal sentido, participar en la vida cultural implica la libertad de cada persona de decidir si se identifica o no con una cultura; si ejerce o no las prácticas culturales; si comparte con otros o no su cultura; si desarrolla o no su identidad cultural; y en general decidir el grado de relación que quiere tener con su cultura. Esto implica que debe existir la posibilidad de conocer, comprender y vivir la cultura propia, además de la posibilidad de desarrollarla, si uno así quiere. (párrs. 13 y 15)

Los elementos y definiciones ya analizados evidencian que los CT son cultura en distintos aspectos: reflejan las creencias de la comunidad, en tanto el uso de ciertas plantas medicinales se fundamenta en la relación espiritual con la naturaleza; son ceremoniales, en tanto los conocimientos sobre migraciones animales o condiciones climáticas rigen ceremonias de la comunidad; son tecnología, en cuanto incluyen técnicas para cosechar, cazar o pescar de mejor manera; son costumbres, en tanto tienen su origen y han sido preservados y transmitidos de generación en generación como parte integrante de la comunidad (OMPI, 2015, págs. 13, 14 y 17). Si bien no todos los CT tienen estas características (no todos se relacionan con plantas medicinales o técnicas de cacería, por ejemplo) todos tienen al menos alguna de ellas, lo que los hace un elemento cultural.

En este sentido, el derecho consagrado en el artículo 15.1 (a) implica la libertad para que un miembro de la comunidad indígena pueda decidir si quiere compartir los CT de su comunidad, (así como la libertad de los demás miembros de recibir esta información) y de decidir si quiere desarrollarla o preservarla en su estado actual. Implica también la libertad de la comunidad de decidir qué nivel de difusión o utilización de los conocimientos es conteste con sus valores y creencias, y por ende, el que se ha de seguir. Tomando en cuenta esto, se puede vislumbrar cómo ciertos actos permitidos actualmente vulneran el contenido de este derecho: La difusión no autorizada y la apropiación indebida le quitan a la comunidad el control sobre su propia cultura, arrebatándoles el derecho de decidir si querían compartir sus CT, la forma en que lo harían, o las condiciones a las que sujetarían su uso (OMPI, 2016, págs. 1 y 2). Además, tampoco es irracional imaginar que surge un temor fundado a continuar usando los conocimientos, pues existe el riesgo que terceros los usurpen, limitando así la posibilidad de desarrollar la cultura propia.

Los anteriores son, tan solo, algunos ejemplos de cómo la desprotección de los CT atenta contra el contenido mínimo del derecho de toda persona a participar en la vida cultural. Al estar los CT protegidos por el artículo antecitado, le corresponde al Estado garantizar que los pueblos indígenas puedan tener la libertad de decidir si quieren tomar parte en todas y cualquiera de las prácticas culturales que se relacionan con sus CT. Esto implica, principalmente, ofrecer la protección necesaria para que terceros no puedan tener acceso no autorizado al CT, y que sea la comunidad la que se encuentre en absoluto control de este. Solo de esta manera se puede asegurar que los pueblos indígenas puedan participar libre y plenamente en su vida cultural.

### ***El derecho a la ciencia***

El artículo 15.1 (b) consagra el derecho a gozar los beneficios del progreso científico. Los CT han tenido un rol relevante en el desarrollo de la ciencia moderna, desde la provisión de datos empíricos hasta la información de métodos y conceptos científicos. Estos conocimientos han guiado el estudio de la conservación y manejo de la biodiversidad, además de dar origen a medicinas tradicionales que son la fuente de atención médica primaria para más de la mitad del mundo (International Council for Science [ICSU], 2002, págs. 13 y 14). Por otra parte, el proceso por el cual se obtienen ciertos tipos de CT implica un estudio objetivo de fenómenos y su validación a través del intercambio de conclusiones y datos, con el objeto de descubrir la relación causal y obtener un resultado replicable y verificable o falsable; siendo estos los elementos de un verdadero proceso científico (UNESCO, 2018, Anexo II, pág. 148).

Atendiendo a lo anterior, se puede concluir que ciertos tipos de CT son productos científicos y por ende, merecen la misma protección que se le otorga a las ciencias occidentales. Esta protección, atendiendo al artículo 15 del PIDESC, incluye la conservación, promoción y difusión de los CT, además del derecho de las comunidades indígenas de gozar los beneficios de su progreso científico. La conservación de los CT debe adaptarse a las exigencias de la comunidad, lo que implica respetar y limitarse por la forma de transmisión (oral, escrita, etc....) y el nivel de difusión de los CT (p. ej. si es secreto, comunitario, o público) que la comunidad estime adecuado. Por su parte, el concepto de “gozar los beneficios” en este caso no se refiere a ganancias monetarias, sino a

tres cuestiones distintas: gozar de los resultados materiales de la ciencia (como medicinas); gozar del desarrollo y conocimiento que provee la ciencia; y gozar de la libertad y posibilidades de ser parte del proceso científico (CDESC, 2020, párrs. 5, 8, 9, 10).

Similar a lo contemplado para el derecho a la cultura, gozar, conservar y desarrollar la ciencia necesariamente implica que los pueblos indígenas puedan mantener su estilo de vida, pues ha sido esta la que inicialmente dio origen a sus CT y que puede evolucionar para generar nuevos conocimientos. Mantener este estilo de vida requiere, en primer lugar, respeto a sus prácticas culturales, pues cualquier imposición cultural o asimilación forzada impedirá una evolución natural de sus ciencias, requisito indispensable para un desarrollo científico verdadero. También requiere la protección de sus territorios tradicionales y recursos naturales, pues ha sido su relación con estos la que fundamenta sus CT y que les permitirá descubrir nuevos usos de estos. Finalmente, implica una garantía de que sus creaciones y descubrimientos no serán aprovechados injustamente por terceros, pues esto motiva la innovación y la creatividad. Por su parte, gozar de los beneficios de la ciencia tiene una fuerte relación con evitar la apropiación indebida, para impedir que terceros puedan obtener derechos excluyentes sobre creaciones y recursos indígenas, asegurando así que los pueblos puedan mantenerse en el goce de su desarrollo científico.

### ***El derecho a los intereses morales y materiales de las creaciones propias***

Finalmente, el artículo 15.1 (c) reconoce el derecho de los autores a la protección de los intereses morales y materiales que les correspondan por sus producciones. Este artículo pretende reconocer y remunerar el ingenio y trabajo de las personas. Hace esto velando por que cualquier beneficio que derive de las creaciones de una persona (ya sea monetario, moral o cualquier otro) se le entregue a quien efectivamente dedicó su tiempo y habilidades para crear lo que ahora se estima valioso. El término “autor” en este artículo incluye autores colectivos, como los pueblos indígenas; mientras que el término “producción” incluye las creaciones de la mente humana, como lo son los conocimientos, innovaciones y prácticas de los pueblos indígenas (CDESC, 2005, párrs. 7, 8 y 9). Esto implica que las comunidades originarias, como autores de su CT, tienen derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que se deriven de este.

Los intereses morales implican el derecho de los pueblos indígenas a ser reconocidos como creadores de su CT y a oponerse a cualquier uso de estos que no consideren conteste con sus valores. Por otra parte, los intereses materiales implican un derecho a recibir parte de los beneficios directamente generados por sus CT, por ejemplo, ganancias monetarias o derechos de PI (intereses materiales). Vale la pena mencionar que los beneficios a que este artículo se refiere no son indemnizaciones por afectar o consumir propiedad (como así ocurre en el Art. 21 de la CADH), sino una verdadera remuneración por el uso del conocimiento (CDESC, 2005, párrs. 10, 13, 17). Entendiendo esto, es más fácil visualizar cómo el Estado ha vulnerado este derecho al consentir el uso no autorizado de CT y permitir la apropiación indebida: se irrespetan reglas de custodia y traslación; se permite que terceros se atribuyan la autoría de creaciones que no son propias, y; terceros reciban los beneficios de productos creados gracias a CT, beneficios que (al menos en parte) legítimamente le corresponden a la comunidad que creó los CT. De esta manera, terceras personas se aprovechan de los intereses morales y materiales de los pueblos indígenas.

Para hacer efectivo este derecho, nuevamente recae en el Estado la obligación de evitar la apropiación indebida y de diseñar un sistema que efectivamente le otorgue a los pueblos indígenas el control sobre su propiedad intelectual. Es importante señalar que el derecho consagrado en este artículo no es análogo a los derechos de PI (Frick, M., 2020, pág. 5), por lo que el Estado no puede excusar su incumplimiento de este artículo en la ausencia de un sistema *sui géneris* de PI. Le corresponde al Estado encontrar la manera en que, mientras este sistema *sui géneris* sea diseñado, se protejan adecuadamente los intereses morales y materiales de los pueblos indígenas sobre sus CT.

## **El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (“C169”)**

El C169 es uno de los tratados fundamentales en materia de los derechos de los pueblos indígenas. En su artículo sexto,<sup>6</sup> este Convenio

6 El artículo 6 del C169 reza: “1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente[...]. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

contempla un principio general del derecho internacional: la obligación de consultar a los pueblos indígenas respecto de cualquier decisión estatal que pueda afectar sus derechos o intereses. (Corte IDH, 2012, párrs. 159, 160 y 164). En pocas palabras, la obligación de consulta surgirá cuando el Estado adopte una medida que pueda afectar directa o indirectamente a los pueblos indígenas de manera desproporcional con relación al resto de la población. El C169 y, más específicamente, el derecho a la consulta, ya han sido analizados extensivamente por múltiples juristas y autores;<sup>7</sup> en tal sentido, el presente análisis se limitará a la relación entre el derecho a la consulta y los CT.

Como ya fue analizado, el control y uso de los CT es una cuestión que toca distintos derechos de un pueblo indígena. Es tanto una expresión de su identidad cultural como una legítima práctica científica de la que tienen derecho a beneficiarse; es también una producción intelectual de su autoría que puede formar parte de su patrimonio y propiedad. Teniendo relación con tantos derechos humanos, la mayoría (si no es que todas) de las acciones que se tomen con relación a los CT afectarían de manera desproporcionada a los pueblos indígenas. El Estado, ya sea directa o indirectamente, puede tomar muchas acciones que de alguna manera interfieren con los CT y, por ende, con los derechos de los pueblos indígenas: la autorización a investigadores extranjeros para que estudien las prácticas de comunidades indígenas, la realización de estas investigaciones por agentes estatales, la difusión de prácticas medicinales ancestrales, la venta de productos que plagieron diseños artísticos indígenas o la renovación de patentes de medicinas desarrolladas gracias a aprobación indebida, entre otras.

Previo a que se tome cualquier acción que pueda interferir con los CT indígenas, le corresponde al Estado realizar un proceso de consulta con los pueblos afectados. Esto es, con el pueblo titular o custodio de los CT, quien tiene el derecho a decidir si comparte sus CT y, en todo caso, las condiciones de esta compartición. Estas condiciones pueden incluir sus deseos respecto del uso y manejo de su conocimiento, sus consideraciones respecto de los recursos asociados con los CT, sus preocupaciones sobre aspectos de PI, así como cualesquiera otras consideraciones

---

7 Ver, entre otros, las sentencias de fondo de la Corte IDH en: Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay; Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras; Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, y; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname.

socioeconómicas, culturales o ambientales que consideren relevantes (SCDB, 2012, pág. 8).

Ahora, si bien la consulta debe realizarse con miras a obtener el consentimiento del pueblo, esto no implica que en caso no se obtenga este el proyecto deba detenerse. Existe un estándar mínimo de afectación de la medida sobre la que se consulta para que el consentimiento sea requisito condicionante de la validez de la consulta; estándar que a la fecha se ha fijado en que la afectación de la medida sea tal, que pueda poner en riesgo la propia existencia de un pueblo indígena (OIT, 2020, pág. 35; Corte IDH, 2007, párrs. 134-137). Es difícil imaginar muchas situaciones donde la apropiación indebida de CT pueda poner en riesgo la propia existencia de un pueblo indígena; por lo que en la mayoría de los casos no sería obligatorio obtener el consentimiento del pueblo para acceder a sus CT, siempre y cuando se haya realizado un adecuado proceso de consulta. Sin embargo, hay una excepción importante a esta regla, y es la de los CT asociados a recursos genéticos, donde la consulta la regula el Protocolo de Nagoya (Protocolo) y no el C169.

## **El Convenio sobre la Diversidad Biológica (“CDB”)**

El CDB es un tratado que, como su nombre lo indica, fue creado con el objeto de que los Estados contratantes se comprometieran a la preservación de la biodiversidad. Adoptado en 1992, este tratado evidencia que por décadas se ha sabido del rol de las comunidades indígenas en la conservación de la biodiversidad; su artículo 8(j) indica que los Estados deben velar por respetar, preservar y mantener los conocimientos de las comunidades indígenas tradicionales que se relacionen con la diversidad biológica, promoviendo su aplicación más amplia, con la participación de quienes posean los conocimientos y fomentando que los beneficios derivados de estos se compartan equitativamente.<sup>8</sup>

Quizá el punto más relevante de dicho artículo es que es una de las primeras veces en que se menciona en un tratado internacional a los

8 El artículo 8(j) del CDB indica: *Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: [...] Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente;*

CT. A la fecha, hay posturas contradictorias respecto de si este artículo establece una obligación de consulta previa y compartición de beneficios con los pueblos indígenas que crearon los CT, o si simplemente “recomienda” que se hagan tales actos (Kamau y Winter, 2013, pág. 114). Independientemente de la postura que se adopte, lo cierto es que, como mínimo, el artículo compromete al Estado a *adoptar medidas* para fomentar la participación de los pueblos indígenas en la utilización y compartición de beneficios por sus CT. Esto implica que el Estado guatemalteco se encuentra en la obligación de promover acuerdos, reglamentos, leyes o políticas públicas destinadas a fomentar la participación de los pueblos indígenas en la utilización de sus CT y en la repartición de beneficios derivados de este. Guatemala ha incumplido con este actuar a la fecha.

Finalmente, el artículo en mención tiene otro punto importante, y es que, al considerar explícitamente los CT, empieza a formar la distinción entre los derechos sobre CT y los derechos de PI. Nótese que el artículo hace referencia a quienes “posean” los conocimientos, no a quienes posean “derechos” sobre estos, como se redactaría atendiendo a un sistema de PI. Asimismo, el artículo menciona la participación de los pueblos indígenas y la compartición de beneficios de una manera general, no sujetándola a limitaciones temporales o territoriales como ocurre con las patentes o los derechos de autor. Si bien el artículo cuenta con muchos calificativos que debilitan la protección a los CT, de cualquier manera ya es una victoria que considere a los CT, su posesión y los derechos de consulta y beneficios, sin vincularlos explícitamente con los derechos de propiedad o autoría. Esto reafirma la autonomía de los derechos sobre los CT y la obligación del Estado de respetarlos, independientemente de si encajan con sus vigentes conceptos de propiedad o no.

## **El Protocolo de Nagoya (El Protocolo)**

De todos los tratados analizados, este es sin duda el más importante para la protección de los CT. Esto es, principalmente, porque contempla explícitamente obligaciones relacionadas con los CT y, a diferencia del CDB, su redacción no da lugar a cuestionar su obligatoriedad. El tratado fija obligaciones claras y estrictas en favor de los CT asociados con recursos genéticos (p.ej. los conocimientos sobre usos medicinales de plantas o animales). Esto es particularmente

beneficioso, pues muchos de los casos más graves de apropiación indebida se han dado sobre estos tipos de CT, donde la apropiación de los CT también conlleva el abuso de los recursos naturales asociados con estos. Es cierto que los CT no asociados con recursos genéticos no se benefician de protección bajo este tratado, pero se estima que estos casos son la minoría y que, en todo caso, sí gozan de la protección de los tratados que no pertenecen al DIA.

El artículo 7 del Protocolo<sup>9</sup> indica que los Estados deben adoptar medidas para asegurar que se acceda a los CT asociados con recursos genéticos con el consentimiento fundado previo del pueblo indígena que lo posea y que se hayan fijado condiciones mutuamente acordadas (CMA). El progreso que implica este artículo es sustancial. Si bien el C169 ya contempla una obligación de consulta cuando se pretenda utilizar los CT de pueblos indígenas, el resultado de esta consulta no es vinculante. Por el contrario, el Protocolo sí vuelve vinculante el resultado de la consulta, dejando en absoluta discreción de los pueblos si compartir sus CT o no. Además, es particular que, a diferencia del resto de artículos del tratado, el poder decisorio no queda en manos del Estado, sino del pueblo indígena custodio de los CT.<sup>10</sup> Esto es un reconocimiento explícito de los pueblos indígenas como legítimos y únicos propietarios de sus creaciones intelectuales (Morgera et al., 2015, pág. 171).

Las “condiciones mutuamente acordadas” a las que se refiere el artículo son esencialmente condiciones contractuales que fijan los pueblos para acceder a sus CT. La forma y contenido de estas quedan a completa disposición de la comunidad, pero, de conformidad con el artículo 12 del Protocolo,<sup>11</sup> si el pueblo lo requiere, el Estado está obligado a apoyarles en la creación y difusión de estas. Las CMA incluyen las guías de uso de los CT, consideraciones culturales y todo lo relativo a los beneficios que tienen derecho a percibir. Este último punto está regulado en

9 El artículo 7 del PN establece: “De conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades [...] y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas.”

10 El considerando vigesimotercero del preámbulo al Protocolo establece que: “Conscientes de que el derecho a identificar a los titulares legítimos de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos dentro de sus comunidades corresponde a las comunidades indígenas y locales”

11 El artículo 12 del PN, establece, en su parte conducente: “[...] 2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos. [...]”

el artículo 5(5) del Protocolo,<sup>12</sup> que obliga al Estado a asegurar que los beneficios que resulten de la utilización de CT se compartan con el pueblo indígena poseedor de los mismos. Entonces, cuando los CT instruyan formas útiles de manejar recursos genéticos (p.ej. enseñando las propiedades beneficiosas de una planta), la comunidad tiene derecho a ser recompensada por esta información.

Si bien es cierto que los beneficios podrán ser en la mayoría de casos de valor monetario (p. ej. pagos, créditos o licencias), esto no siempre será el caso. El Anexo I al Protocolo de Nagoya contiene una lista de beneficios no monetarios que podrían ser entregados a las comunidades en reconocimiento del valor de sus CT. Incluyendo la creación y fortalecimiento de capacidades, el apoyo a economía local, proyectos destinados a atender necesidades de la comunidad (como salud y alimentación) o reconocimientos públicos. Quedará a discreción de cada comunidad en cada caso específico el determinar qué beneficios considera los más adecuados, los cuales deberá acordar previamente con la entidad usuaria de sus conocimientos.

Respecto del ámbito temporal del Protocolo, el artículo 4(1) indica que los tratados ratificados por el Estado previo a la entrada en vigor del Protocolo no se verán afectados por este. Este es quizá uno de los pocos casos donde la irretroactividad legal es más perjudicial que beneficiosa, pues deja intactos tratados celebrados con anterioridad al Protocolo, dentro de los que podrían estar algunos que consintieran la apropiación indebida. Por otra parte, esto también implica que los pueblos indígenas no pueden reclamar bajo este Protocolo reparación alguna por los casos de biopiratería ocurridos y concluidos con anterioridad a la entrada en vigor del Protocolo.

La situación es distinta para el supuesto de usos continuados. Ciertamente, para los casos de apropiación de CT ocurridos antes de que entrara en vigor el Protocolo ya no sería posible realizar la consulta, y no habría una obligación de compartir beneficios previos a esta fecha; pero los beneficios obtenidos después de que el Protocolo entre en vigor sí deberían de compartirse con la comunidad (Greiber et al., 2012, págs. 73, 129). Por ejemplo, si una compañía utilizó CT de pueblos indígenas de

---

12 El artículo 5(5) del PN establece: "5. Cada Parte adoptará medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas."

Guatemala en 1980 para crear un producto que al día de hoy sigue vendiéndose, el Estado guatemalteco tiene la obligación de asegurarse que una parte de las ganancias generadas desde junio de 2020 en lo sucesivo sean entregadas a estos pueblos.

Con miras al futuro, es relevante el artículo 4(2), que prohíbe a los Estados Parte celebrar acuerdos que se opongan a los objetivos del CDB o su Protocolo. Atendiendo a que los considerandos 12 y 20 del Protocolo contemplan la protección a los CT, esta disposición prohíbe al Estado guatemalteco celebrar nuevos tratados que vulneren los derechos de los pueblos indígenas sobre su CT. Ejemplo de esto serían tratados bilaterales de inversión que pretendan dispensar a potenciales usuarios de CT de las obligaciones de consulta o compartición de beneficios; o tratados que permitan clasificar a los CT como parte del “dominio público” de la PI (Greiber et al., 2012, pág. 115).

Además de las obligaciones específicas, los artículos 5(5), 7 y 12 del Protocolo obligan al Estado guatemalteco a adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos contenidos en este tratado. Una vez más, se regresa a la obligación de diseñar un sistema *sui generis* que pueda proteger la propiedad colectiva, permanente y tradicional de los pueblos indígenas sobre sus CT. Mientras esto ocurra, el Estado debe fijar normas para garantizar la autonomía de las comunidades indígenas para que puedan crear y negociar adecuadamente sus CMA, impedir y sancionar los casos conocidos de apropiación indebida, y asegurar que para los usos continuados de CT el pueblo indígena reciba parte de los beneficios generados.

## **Medidas que debe adoptar Guatemala con relación a los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas**

Es importante concretar toda la información analizada y determinar cuál es la forma para hacer efectivas las obligaciones internacionales de Guatemala con relación a los CT. Se propone una lista no exhaustiva de medidas concretas que se pueden adoptar a mediano y largo plazo para el efecto.

A mediano plazo, se debe aprovechar el marco legal vigente en el país para otorgar una protección a los CT que impida que terceros se aprovechen indebidamente de estos. El Estado debe reconocer oficialmente que la custodia de los CT es equivalente al pleno dominio,

y garantizar el uso, posesión y propiedad efectiva sobre estos o, en su caso, el derecho a reivindicación o indemnización (Corte IDH, 2020, párrs. 94-98). En ese sentido, el Estado debe rechazar el registro o renovación de derechos de PI obtenidos mediante apropiación indebida, así como facilitar mecanismos para que los pueblos indígenas se puedan oponer a usos no acordados de sus CT. Finalmente, debe asegurar retribuciones y compensación justa por los CT que a la fecha hayan sido apropiados indebidamente y también facilitar la reivindicación de la autoría y derechos sobre los CT usurpados (CDESC, 2005, párrs. 31, 32). Muchos de estos procesos ya existen dentro del marco del sistema vigente de PI, por lo que solamente sería necesario adaptarlos para que puedan proteger a los CT, independientemente de que estén registradas o no.

Una manera de lograr esto es que el Estado trabaje en conjunto con los pueblos indígenas de Guatemala para elaborar una base de datos sobre los conocimientos ancestrales de su autoría. Esto servirá para asegurar su conservación y evitar que los registros públicos otorguen protección legal a creaciones derivadas de CT apropiado indebidamente (OMPI, 2001, págs. 78, 111 y 113). Para las comunidades que no deseen ser partícipes en esta base de datos, el Estado debería facilitar mecanismos culturalmente apropiados de difusión de solicitudes de registro o de investigación sobre CT, de oposición y de reivindicación de derechos.

Habiendo establecido estos actos que se pueden cumplir en un lapso relativamente corto, es procedente establecer ciertas acciones que debe tomar el Estado a largo plazo. Estas tomarán más tiempo en dar frutos, pero son las fundamentales para un verdadero cumplimiento de las obligaciones internacionales en el tema. Primero, el Estado está obligado a permitir a los pueblos indígenas desarrollar su ciencia y cultura. Esto implica una obligación estatal de conservar la biodiversidad, pues el vínculo intrínseco que los pueblos sostienen con la naturaleza es fundamental para continuar desarrollando conocimientos sobre esta. Asimismo, se deben tomar acciones concretas para erradicar las prácticas de desplazamiento forzoso, sobreexplotación de recursos naturales, criminalización de defensores de DDHH, discriminación, racismo y apropiación cultural, entre otras, pues estas hacen imposible el efectivo desarrollo de la cultura y ciencias indígenas (CDESC, 2009, párrs. 49, 50, 51).

Segundo, el Estado debe tomar medidas para prevenir y sancionar la apropiación indebida. Esto implica, primordialmente, la reforma del

sistema legal actual a uno que proteja la PI de los pueblos indígenas de una manera conteste con sus valores (CDESC, 2017, párr. 17). Esto significa una protección que les reconozca como propietarios y autores de su CT; capacitándolos (si así lo requieren) para elaborar guías de uso de su CT (las cuales deben ser difundidas) y para negociar con posibles usuarios (CDESC, 2020, párrs. 39, 40, 46, 52, 60 y 83). Esto no solo servirá a los pueblos, sino que también dotará de certeza jurídica a potenciales usuarios, quienes sabrán a dónde, con quién y en qué condiciones deben dirigirse para investigar o utilizar creaciones indígenas. Para los casos de apropiación indebida, deben existir recursos jurisdiccionales culturalmente apropiados para reclamar reivindicación, indemnización o una sanción correspondiente.

Tercero, si el Estado tomará medidas que pueden afectar los derechos de la comunidad, el Estado (no personas privadas) debe realizar un proceso de consulta, que debe cumplir, como mínimo, con los siguientes requisitos: cerciorarse que se haga a través de los legítimos representantes de los pueblos indígenas, escogidos por el propio pueblo; asegurarse que los pueblos puedan participar libremente e influir en todas las fases de preparación, decisión y ejecución del proyecto; asegurarse que la consulta sea libre y previa, realizada sin injerencias y con suficiente antelación para que los pueblos afectados puedan seguir sus propios procesos decisorios, y; asegurarse que sea informada, garantizando el acceso a toda información pertinente sobre el proyecto, incluyendo características y riesgos. Si la consulta se refiere a CT asociados con recursos genéticos, el resultado de la consulta es vinculante, por lo que si los pueblos se rehúsan a compartir sus CT, el Estado no tendrá vías ordinarias para forzarles a que lo compartan. (Consejo de Administración de la OIT [CA], 2001, párr. 78; 2004, párr. 102; 2016, párrs. 188).

Finalmente, en caso se llegue a un acuerdo donde los pueblos indígenas compartan sus CT, el Estado debe velar por que los pueblos reciban los legítimos beneficios que les corresponden. Ya sea otorgándolos directamente o usando su poder coercitivo para que el tercero usuario los entregue. Asimismo, debe facilitar los mecanismos para que estos beneficios se hagan efectivos, por ejemplo, otorgando derechos compartidos de PI a pueblos indígenas que comparten sus CT sobre plantas medicinales a farmacéuticas que patentan un nuevo producto (OMPI, 2017, págs. 1, 37); o facilitando los mecanismos jurisdiccionales para reclamar sus derechos.

## Conclusiones

La protección legal de los conocimientos ancestrales, ha sido, hasta la fecha, inexistente o muy débil para responder a las legítimas necesidades de los pueblos indígenas. En el caso de Guatemala, tanto los registros públicos como los ministerios, entre otras autoridades estatales, han permitido que se consumen actos de apropiación indebida de los conocimientos tradicionales. La aquiescencia del Estado se ha intentado justificar con la excusa de que no existe un marco nacional adecuado para proteger los conocimientos indígenas; este argumento deviene insuficiente, pues Guatemala ha adquirido múltiples obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que protegen los conocimientos internacionales, las cuales son de ejecución inmediata.

Tres tratados en materia de DDHH (la CADH, el PIDESC y el C169) contienen disposiciones que, aunque quizá originalmente no hayan sido pensadas con la intención de proteger a los CT, la evolución del DIDH ha hecho que estos conocimientos se encuentren dentro del ámbito de su protección. El actual –y siempre creciente– estándar de protección de los DDHH implica que el derecho a la propiedad contenido en la CADH también protege la propiedad sobre los CT; implica que el control sobre todos los aspectos de los CT se encuentra protegido en el PIDESC como un elemento necesario para participar en la vida cultural, en los beneficios del progreso científico y en los intereses morales y materiales que produzcan estos conocimientos e implica que las decisiones que afecten los CT deben seguir un proceso de consulta previa e informada con el pueblo que los tenga en su custodia, al tenor del C169. Por otro lado, los dos tratados en materia de DIA que fueron analizados en este trabajo (el CBD y su Protocolo) en tanto fijan disposiciones que regulan los derechos de los pueblos indígenas sobre sus CT, también son tratados que fijan obligaciones de DDHH.

Esta naturaleza de estándares internacionales en materia de derechos humanos que tienen todos los tratados analizados los vuelve parte integrante del bloque de constitucionalidad guatemalteco. Cuestión fundamental, pues implica que las obligaciones consagradas en los mismos se sobreponen a cualquier normativa interna, y que su naturaleza es de ejecución inmediata. Por último, del examen realizado se desprende que Guatemala tiene obligaciones inmediatas respecto de proteger los CT de los pueblos indígenas, sobre las cuales no es admisible la excusa de la ausencia de un marco nacional adecuado; estas radican en evitar

que terceros se apropien o utilicen indebidamente los CT de los pueblos. Pero además de obligaciones inmediatas, también tiene la obligación mediata de reformar todo su sistema legal para garantizar protección a los CT de los pueblos indígenas, respetando su carácter perpetuo y colectivo y su valor cultural. Este proceso no será fácil, sin embargo, su complejidad no debe servir como disuasivo, sino como motivación para iniciar lo más pronto posible.

## Referencias

Anaya, J. (2010). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*. (Documento No. A/HRC/15/37/Add.8). Organización de las Naciones Unidas [ONU]. <https://undocs.org/es/A/HRC/15/37/Add.8>

Anaya, J. (4 de febrero de 2013). Statement. Indigenous peoples' rights to genetic resources and traditional knowledge. *James Anaya*. <https://unsr.jamesanaya.org/?p=784>

Bavikatte, K. y Robinson, D. (2011). Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing. *Law, Environment and Development Journal*, 7(1), 35-49. <http://www.lead-journal.org/content/11035.pdf>

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. (2010). *Observación General sobre el Convenio no. 169*. (No. 2010/81). [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms\\_305844.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_305844.pdf)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC], (s.f.) *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC], (2005) *Observación general N° 17: Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)*. [undocs.org/es/E/C.12/GC/17](https://undocs.org/es/E/C.12/GC/17)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC], (2009). *Observación general No. 21. Derecho de toda persona a participar*

*en la vida cultural* (E/C.12/GC/21/Rev.1). <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/21>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC], (2017) *Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales.* (E/C.12/GC/24). <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/24>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CDESC], (2020). *Observación general núm. 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales.* (E/C.12/GC/25). <https://undocs.org/es/E/C.12/GC/25>

Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore [CIG]. (2020). *Glosario de los términos más importantes en relación con la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales* (Documento No. WIPO/GRTKF/IC/41/INF/7). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_41/wipo\\_grtkf\\_ic\\_41\\_inf\\_7.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_41/wipo_grtkf_ic_41_inf_7.pdf)

Consejo de Administración. (2001) Reclamación (artículo 24) – Colombia – C169 – 2001. Central Unitaria de Trabajadores (CUT). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143,es:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es:NO)

Consejo de Administración. (2004) Reclamación (artículo 24) – México – C169 – 2004. Sindicato de Académicos del Instituto Nacional de Antropología e Historia (SAINAH). [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507235,es](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507235,es)

Consejo de Administración. (2016) Reclamación (artículo 24) – Chile – C169 – 2016. (Informe No. GB.326/INS/15/5). [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_462774.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_462774.pdf)

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969) <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

Convenio sobre la diversidad biológica. (5 de junio de 1992) [www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf](http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf)

Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). (27 de junio de 1989) <https://www.oacnudh.org.gt/estandares/docs/Instrumentos/Pueblos/169.pdf>

Corte de Constitucionalidad. (15 de noviembre de 2011). Sentencia de apelación de amparo dentro del expediente 3217-2010. Guatemala. <http://138.94.255.164/Sentencias/818865.3217-2010.pdf>

Corte de Constitucionalidad. (17 de julio de 2012). Sentencia de inconstitucionalidad general parcial dentro del expediente 1822-2011. Guatemala. <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>

Corte de Constitucionalidad. (21 de octubre) (2015a). Sentencia de amparo en única instancia dentro del expediente 5290-2014. Guatemala. <http://138.94.255.164/Sentencias/834830.5290-2014.pdf>

Corte de Constitucionalidad. (26 de noviembre) (2015b). Sentencia de inconstitucionalidad general parcial dentro del expediente 1006-2016. Guatemala. <http://138.94.255.164/Sentencias/830004.1006-2014.pdf>

Corte de Constitucionalidad. (24 de octubre de 2017). Sentencia de Inconstitucionalidad general parcial dentro del expediente 2112-2016. Guatemala. [138.94.255.164/Sentencias/837219.2112-2016.pdf](http://138.94.255.164/Sentencias/837219.2112-2016.pdf)

Corte de Constitucionalidad. (16 de junio de 2020). Sentencia de Inconstitucionalidad general total dentro de los expedientes acumulados 2606-2016 y 2607-2016. <http://138.94.255.164/Sentencias/845226.2606-2016%20y%202607-2016.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de agosto de 2001). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Serie C No. 79. Fondo, Reparaciones y Costas. [corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (17 de junio) (2005a) Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Serie C. No. 125. Fondo, Reparaciones y Costas. [corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de noviembre) (2005b)  
Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Serie C. No. 135. Fondo, Reparaciones  
y Costas. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_135\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_135_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2007).  
Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Serie C. No. 172. Sentencia  
de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de junio de 2012). Caso  
del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Serie C. No.  
245. Sentencia de Fondo y Reparaciones. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (25 de noviembre de 2015).  
Caso de los Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname. Serie C. No. 309.  
Fondo, Reparaciones y Costas. [corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (15 de noviembre de 2017).  
*Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal*. Serie A. No. 23. OC-23/17. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_23\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de febrero de 2020). Caso  
Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat  
(Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Serie C. No. 400. Fondo, Reparaciones  
y Costas. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf)
- Declaración Americana Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.  
(14 de junio de 2016) <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Degeer, M. (2002). Biopiracy: The Appropriation of Indigenous Peoples' Cultural Knowledge. *New England journal of international and comparative law*, 9:1, 179-208. [https://ipmall.law.unh.edu/sites/default/files/hosted\\_resources/PLANT\\_PATENT\\_ARTICLES/biopiracy\\_and\\_indigenous\\_knowledges.pdf](https://ipmall.law.unh.edu/sites/default/files/hosted_resources/PLANT_PATENT_ARTICLES/biopiracy_and_indigenous_knowledges.pdf)

Frick, M. (2020). *The right to science finally comes into light*. 28:1, sin páginas. [https://www.treatmentactiongroup.org/wp-content/uploads/2020/05/tagline\\_05\\_2020\\_rts\\_finally\\_comes\\_into\\_sight.pdf](https://www.treatmentactiongroup.org/wp-content/uploads/2020/05/tagline_05_2020_rts_finally_comes_into_sight.pdf)

Greiber, T., Peña, S., Ahrén, M., Nieto, J., Kamau, E., Medaglia, J., Olivia, M., Perron-Welch, F., Ali, N. y Williams, C. (2012). *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*. International Union for Conservation of Nature and Natural Resources. <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/eplp-083.pdf>

The International Council for Science and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. (2002) *Series on Science for Sustainable Development No. 4: Science, Traditional Knowledge and Sustainable Development*. ICSU. [unesdoc.unesco.org/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach\\_import\\_7031b46f-ca6a-40e1-959e-21919104d487?\\_=150501engo.pdf&to=25&from=1](https://unesdoc.unesco.org/in/rest/annotationSVC/DownloadWatermarkedAttachment/attach_import_7031b46f-ca6a-40e1-959e-21919104d487?_=150501engo.pdf&to=25&from=1)

Jacobs, C. (2017) Patents of traditional medicine inventions and their relationship with traditional knowledge associated with genetic resources in Namibia: proposals for legal reform. [Tesis de Maestría, Universidad de Ciudad del Cabo]. [https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/25000/thesis\\_law\\_2017\\_jacobs\\_cisle\\_stella.pdf?sequence=1](https://open.uct.ac.za/bitstream/handle/11427/25000/thesis_law_2017_jacobs_cisle_stella.pdf?sequence=1).

Kamau, E. y Winter, G. (2013). An Introduction to the International ABS Regime and a Comment on its Transposition by the EU. *Law, Environment and Development Journal*, 9(2), 106-126. <http://www.lead-journal.org/content/13106.pdf>

Laird, S. y Wynberg, R. (2012). *Bioscience at a Crossroads: implementing the Nagoya Protocol in a time of Scientific, technological and industry change*. Secretaría del CDB. <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/factsheets/policy/policy-brief-01-en.pdf>

Morgera, E., Tsioumani, E., y Buck, M. (2015). *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*. Brill. <http://www.jstor.org/stable/10.1163/j.ctt1w76vvq.7>

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2020) *Entendiendo el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*:

*Herramienta para jueces y operadores del derecho.* [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms\\_757967.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_757967.pdf)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] (s.f.) *La OMPI y los pueblos indígenas* (Folleto No. 12). <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuideIPleaflet12sp.Pdf>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] (2000). *Asuntos relacionados con la propiedad intelectual, los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore* (Documento No. WO/GA/26/6). [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo\\_ga\\_26/wo\\_ga\\_26\\_6.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_26/wo_ga_26_6.pdf)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] (2001). *Conocimientos tradicionales: necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual. Informe relativo a las misiones exploratorias sobre propiedad intelectual y conocimientos tradicionales (1998-1999)* (Publicación de la OMPI No. 768S). [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/768/wipo\\_pub\\_768.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/768/wipo_pub_768.pdf)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] (2015). *Propiedad intelectual y recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales. Panorama.* (Publicación de la OMPI N° 933S). [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo\\_pub\\_933.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/tk/933/wipo_pub_933.pdf)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] (2016). *Reseña 7: El Derecho consuetudinario y los conocimientos tradicionales.* [www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/resources/pdf/tk\\_brief7.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/resources/pdf/tk_brief7.pdf)

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual [OMPI] (2017). *Proteja y promueva su cultura. Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales.* (Publicación de la OMPI No. 1048S). [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_1048.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_1048.pdf)

Protocolo De Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización al Convenio Sobre La Diversidad Biológica. (29 de octubre de 2010) <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>

REDSAG. (2 de febrero del 2018). Protocolo de Nagoya, un Decreto que promueve la privatización y la comercialización de la biodiversidad en Guatemala. *BiodiversidadLA*. [http://www.biodiversidadla.org/Documentos/Protocolo\\_de\\_Nagoya\\_un\\_Decreto\\_que\\_promueve\\_la\\_privatizacion\\_y\\_la\\_comercializacion\\_de\\_la\\_biodiversidad\\_en\\_Guatemala](http://www.biodiversidadla.org/Documentos/Protocolo_de_Nagoya_un_Decreto_que_promueve_la_privatizacion_y_la_comercializacion_de_la_biodiversidad_en_Guatemala)

Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica, 2012. *Tkarihwaí:ri Código de Conducta Ética para asegurar el Respeto al Patrimonio Cultural e Intelectual de las Comunidades Indígenas y Locales Pertinentes para la Conservación y Uso Sostenible de la Diversidad Biológica*. <https://www.cbd.int/doc/decisions/cop-10/cop-10-dec-42-es.pdf>

Tauli-Corpuz, V. (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a Guatemala*. (Documento No. A/HRC/39/17/Add.3). Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas [CDH-ONU]. <https://undocs.org/es/A/HRC/39/17/Add.3>

UNESCO. (2018). Actas de la Conferencia General, 39a reunión, París, 30 de octubre-14 de noviembre de 2017, v. 1: Resoluciones. Anexo II: Recomendación sobre la Ciencia y los Investigadores Científicos. [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260889\\_spa.page=137](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260889_spa.page=137)



**JC**  
**INSTITUTO DE JUSTICIA  
CONSTITUCIONAL**  
ADSCRITO A LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

ISBN: 978-9929-626-26-3

