

OPUS MAGNA

CONSTITUCIONAL

2022
TOMO XVIII

The emblem of the Mexican Constitution of 1917 is centered on the cover. It features a central figure of a quetzal bird, a national symbol of Mexico, standing on a scroll. The scroll contains the text 'LIBERTAD 15 DE SEPTIEMBRE DE 1917'. The emblem is surrounded by a wreath of oak leaves and a pair of crossed swords at the bottom. A large, dark blue diagonal shape is overlaid on the left side of the cover, partially obscuring the emblem.

LIBERTAD
15 DE
SEPTIEMBRE
DE 1917

OPUS MAGNA

CONSTITUCIONAL

2022
TOMO XVIII

El Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, es un espacio permanente de carácter académico y profesional, de formación, investigación, análisis, así como difusión y fortalecimiento de la tarea que corresponde a la justicia constitucional; para el efecto, se encarga de la promoción del estudio del derecho, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado en materias constitucional y procesal constitucional.

El Instituto de Justicia Constitucional persigue los siguientes fines:

- Velar por el mantenimiento del Estado de Derecho en el país;
- Promover el estudio del Derecho Constitucional, especialmente en sus vertientes de Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional;
- Difundir las labores jurisdiccionales y académicas de la Corte de Constitucionalidad y de los tribunales correspondientes a esa jurisdicción;
- Fortalecer académicamente el ejercicio de la justicia constitucional, formulando proyectos ante la Presidencia de la Corte de Constitucionalidad;
- Establecer, con la aprobación de la Presidencia de la Corte de Constitucionalidad, vínculos de cooperación con entidades nacionales e internacionales, de carácter técnico y financiero, así como las dedicadas a fines similares a los del Instituto;
- Designar cuerpos de calificación para el otorgamiento de premios o la iniciativa para publicaciones de libros, revistas u otra clase de publicaciones tradicionales, electrónicas o de otros sistemas en materia de justicia constitucional;
- Fortalecer la Justicia Constitucional promoviendo su debida comprensión por medio de su estudio y difusión.

OPUS MAGNA

CONSTITUCIONAL

2022
TOMO XVIII

The emblem of the Mexican Constitution of 1917 is centered on the cover. It features a central figure of 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 is a scroll with the text 'LIBERTAD 15 DE SEPTIEMBRE DE 1917'. The entire emblem is set against a dark, diagonal background that cuts across the cover.

LIBERTAD
15 DE
SEPTIEMBRE
DE 1917



OPUS MAGNA
CONSTITUCIONAL
TOMO XVIII
2022

Opus Magna Constitucional, Tomo XVIII, 2022

Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
11 avenida 9-37 zona 1. Guatemala, Guatemala.
(502) 2323-4646 extensión 4999
instituto@cc.gob.gt
<http://opusmagna.cc.gob.gt>

AUTORES:

- Roberto Molina Barreto
- Dina Josefina Ochoa Escribá
- María Andrea Cáceres Mendía
- Héctor Santiago Mazzei
- Jorge Roa Roa
- Elsie Jannette Sierra Belches
- Luis Alfonso Rosales Marroquín
- Néster Mauricio Vásquez Pimentel
- Juan Alfonso Vicente Gudiel
- Herbert Rocael Girón Lemus
- María Elena Méndez Anzueto
- William Gilberto Bobadilla López
- Estuardo A. Cárdenas
- Aylín Ordoñez Reyna
- Ana Isabel Calderón Cristal
- María del Rosario Velásquez
- Ana Fabiola Salvador
- Luis Fernando Ulbán
- Ana Lucrecia Aguilar Alegría
- Angélica Yolanda Vásquez Girón
- Edgar Orlando Ruano Godoy

EDITOR:

- Francisco Javier Urizar Pérez
Abogado investigador del Instituto de Justicia Constitucional

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: 978-9929-626-28-7

© 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.

Diseño e impresión:



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

Portada: Suheidy Felipe
Diagramación: Elizabeth González
Revisión de textos: Jaime Bran

Este libro fue impreso en febrero de 2022.
La edición consta de 500 ejemplares en papel bond blanco 75 gramos.

INTEGRACIÓN DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD 2021-2022

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

Roberto Molina Barreto

Magistrados titulares:

Dina Josefina Ochoa Escribá
Nester Mauricio Vásquez Pimentel
Leyla Susana Lemus Arriaga
José Francisco de Mata Vela*

Magistrados suplentes

Walter Paulino Jiménez Texaj
Luis Alfonso Rosales Marroquín
Rony Eulalio López Contreras
Claudia Elizabeth Paniagua Pérez
Juan José Samayoa Villatoro

Secretaría General

Lizbeth Carolina Reyes Paredes de Barahona
Secretarías Generales Adjuntas
Ana Margarita Monzón Paredes de Vásquez
Josefina María Arellano Andrino

Directora Ejecutiva del Instituto de Justicia Constitucional

Rita Moguel Luna

* Por disposición del Artículo 156 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

ÍNDICE

Presentación	XIII
I. Sección especial	1
El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano <i>Magistrado Roberto Molina Barreto</i>	3
El rol de los tribunales constitucionales en la tutela del Derecho de Propiedad <i>Dina Josefina Ochoa Escribá</i>	11
El rol de los tribunales constitucionales en la tutela del Derecho de Propiedad <i>María Andrea Cáceres Mendía</i>	17
Separación de Poderes, Derechos Humanos y Desarrollo Económico en el contexto de los nuevos Liderazgos Democráticos <i>Héctor Santiago Mazze</i>	31
El rol de un tribunal constitucional para preservar el sistema republicano en el contexto de erosión democrática <i>Jorge Roa Roa</i>	55

Independencia judicial: Estado actual y desafíos a los que se enfrenta como pilar fundamental del Estado de Derecho <i>Roberto Molina Barreto</i>	61
Las amenazas a la libertad en un sistema republicano y el rol del tribunal constitucional <i>Elsie Jannette Sierra Belches</i>	71
Las amenazas a la libertad en un sistema republicano y el rol del tribunal constitucional <i>Luis Alfonso Rosales Marroquín</i>	77
Conclusiones <i>Néster Mauricio Vásquez Pimentel</i>	85
II. Artículos	91
Derecho internacional de los derechos humanos, fuente de obligaciones para el sistema normativo guatemalteco <i>Juan Arnulfo Vicente Gudiel</i> <i>Leslie Argentina Véliz Arriaga</i>	93
Límites al poder constituyente: los artículos pétreos de la Constitución de la República de Guatemala y el rol de la soberanía popular <i>Herbert Rocael Girón Lemus</i>	119
La protección de datos personales en relación con el derecho a la salud en Guatemala <i>María Elena Méndez Anzueto</i>	147

Docencia universitaria como criterio de elección de magistrados CC-USAC: consideraciones importantes <i>William Gilberto Bobadilla López</i>	171
El Estado moderno, globalización y sus efectos en las relaciones internacionales <i>Herbert Rocael Girón Lemus</i>	187
Límites y controles al poder de reforma de la Constitución, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional en Guatemala y Colombia <i>Estuardo A. Cárdenas</i>	211



Presentación

El tomo XVIII del *Opus Magna Constitucional* es una edición especial en la que parte del contenido ha sido proporcionado por varios ponentes que participaron en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El rol de los tribunales constitucionales en un sistema republicano” celebrado entre el 21 y 23 de septiembre de 2021.

El Congreso Internacional de Derecho Constitucional tuvo como objetivo generar un espacio de intercambio y discusión de alto nivel acerca del papel de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano de gobierno, en torno a la tutela de los derechos fundamentales que constituyen el bastión de dicho sistema en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Los intercambios propiciados permitieron generar reflexiones en torno a la situación actual de la Corte de Constitucionalidad y del Estado de Derecho en Guatemala, permitiendo, de esta forma, conmemorar el bicentenario de la Independencia nacional.

Este tomo contiene las palabras de apertura del Congreso, 7 ponencias relativas a la independencia judicial, la protección del derecho a la propiedad y la protección de la libertad y las conclusiones del evento. Además, 6 artículos propuestos por varios autores a través del mecanismo acostumbrado.

Confío en que los contenidos que hoy se proponen serán de gran ayuda para el desarrollo de las ciencias jurídicas y sociales en Guatemala por lo que, con agrado, pongo a disposición del público en general el

tomo XVIII 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 a vertical line and a diagonal line crossing it.

Roberto Molina Barreto

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



I. Sección especial

Congreso Internacional de Derecho Constitucional
“El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”

El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano*

*Magistrado Roberto Molina Barreto***

Es para mí un gran gusto, en nombre de la VIII Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y de los Magistrados que la integramos, así como del Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la misma, darles a todas y todos, en especial a los conferencistas y panelistas nacionales y extranjeros que hoy nos honran con su participación en este evento académico, la más cordial bienvenida a este Congreso Internacional de Derecho Constitucional que hemos denominado “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”, precisamente por haberse conmemorado el pasado 15 de septiembre, el Bicentenario de nuestra independencia patria. Hubiésemos querido hacerlo personalmente y acogerles en nuestro país, Guatemala, “El país de la eterna primavera”, como han podido ver en las imágenes proyectadas al interpretar nuestro Himno Nacional, pero lamentablemente esta pandemia que azota al mundo entero nos sigue impidiendo retomar nuestras actividades en forma presencial.

Esperamos que con la realización de esta actividad académica reafirmemos nuestro compromiso por el fortalecimiento del sistema republicano que nos rige como Estado, así como del sistema de administración de justicia del país, especialmente, la justicia constitucional.

Es en tal virtud que, para darle realce a este evento y, pese a la limitación que implica el hacerlo en forma remota, a través de una plataforma virtual, no hemos querido dejar de compartir los diferentes conceptos,

* Discurso pronunciado por el Magistrado Roberto Molina Barreto al inaugurar el Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano” el 21 de septiembre de 2021.

** Presidente de la Corte de Constitucionalidad y de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional, periodo 2021-2022.

temas y experiencias con funcionarios públicos y profesionales del Derecho de diferentes instituciones que, de una u otra manera, en su quehacer diario, están en contacto con los temas que se abordarán y con la justicia constitucional en general.

El rol de los tribunales constitucionales en un sistema republicano es el tema central que guiará la discusión y análisis durante los próximos 3 medios días de Congreso, de esa cuenta quisimos dividir los mismos en tres ejes temáticos, relativos a derechos y principios que constituyen el bastión en un sistema republicano de gobierno, a través de una conferencia y un panel de discusión diarios, donde los participantes expondrán sus diferentes puntos de vista y enfoques sobre el tema central abordado. En las conferencias y paneles de discusión, contaremos con el apoyo y participación de varios Magistrados de este tribunal, así como de expertos nacionales y extranjeros.

Nuestra Ley Suprema, vigente desde 1986, establece en su artículo 140 que Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es Republicano, democrático y representativo.

De esa cuenta, desde la doctrina y la práctica, se puede decir que la república democrática común a los países de América, presenta las siguientes características: 1º Constitución escrita o ley fundamental, creadora del orden jurídico estatal y del sistema de gobierno; 2º La soberanía popular como fuente de todo poder; 3º La igualdad ante la ley; 4º Los derechos políticos para TODOS los ciudadanos; 5º Los derechos del hombre relativos a la libertad, entre estos la libertad de poseer; 6º La división e interdependencia de los poderes del gobierno; 7º Origen representativo de los funcionarios que ejercen los poderes políticos; 8º Periodicidad en el ejercicio de la función pública; 9º Responsabilidad y sujeción a la ley de todos los funcionarios públicos; 10º Publicidad de los actos; 11º Independencia del poder judicial como poder público; y 12º Atribución del poder judicial de declarar la inconstitucionalidad de leyes y decretos.

Características que vemos reflejadas en nuestro sistema de gobierno, en el que contamos con una Ley Suprema de carácter escrito, que organiza y limita al poder público, establece la separación de las principales funciones públicas, legislativa, ejecutiva y judicial, en los 3

organismos de Estado, prohibiendo la subordinación entre los mismos. Además, establece que la soberanía radica en el pueblo, quien la delega para su ejercicio, mediante elecciones representativas, contemplando los derechos políticos para todos los ciudadanos. Existe igualdad ante la ley y libertad de acción, también periodicidad o alternabilidad en el ejercicio del poder, la función pública se encuentra sujeta a la ley y la independencia del poder judicial se encuentra regulada como una de sus principales garantías, entre otros.

De acuerdo con Cicerón, “la República es la cosa del pueblo; no es pueblo toda congregación de hombres formada de cualquier manera, sino solamente la reunión cimentada en el pacto de justicia y en la comunidad de intereses y utilidad.” Además, afirma el célebre filósofo romano que “si el pueblo sabe conservar sus derechos, nada hay más glorioso, más libre y más próspero; porque entonces permanece soberano dispensador de las leyes, de los juicios, de la guerra, de la paz, de los tratados y de la vida de cada ciudadano. Únicamente de este modo puede llamarse el Estado una República, esto es, cosa del pueblo.”

Siguiendo este pensamiento, la república se construye por voluntad del pueblo y existe cuando este es capaz de conservar sus derechos. Esta fórmula contiene elementos que le dan origen y sentido a la existencia del Estado republicano y, dentro de él, al derecho de propiedad, a la separación de poderes y la independencia judicial, así como al ejercicio amplio del derecho de libertad, desde diferentes perspectivas, como una forma de garantizar su pervivencia.

En tal virtud, el primer eje temático que será abordado precisamente el día de hoy, en el marco de los derechos individuales en un sistema republicano, es el relativo al derecho de propiedad y su protección por los tribunales constitucionales. Por lo tanto, la primera conferencia se encuentra a cargo del profesor invitado Gonzalo Candia, quien, desde Chile, nos dará una visión comparada al hablar del tema en cuestión en el sistema interamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para luego abordar dicha temática desde diferentes ópticas en el panel de discusión respectivo, en el que agradecemos la participación del Observatorio de Derechos de Propiedad, a través de su directora ejecutiva, del conocido jurista Mario Fuentes Destarac, así como de la Magistrada de este tribunal, Dina Josefina Ochoa Escribá, con la moderación de la Señora Secretaria General de

la Corte de Constitucionalidad, licenciada Carolina Reyes Paredes de Barahona.

A ese respecto, cabe resaltar el carácter finalista de nuestra Carta Magna, la que incorpora una serie de derechos y valores que informan todo el ordenamiento jurídico y, de esa cuenta, es que puede válidamente afirmarse que en esta serie de enunciados fundamentales y valorativos se proclama la primacía de la persona y la dignidad humana como su principal fundamento.

El derecho de propiedad constituye uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el sistema republicano. La propiedad privada no debe concebirse como la expresión efectiva de un mero valor patrimonial, sino de un derecho que guarda estrecha relación con otros derechos humanos como lo son la libertad individual, la dignidad y la seguridad de la persona.

Para su efectividad, se debe garantizar el que toda persona pueda disponer libremente de sus bienes y que existan las condiciones necesarias que faciliten al propietario el uso, goce, disfrute y libre disposición o traslado de los mismos, con las limitaciones respecto de que ese uso o disposición no sea contrario a los fines sociales o que sea necesario para la realización del bien común o interés social, debiendo realizarse, para el efecto, la ponderación necesaria.

Para el día de mañana, segundo día del Congreso, se abordará el tema del principio de separación de poderes, como bastión del sistema republicano, para lo cual contamos con la participación del profesor argentino, Héctor Santiago Mazzei, quien tendrá a su cargo la conferencia, para luego dar paso al panel de discusión que, dentro de dicho eje temático, versará sobre la independencia judicial, su estado actual y desafíos a los que se enfrenta como pilar fundamental del Estado de Derecho en Guatemala, en el cual agradecemos la participación de la ex Magistrada y Presidenta de la Sala Constitucional de Costa Rica, doctora Ana Virginia Calzada, así como del Magistrado Suplente de esta Corte, Walter Paulino Jiménez Texaj, con amplia experiencia y carrera en el ámbito jurisdiccional, con la moderación del Dr. Saúl González, abogado coordinador de la Secretaría del Pleno de este Tribunal.

La independencia judicial es un principio y una aspiración política que está íntimamente vinculada con el nacimiento y desarrollo del concepto de República. No se puede negar que, desde el sometimiento

del ejercicio del poder y la convivencia social a la ley, se fue configurando la necesidad de poder encomendar a alguien la función de resolver aquellos conflictos que surgieran entre el poder y los ciudadanos o entre los ciudadanos mismos, a través de la aplicación de la ley.

Al analizar la estructura republicana del Estado, dividida en los tres organismos en los que se delega la soberanía del pueblo, se debe tener presente que la independencia que se pretende y que está contenida en el texto constitucional implica que las acciones de cada uno de esos organismos, dentro de la esfera que tiene trazada, no debe ser interrumpida o paralizada por el otro, lo que no debe constituir un obstáculo para que haya un auxilio recíproco entre estos.

La independencia judicial enfrenta cotidianamente desafíos respecto a los alcances del concepto y la actividad de organizaciones, individuos y funcionarios públicos que con sus actuaciones ponen en riesgo o limitan la independencia de los jueces.

Sin una judicatura independiente es imposible la República y el Estado Constitucional de Derecho. La condición de ejercer el poder en un marco de legalidad y el principio de sujeción a la ley de los gobernantes y los gobernados, el reconocimiento, respeto y la garantía de los derechos y las libertades fundamentales, comunes a todos los seres humanos, sin discriminación; el mantenimiento y fortalecimiento de la paz; el cuidado del medio ambiente; en fin, todos los grandes temas que definen al Estado moderno, dependen, tarde o temprano, de la aplicación de la disposición legal, lo que hace de vital importancia la garantía de la independencia judicial, la que, además de ser principio, derecho e institución jurídica, es un elemento de la organización para asegurar la subsistencia de un Estado democrático, constitucional y republicano de derecho.

Concluiremos este Congreso, el tercer y último día, invirtiendo el orden, primero con el último panel de discusión que versará sobre el tema “Las Amenazas a la Libertad en un Sistema Republicano y el rol del Tribunal Constitucional”, contaremos con la visión del derecho a la libertad desde diferentes perspectivas y desde el derecho comparado, al contar con la participación del doctor Jorge Roa Roa desde Colombia, de la doctora Elsie Sierra, Presidenta de la Cámara Guatemalteca de Periodismo, quien nos ilustrará desde el enfoque relativo a la libertad de expresión, así como también agradecemos el apoyo del Magistrado

suplente de este Tribunal, Luis Alfonso Rosales Marroquín, quien precisamente abordará el tema desde el punto de vista de la jurisprudencia emitida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y su función. En la moderación de este panel, contaremos con la participación de la Señora Secretaria Adjunta de la Corte, licenciada Josefina Arellano Andrino de Rosito.

Para luego cerrar con broche de oro, abordando, como uno de los desafíos de la justicia constitucional en resguardo del sistema republicano, el tema relativo a “Empresa y Derechos Humanos”, siendo un honor el poder contar con la participación del profesor Humberto Cantú, director ejecutivo del Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey, México.

Para todos los Estados es una preocupación permanente alcanzar los mayores índices de desarrollo humano y es indiscutible que para lograrlo, es necesario equilibrar el desarrollo de la actividad económica con el reconocimiento, respeto y garantía de los derechos humanos. Para cumplir con esta misión, los Estados generan legislación y políticas que permitan determinar cuáles son los límites que deben respetar las empresas para no cometer actos u omisiones que puedan ser consideradas como violatorias a los derechos de las personas o que hagan al Estado incurrir en responsabilidad por permitir que entes de derecho privado, especialmente cuando se les ha concesionado la prestación de algún servicio público, atenten contra las obligaciones internacionales en esta materia.

Por su parte, el artículo 118 constitucional, estipula que el régimen económico y social de la República se funda en principios de justicia social y que es obligación del Estado orientar la economía nacional para lograr la utilización de los recursos naturales y el potencial humano, para incrementar la riqueza y tratar de lograr el pleno empleo y la equitativa distribución del ingreso nacional. El artículo 43 reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo, con las limitaciones que pueden imponer las leyes por motivos sociales o de interés nacional, y el artículo 130, además de prohibir los monopolios, establece que es obligación del Estado proteger la economía de mercado e impedir asociaciones que tiendan a restringir la libertad del mercado o a perjudicar a los consumidores.

En general, la Constitución guatemalteca, con un alto contenido humanista, no ha descuidado el factor económico del Estado, que tiene una doble dimensión, como derecho para las personas que ejercen una industria, comercio o trabajo y como herramienta del mismo Estado para generar las condiciones necesarias para garantizar los derechos y libertades de sus habitantes. A estas alturas de la historia, la pandemia del Covid-19 nos ha demostrado que es imposible generar riqueza, sin contar con las condiciones que permitan garantizar la vida y la integridad de las personas; pero también, que es sumamente complicado generar condiciones óptimas para el desarrollo integral de las personas, cuando la economía está decreciente, detenida o crece con lentitud.

El dinamismo humano y económico propios de una sociedad libre, se ven representados en el contenido de las disposiciones constitucionales; sin embargo, corresponde a la Corte de Constitucionalidad, como garante último del orden constitucional, resolver los conflictos que se generan cuando la actividad empresarial supone una amenaza o una violación a los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, reconociendo la importancia del bloque de constitucionalidad y ejerciendo el control de convencionalidad.

Por lo tanto, constituye un verdadero desafío para el tribunal constitucional guatemalteco, a través de su jurisprudencia, la aplicación de estándares que busquen garantizar los derechos y libertades de las personas, sin interrumpir la actividad productiva o de prestación de servicios, en aras de coadyuvar al desarrollo económico y social del país.

Las conclusiones que se extraigan de lo analizado y discutido durante estos tres días de jornada serán presentadas por el Magistrado de este Tribunal, Néster Vásquez Pimentel, con lo cual cerraremos este evento académico de alto nivel.

No me extiendo más y solo me resta agradecer la oportunidad de poder llevar a cabo este Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”, precisamente, en el marco de la conmemoración del Bicentenario de la Independencia patria, siendo el primero desde la instalación de la VIII Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de

Guatemala y de la gestión del suscrito, como Presidente de la misma, a través del Instituto de Justicia Constitucional, adscrito al Tribunal. Agradecemos, asimismo, la participación de todas y todos, con el deseo que aprovechemos al máximo la experiencia de los connotados conferencistas y panelistas nacionales y extranjeros con los que contamos.

¡Muchas gracias!

El rol de los tribunales constitucionales en la tutela del Derecho de Propiedad*

*Dina Josefina Ochoa Escribá***

Muy buenos días a todas y todos, hoy estamos reunidos virtualmente, pero con un objetivo común que anualmente hemos venido realizando y es el *Congreso Internacional Constitucional*, espacio en el cual conflui-mos en una diversidad de conocimientos e inquietudes por el derecho constitucional y su incidencia en la protección de los derechos humanos.

En esta oportunidad compartiré alrededor del *rol de los tribunales constitucionales en la tutela del derecho a la propiedad*, para lo cual compartiré como primer punto lo relativo al proceso histórico que ha conllevado el derecho de propiedad y, seguidamente, atenderé determi-nadas pautas jurisprudenciales en la tutela de este derecho.

Para ello, es importante recordar que es un derecho que ha venido evolucionando históricamente, interviniendo posiciones extremas que van desde el pensamiento de Platón y Tomas Moro, fundadas en el utopismo, (quienes pensaban que la finalidad moral de un país era la de producir buenos ciudadanos, con libertad entre otros) pasando por las ideas liberales para la garantía de ese derecho. Dentro de las co-rrientes que plantearon la propiedad como un derecho, identificamos a la iusnaturalista¹, afirmando que la propiedad es una exigencia ineludi-ble de la naturaleza humana y del destino que la persona está llamada a cumplir en la tierra, constituyéndola, no solo en un derecho, sino en

* Transcripción de la participación de la doctora Ochoa Escribá en el panel “El Rol de los Tribunales Consti-tucionales en la Tutela del Derecho de Propiedad” realizado el 21 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”.

** Magistrada titular de la Corte de Constitucionalidad y Vicepresidenta de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional. Doctora en Derecho, Magister en Derecho de las Mujeres, Género y Acceso a la Justicia, licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria.

¹ Podemos también considerar las fuentes civilistas y cristianas.

un deber para la conservación de su existencia y, en este sentido, José Castán Tobeñas estipula este derecho en las necesidades de la persona, de su familia y la sociedad. Así, no quiero dejar de mencionar que en la época primitiva se empieza a individualizar la propiedad mobiliaria, ensanchando esta propiedad hacia las mujeres y que hasta el presente siglo persiste.

En la continuidad histórica por desentrañar el sentido de la propiedad, surge la doctrina de la función social la cual reconoce a la propiedad no solo como una institución jurídica sino económica donde la finalidad es el uso de la misma.

Por razón de tiempo, haré alusión únicamente a determinados aspectos históricos que son, a mi parecer, los más relevantes en el reconocimiento, desarrollo y protección del derecho a la propiedad, como un derecho humano.

Ya en el **constitucionalismo clásico o liberal**, el reconocimiento del derecho a la propiedad (junto al reconocimiento a la vida, a la libertad y a la igualdad), fue una de las conquistas más importantes de la época y cuya protección se mantiene hasta nuestros días. Desde la perspectiva clásica o liberal, como mencioné, el derecho a la propiedad fue delineado, por mencionar alguna en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (Estados Unidos) del 12 de junio de 1776, que en su primer postulado indica: *“I. Que todos los hombres (y mujeres) son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos **derechos innatos**, de los que, cuando entran en estado de sociedad, **no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto**, a saber: el goce de la vida y de la libertad, **con los medios de adquirir y poseer la propiedad** y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”*. Se puede evidenciar, entonces, que desde los primeros movimientos constitucionalistas se garantizó la propiedad como un derecho inherente a la persona, tan inherente como la vida y la libertad, de modo tal que el Estado debe, no solo protegerlo, sino también respetarlo.

Por otro lado, continuando con las nociones clásicas (que aún perduran), respecto del derecho a la propiedad, no puedo dejar de mencionar a la Constitución de los Estados Unidos de América (XIV –décimo cuarta– Enmienda, de 9 de julio de 1868), que garantiza que

“tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad”.

Estas nociones clásicas o del constitucionalismo liberal, fueron, también la génesis del Estado de Guatemala, pues desde la primera Carta Constitucional del periodo Independiente (Constitución del Estado de Guatemala de 1824), se garantizó, en el artículo 20 que: *“Los derechos del hombre en sociedad son, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad”*. La garantía, desde el plexo constitucional, ha sido una constante en las constituciones de Guatemala, lo cual es evidente en nuestra actual Constitución Política de la República de Guatemala, que en su artículo 39 reconoce: *“Se garantiza la **propiedad privada** como un derecho **inherente a la persona humana**. Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. El Estado garantiza el ejercicio de este derecho y deberá crear las condiciones **que faciliten** al propietario **el uso y disfrute de sus bienes**, de manera que se alcance el **progreso individual y el desarrollo nacional** en beneficio de todos los guatemaltecos.”*

Vemos entonces cómo nuestra actual Carta Constitucional sigue reconociendo el derecho a la propiedad como inherente a la persona humana, tal como se empezó a reconocer desde el constitucionalismo clásico o liberal, pero, además, desarrolla determinados elementos que son la razón de ser del reconocimiento de ese derecho: 1. Que la garantía del derecho a la propiedad facilite al propietario el uso y disfrute de sus bienes; 2. Que la garantía del derecho a la propiedad sirva para el progreso individual de las personas y 3. Que la garantía del derecho a la propiedad sirva para el desarrollo de todo el país.

Por ello, incluso en la normativa ordinaria guatemalteca se reprocha cualquier acto que tienda a desestabilizar o poner en riesgo el derecho a la propiedad privada. Por mencionar alguno, hago alusión al tipo penal regulado en el artículo 256 del Código Penal, que establece: *“Comete delito de usurpación quien, con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícitos, despojare o **pretendiere despojar a otro de la posesión o tenencia** de un bien inmueble o un derecho real constituido sobre el mismo, o quien, ilícitamente, con cualquier propósito, **invada u ocupe un bien inmueble. La permanencia en el inmueble constituye flagrancia en este delito. La Policía, el Ministerio Público o el Juez, están obligados a impedir que los hechos punibles continúen causando consecuencias ulteriores”***. Esta acción, a decir del propio Código Penal,

en su artículo 257, se agrava si, por ejemplo: el hecho se lleve a cabo por más de cinco personas, cuando los usurpadores se mantengan por más de tres días en el bien inmueble, o cuando a los poseedores o propietarios del inmueble, sus trabajadores, empleados o dependientes, **se les vede el acceso al inmueble o fuesen expulsados del mismo por los usurpadores o tuvieran que abandonarlo por cualquier tipo de intimidación que estos ejercieran en su contra.**

Tales preceptos normativos los traigo a colación para ejemplificar que el sistema jurídico guatemalteco, congruente con los postulados originarios del constitucionalismo, está diseñado para garantizar el derecho a la propiedad privada, lo cual incluye, no solo la facilitación para su acceso sino, también, la protección ante eventuales actos delictivos que tiendan o intenten vulnerar el derecho de los propietarios respecto de sus bienes.

Dicho lo anterior, haré alusión, ahora, a las pautas jurisprudenciales que me parecen relevantes para el entendimiento profundo del derecho a la propiedad. Mencionaré el contenido de determinadas sentencias de reciente data que considero importantes por las consideraciones que efectúan. Así, hago alusión a la sentencia de 9 de septiembre de 2014, y que la Corte consideró: “(...) *La Constitución (...) garantiza la propiedad privada como un derecho inherente al ser humano estableciendo que toda persona puede disponer libremente de ella de acuerdo a la ley, siendo en consecuencia, **un deber del Estado, proteger el ejercicio de ese derecho**, por lo que el amparo se convierte en un mecanismo idóneo para denunciar la vulneración al derecho de propiedad constitucionalmente garantizado...*”. Tales consideraciones han sido constantes para que la Corte de Constitucionalidad, luego de una labor de valoración probatoria, advierta la violación al derecho a la propiedad privada, por actos registrales que quedaron perfeccionados luego de una dudosa intervención notarial.

Vale mencionar, y con esto ya termino mi intervención, que la garantía del derecho a la propiedad, en el ámbito de la Corte de Constitucionalidad se discute, en un gran porcentaje de casos, en los amparos promovidos contra los Registros Generales de la Propiedad –zona central y de Quetzaltenango–, en el que, en resumen, se acoge la solicitud de tutela si a juicio del tribunal, de conformidad con los medios de comprobación admitidos y diligenciados, se logra establecer, sin lugar a dudas, que existe algún acto anómalo que da como consecuencia

una inscripción registral que debe ser suspendida. Al efecto la Corte, en su acervo jurisprudencial, ha considerado que: *“es necesario indicar que este Tribunal, en reiterados precedentes jurisprudenciales, ha expresado que es factible acudir directamente a la justicia constitucional a denunciar violación al derecho de propiedad, ocasionada por inscripciones registrales que se aducen originadas de anomalías e ilegalidades, sin necesidad de agotar previamente los procedimientos ordinarios o mediar resoluciones dictadas en los mismos [Entre otros, los fallos emitidos en los expedientes 1186-2015, 2002-2015 y 2593-2015]”*. Sentencia de dieciocho de junio de dos mil diecinueve, dictada dentro del expediente 3288-2018.

En suma, el contenido del derecho a la propiedad desde la perspectiva de nuestra actual Constitución, en armonía con las pautas jurisprudenciales ya mencionadas, evidencian la obligatoriedad del Estado (incluso de las Cortes) de garantizar que el derecho a la propiedad pueda ser ejercido, como indiqué, para su uso y disfrute, para el progreso individual y para el desarrollo de Guatemala. El cumplimiento de estos estándares conllevará, a mi parecer, la urgente generación de certeza jurídica que, a la postre, se traduciría en la estabilidad económica y en la reducción de los índices de pobreza y pobreza extrema.

Muchas gracias.

El rol de los tribunales constitucionales en la tutela del Derecho de Propiedad*

María Andrea Cáceres Mendía**

El derecho de propiedad se encuentra reconocido en la Constitución Política de la República de Guatemala en su parte dogmática en el artículo 39, en la cual se establece que toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley. Asimismo, establece que es obligación del Estado garantizar el ejercicio de este derecho y de crear las condiciones que faciliten a los propietarios el uso y disfrute de sus bienes, de manera que alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.

Es importante mencionar que este derecho, además, tiene categoría de **derecho humano** que implica que es inherente a la persona humana, porque es una forma de expresión del derecho a la vida, sin derechos de propiedad, ningún otro derecho es posible, pues si una persona no tiene derecho al producto de su esfuerzo físico y mental no tiene medios para sostener su vida, protegido no solo a nivel nacional, sino también en tratados internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Para poder proteger la propiedad, primero es importante, conocer qué puede ser objeto de mi propiedad, y de acuerdo con nuestra legislación es *“todo lo que puede ser objeto de apropiación”,* y puede ser objeto de apropiación *“todas las cosas que no estén excluidas del comercio de los hombres por su naturaleza o por disposición de la ley, la que ella declara irreductibles a propiedad particular”*.¹

* Transcripción de la participación de la licenciada Cáceres Mendía en el panel “El Rol de los Tribunales Constitucionales en la Tutela del Derecho de Propiedad” realizado el 21 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”.

** Abogada y Notaria. Coordinadora Ejecutiva del Observatorio de Derechos de Propiedad.

¹ Artículos 442, 443 y 444 del Código Civil, Decreto 106.

La propiedad, por tanto, es tan amplia que involucra tanto bienes muebles² e inmuebles³, que también pueden tener distintas clasificaciones⁴ de la cual se tiene el pleno uso, goce y disposición, salvo ciertas limitaciones debidamente establecidas en la ley.

A raíz de esta base constitucional, Guatemala tiene un marco legal que desarrolla la protección del derecho humano a la propiedad, así como una amplia gama de entidades encargadas de velar porque estas normas se cumplan. Sin embargo, no solo basta con estar reconocido en la Constitución y en tratados internacionales sino también debe ser efectivamente garantizado y respetado este derecho. Nos hacemos la interrogante entonces, ¿En Guatemala se respeta el derecho de propiedad? Veamos qué nos dicen los índices internacionales.

Índice	Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2020-Property Rights Alliance ⁵	Índice de Libertad Económica 2021-Heritage Foundation ⁶	Índice de Competitividad Global 2019-Foro Económico Mundial ⁷	Índice de Estado de Derecho 2019-World Justice Project ⁸	Doing Business 2020-Banco Mundial ⁹
Ranking	89/129	75/178	98/141	96/126	96/190

- 2 **Bienes muebles:** son aquellos que pueden ser trasladados de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos ni del inmueble donde estén colocados, las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal, las fuerzas naturales susceptibles de apropiación, las acciones, o cuotas, y obligaciones de la sociedad accionada, o para edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes, los derechos de crédito referente a muebles, dinero o servicios personales, derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial (artículos 451 del Código Civil), títulos de crédito (artículo 386 del Código de Comercio), obligaciones sociales o debentures (artículo 544 del Código de Comercio), empresa mercantil (artículo 655 del Código de Comercio, marcas (artículo 17 de la Ley de la Propiedad Industrial), entre otros.
- 3 **Bienes inmuebles:** el suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, las minas mientras no sean extraídas, y las aguas que se encuentren en la superficie dentro de la tierra, los árboles y plantas mientras estén unidos a la tierra, y los frutos no cosechados, las construcciones adheridas al suelo de manera fija y permanente, derechos reales sobre los inmuebles (artículos 445 y 446 del Código Civil).
- 4 Tangibles, intangibles, bienes del Estado, bienes particulares, etc.
- 5 El Índice Internacional de Derechos de Propiedad 2020, es el resultado del análisis de diez variables que están comprendidas en los siguientes 3 criterios: 1) Entorno legal y político, 2) Derechos de propiedad física y, 3) Derechos de propiedad intelectual.
- 6 El Índice de Libertad Económica 2021, tiene 4 categorías, siendo una de ellas el Estado de Derecho, que toma en cuenta dentro de sus indicadores los derechos de propiedad, junto con integridad de gobierno y eficiencia judicial. En el caso de Guatemala, se hace especial énfasis, en que, aunque los derechos de propiedad están definidos su protección es inadecuada. La falta de certeza de los títulos de propiedad y en los registros públicos, dar lugar a muchas reclamaciones contradictorias en especial en las zonas rurales.
- 7 El Índice de Competitividad Global 2019, tiene 12 pilares, dentro de los cuales el Pilar de Instituciones, se tiene el indicador de derechos de propiedad, el cual mide derechos de propiedad física, intelectual y calidad de la administración territorial.
- 8 El Índice de Estado de Derecho 2019, tiene 8 factores, dentro de los cuales, el de cumplimiento regulatorio, contempla que el gobierno no expropia sin seguir un proceso lícito y otorgar una remuneración adecuada, el cual mide si el gobierno respeta los derechos de propiedad de personas y corporaciones, se abstiene de la confiscación ilegal de propiedad privada, y provee remuneración adecuada cuando alguna propiedad es expropiada legalmente.
- 9 El Doing Business 2020 tiene 10 indicadores, uno de los cuales es el pilar del Registro de Propiedades, el cual examina los procedimientos, tiempo y costos necesarios en los registros de propiedades para adquirir una propiedad inmueble. Además, el índice mide la calidad de administración de bienes inmuebles donde se tocan 5 dimensiones: fiabilidad de la infraestructura, transparencia de información, cobertura geográfica, resolución de disputa en materia de propiedad, así como igualdad en el acceso al derecho de propiedad.

Los índices descritos en el gráfico que antecede tienen en común que, dentro de sus indicadores de medición, analizan la protección de los derechos de propiedad en el país, ilustrándonos un panorama de nuestra situación nacional frente a otros países.

Al analizar los resultados de cada uno de los índices se evidencia que, a pesar de contar con un mandato constitucional claro, las entidades garantes llamadas a garantizar el derecho humano de la propiedad tienden a incumplirlo de forma sistemática como consecuencia de una diversidad de causas, que es ahí donde juegan un papel importante las **garantías constitucionales**, mediante la acción de amparo en defensa de sus derechos fundamentales, o bien por medio de la inconstitucionalidad general de leyes, reglamentos o disposiciones o la inconstitucionalidad de estas en casos concretos.

Siendo justamente el objeto de la **justicia constitucional**, el procurar la adecuada protección de los derechos humanos, el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden fundamental de un país, con el propósito de combatir la arbitrariedad, preservar la libertad individual y mantener el principio de supremacía constitucional,¹⁰ en este caso la protección al derecho humano de la propiedad.

Al hablar de **inconstitucionalidad general**, vemos la posibilidad de plantear acciones en contra de leyes, reglamentos, o disposiciones de carácter general que contravengan un vicio parcial o total de inconstitucionalidad, cuyo fin supremo es velar por la supremacía de la constitucionalidad establecida en el artículo 44 de la Constitución Política, en donde son nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza. En el presente caso, en materia de derecho de propiedad, tenemos una vasta normativa en relación con este derecho, pues como se estableció anteriormente, la protección es tan amplia, que puede abarcar distintos temas, de forma directa o indirecta al derecho de propiedad. Para el efecto, se ha procedido hacer una clasificación temática, para ilustrar la amplitud de la normativa nacional que tiene una relación directa con el derecho humano a la propiedad, que se detalla a continuación:

10 PRADO GERARDO, Derecho Constitucional, séptima edición, editorial Praxis, 2008, pp.106

- 1. Bienes inmuebles.** La regulación de la propiedad inmueble y sus derechos reales se encuentra principalmente, en el Código Civil, (Decreto 106) con una robusta protección, sin embargo, existen otras normas que también son aplicables para los bienes inmuebles, tales como: Ley de Inquilinato (No. 14-68), Ley de Titulación Supletoria (No. 49-79), Ley de Parcelamientos Urbanos (No. 1427), Ley de Rectificación de Áreas (No. 125-83), Ley de Inmovilización Voluntaria de Bienes Registrados (No. 62-97), Ley Reguladora del Procedimiento de Localización y Desmembración de Derechos Sobre Inmuebles Proindivisos (No. 82-84), Ley del Fondo de Tierras (No. 24-99) y Ley de Vivienda (Decreto 9-2012).
- 2. Propiedad Intelectual.** La propiedad intelectual es una parte fundamental del derecho de propiedad, que se desprende de dos normas fundamentales, la Ley de Propiedad Industrial (Decreto 57-2000) y la Ley de Derechos de Autor (Decreto 33-98). Además de existir varios tratados internacionales que amparan la protección a la propiedad intelectual. La propia Constitución, en su artículo 42 hace relación expresa al derecho de autor e inventor.
- 3. Asuntos municipales.** En ejercicio de su autonomía establecido en el artículo 253 de la Constitución, las municipalidades tienen la potestad de emitir normativa, sus propias ordenanzas y reglamentos, así como atender los servicios públicos locales, el ordenamiento territorial y el cumplimiento de sus fines propios. En esa línea, los municipios emiten normativa relacionada con el derecho de propiedad, tal como, son los planes de ordenamiento territorial, reglamentos de construcción, reglamento de tasas de los servicios municipales,¹¹ que muchas veces establecen límites al derecho de propiedad individual.
- 4. Impuestos.** Existe una diversidad de impuestos a las rentas, ganancias y transacciones que deben cumplir el principio de capacidad de pago, que tiene una estrecha relación con el derecho de propiedad establecido en el artículo 239 de la Constitución. Vale la pena mencionar los que gravan las transacciones de bienes inmuebles, como Ley del Impuesto al Valor Agregado (Decreto 27-92) y Ley del Impuesto de Timbres Fiscales y de Papel Sellado Especial para Protocolos (Decreto 37-92). Asimismo, también es importante, otros

¹¹ Las tasas municipales por su naturaleza deben de cumplir con el principio de capacidad de pago, establecido en el artículo 243 constitucional el cual tiene una relación directa con el derecho de propiedad.

que gravan la propiedad, como es de la Ley sobre el Impuesto Único sobre Inmuebles (No. 15-98), y Ley sobre el Impuesto de Herencias, Legados y Donaciones (Decreto 431) que afectan tanto a bienes muebles como inmuebles.

- 5. Bienes del Estado.** La propiedad puede ser sujeto de dominio público o de propiedad de particulares, la misma Constitución Política de la República de Guatemala establece cuáles son los bienes del Estado en su artículo 121. Bajo esa línea, se han emitido distintas normas, tales como: Ley Reguladora de las Áreas de Reserva Territorial del Estado de Guatemala (No. 126-97), Reglamento para la Regularización y Legalización de los Bienes Inmuebles del Estado y de los que se otorgan a favor de este (Acuerdo Ministerial No. 188-2021), Reglamento para Regularizar y Otorgar en Arrendamiento Bienes Inmuebles Propiedad del Estado (Acuerdo Gob. No. 905-2002), entre otras disposiciones reglamentarias.
- 6. Protección a patrimonio cultural.** La Constitución Política regula la protección al patrimonio cultural en los artículos 60 y 61. Para el efecto, se han emitido distintas normas, que también establecen limitaciones en propiedad individual, tales como: Reglamento para la Protección y Conservación del Centro Histórico y los Conjuntos Históricos de la Ciudad de Guatemala, Reglamento para la Protección y Conservación del Centro Histórico y los Conjuntos Históricos de la Ciudad de Guatemala, Ley Protectora de la Ciudad de la Antigua Guatemala (Decreto No. 60-69), entre otras.
- 7. Protección al medio ambiente y patrimonio natural.** En protección del medio ambiente y patrimonio natural, también existen normativas, que establecen limitaciones al uso y goce del derecho de propiedad individual, tal como Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente (Decreto 68-1986), Ley Forestal (Decreto No. 101-96), Ley de Áreas Protegidas (Decreto No. 4-89), entre otras.
- 8. Derecho registral.** Existen diversas entidades que se encargan del registro de bienes muebles, inmuebles y garantías, que, por tanto, tienen su regulación específica y arancel, entre las cuales podemos mencionar: Registro General de la Propiedad y Segundo Registro de la Propiedad, Registro de Vehículos de la Superintendencia de Administración Tributaria, Registro de Garantías Mobiliarias, Registro de Mercado de Valores y Mercancías, Registro de Procesos Sucesorios, Registro de Aeronáutica Civil y Registro de Áreas Protegidas.

- 9. Expropiación.** La Constitución Política permite en su artículo 40 la expropiación en casos concretos por razones de utilidad colectiva, beneficio social o interés público debidamente comprobado, el cual debe sujetarse a los procedimientos, y se debe pagar una indemnización previa. Actualmente, se encuentra vigente la Ley de Expropiación, Decreto No. 529.
- 10. Derecho de vía.** El derecho de vía sobre las carreteras y caminos también es una limitación al derecho de propiedad individual, regulado en el Reglamento sobre el Derecho de Vía de los Caminos Públicos y su Relación con los Predios que Atraviesan (de 1942), al no poder realizar en las distancias señaladas ninguna clase de construcción.
- 11. Materia penal.** Existen diversos delitos y faltas contra el patrimonio establecidos en el Código Penal, así como delitos y faltas en leyes especiales, como en la Ley Forestal y Ley de Áreas Protegidas.

Aunado a ello, es importante resaltar que la propiedad también se relaciona con varios principios y normas del mismo texto constitucional. A continuación, una ilustración de los mismos:

Derechos Humanos

- *Artículo 39. Propiedad privada.*
- *Artículo 40. Expropiación.*
- *Artículo 41. Protección al derecho de propiedad.*
- *Artículo 42. Derecho de autor o inventor.*

Cultura

- *Artículo 60. Patrimonio cultural.*
- *Artículo 61. Protección al patrimonio cultural.*
- *Artículo 63. Derecho a la expresión creadora.*
- *Artículo 64. Patrimonio natural.*

Comunidades indígenas

- *Artículo 67. Protección a las tierras y las cooperativas agrícolas indígenas.*
- *Artículo 68. Tierras para comunidades indígenas.*

Régimen económico y social

- *Artículo 121. Bienes del Estado.*
- *Artículo 122. Reservas territoriales del Estado.*
- *Artículo 123. Limitaciones en las fajas fronterizas.*
- *Artículo 124. Enajenación de los bienes nacionales.*
- *Artículo 125. Explotación de recursos naturales no renovables.*
- *Artículo 127. Régimen de aguas.*
- *Artículo 128. Aprovechamiento de aguas, lagos y ríos.*

Régimen administrativo

- *Artículo 230. Registro General de la Propiedad.*

Régimen financiero

- *Artículo 239. Principio de legalidad.*
- *Artículo 243. Principio de capacidad de pago.*

En conclusión, existe una multiplicidad de normas, reglamentos o disposiciones de carácter general en materia de propiedad. Estamos frente a un derecho, que no solo el Congreso de la República emite normas relacionadas, sino también el Organismo Ejecutivo y las Municipalidades que también tienen facultad reglamentaria, tienen un rol activo en el derecho de propiedad, en la cual se deben cumplir los preceptos constitucionales, y es aquí donde la Corte de Constitucionalidad juega un rol importantísimo en caso estas normas tengan vicio de constitucionalidad, ya sea que violen, disminuyan o restrinjan el derecho humano a la propiedad. Como bien dice, José Arturo Sierra, en su libro *Derecho Constitucional Guatemalteco*:

*“La propiedad es eminentemente individual, matizándose como algo que le proporciona seguridad material y espiritual al hombre, imprimiéndole mayor independencia a su vida. A pesar de ser inviolable y tener el Estado la obligación de rodearla de garantías, también puede reglarla para armonizar su ejercicio con las restantes libertades que se reconoce a los individuos en el marco de convivencia social. **Su regulación, empero, debe ser equilibrada y razonable para no caer en el extremo de imponer restricciones que la nieguen o la desnaturalicen.**”¹²*

12 SIERRA, José Arturo, *Derecho Constitucional Guatemalteco*, Guatemala, 2000, p. 141.

Así también, la acción de inconstitucionalidad en caso concreto, es una garantía de suma importancia que puede hacerse valer en todo tipo de proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia, incluso en casación hasta antes de dictarse sentencia.

Por otro lado, otra garantía constitucional, es el **amparo**, conocida como la “Garantía contra la arbitrariedad”¹³ ante amenazas de violaciones a su derecho o para restaurar el imperio de estos cuando la violación hubiere ocurrido proveniente de un acto de autoridad. Que el mismo amparo tiene intrínseco una protección al derecho de propiedad, al establecer expresamente una función preventiva y restauradora contra **daños patrimoniales**.¹⁴

Estas arbitrariedades o abuso del poder público pueden venir de las mismas autoridades llamadas a proteger el derecho humano de la propiedad, que, en el Observatorio de Derechos de Propiedad, les hemos denominado “**Garantes de Propiedad**”, siendo las principales las siguientes: Registro General de la Propiedad, Segundo Registro de la Propiedad, Registro de Información Catastral, Oficina de Control de Áreas de Reserva del Estado, Ministerio Público, Policía Nacional Civil, Procuraduría de Derechos Humanos y Organismo Judicial.

No obstante, no podemos perder de vista, que siendo el derecho de propiedad tan amplio como se ilustró anteriormente, se involucra a más entidades, que pueden ser sujetos pasivos del amparo, tales como los distintos Ministerios del Organismo Ejecutivo, unidades ejecutoras, entidades descentralizadas y Municipalidades, quienes pudieran cometer, mediante actos, resoluciones o disposiciones de autoridad que conlleven alguna amenaza, restricción o violación al derecho humano a la propiedad. Sin olvidar, que también pueden ser sujeto pasivo entidades de derecho privado.

Finamente, podemos decir, que los tribunales constitucionales tienen un fin primordial de interpretar la ley fundamental para fines de protección del derecho de propiedad y asegurar su protección. Sin embargo, no solo deben estar consagrados en la Constitución sino deben ser efectivamente garantizados y respetados.

13 PRADO GERARDO, Derecho Constitucional, séptima edición, editorial Praxis, Guatemala, 2008, p. 107.

14 “Se trate de evitar que se causen daños patrimoniales, profesionales o de cualquier naturaleza” Artículo 9. Sujetos Pasivos del Amparo, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Casos relacionados al derecho de propiedad

1. Limitaciones de la Propiedad por Asociación de Vecinos

Expediente	2307-2011
Tipo de acción constitucional	Apelación de amparo
Autoridad o norma impugnada	Asociación de Vecinos
Hechos	A vecino no miembro de la Asociación se le niega el ingreso a trabajadores para realizar trabajos de Construcción. Presidente le indicó que para disponer del terreno de su propiedad y efectuar cualquier construcción, debía realizar el pago de una cuota de inicio de construcción no reembolsable y anual de cinco mil quetzales
Consideraciones de la Corte de Constitucionalidad	<p><i>“Esta Corte ha considerado, que si bien son evidentes los hechos que motivan que vecinos se organicen en una Asociación y creen voluntariamente medios preventivos de protección contra la delincuencia que afecta la vida, la integridad y la seguridad de las personas y sus bienes, no puede someterse a ella y a sus decisiones a quienes discrepan de formar parte de la entidad y por ende afectarle en sus derechos constitucionalmente reconocidos, en este caso el derecho de propiedad, libertad de acción y libre asociación. Habiéndose demostrado que <u>el postulante es propietario de un bien inmueble ubicado en la Condominio XXX</u>, el ejercicio de la libertad para transitar desde y hacia el mismo no puede ser objeto de condiciones o limitaciones que lo coarten, ni de cuotas que lo condicionen, puesto que –como lo ha asentado esta Corte– “...no puede... reconocerse una potestad administrativa cuasidelegada a un comité particular de vecinos para que emitan disposiciones de policía sobre quienes <u>no pertenezcan o se adhieran libremente al mismo</u> y, por la otra, la libertad de locomoción, y en el caso preciso, de tránsito de las personas, no puede restringirse por disposiciones que no provengan legítimamente de una autoridad fundada en ley”</i></p>

Continúa...

2. *Materia registral: inscripciones registrales que adolecen de Falsedad*

Expediente	3161-2014
Tipo de acción constitucional	Apelación de amparo
Autoridad o norma impugnada	Registradora General de la Propiedad
Hechos	Inscripción de dominio señalada como agravante con fundamento en el testimonio de un instrumento público adolece de falsedad, ya que la firma que aparece en la escritura de mérito no corresponde a la del causante en virtud de análisis grafotécnico y dactiloscópico del experto.
Consideraciones de la Corte de Constitucionalidad	En anteriores oportunidades, frente a la denuncia de violación de propiedad por parte de la Registradora General de la Propiedad, esta Corte ha optado por otorgar la protección que el amparo conlleva por medio de dos modalidades: i) plena o total en virtud de la cual, dado lo evidente de la falsedad que se denuncia, se ha ordenado la cancelación de las inscripciones viciadas y el restablecimiento pleno en el ejercicio del derecho transgredido. En estos casos, los medios de convicción han permitido percibir por parte del Tribunal constitucional, que el instrumento público que motivó las inscripciones registrales carece de validez. Algunas causas que han motivado el otorgamiento del amparo han sido que el notario de quien se dice autorizó la escritura pública ya había fallecido a la fecha en la que se faccionó tal instrumento, o por imposibilidad de los comparecientes para celebrar el acto por ausencia o muerte, siempre que tales extremos los haya podido constatar el Tribunal de Amparo de manera evidente; y ii) parcial o temporal en la que, debido a la falta de medios probatorios suficientes que permitan advertir la falsedad del instrumento público controvertido, y ante la apreciación de circunstancias que puedan generar duda razonable respecto de la legalidad de las actuaciones objeto de análisis, se otorga la protección pretendida pero reducida a preservar el derecho del postulante a acudir a la vía jurisdiccional ordinaria correspondiente, con el objeto de asegurar con ello

Continúa...

Expediente	3161-2014
	<p>que la propiedad de la que se considera despojado no sufra alteraciones registrales durante un tiempo prudencial en que ella pueda preparar su demanda, recabar sus pruebas, ubicar a la contraparte legítima y, en general, toda actividad que le garantice acudir a los tribunales en solicitud de reconocimiento y protección a sus derechos y, como consecuencia, se dicte un fallo apegado a la ley y a las constancias procesales [sentencias de dieciséis de julio de dos mil trece dentro del expediente quinientos treinta – dos mil trece (530-2013); de veinticinco de julio del año mencionado dentro del expediente trescientos cuarenta y uno – dos mil trece (341-2013), y de ocho de agosto del mismo año dentro del expediente dos mil cincuenta y ocho – dos mil trece (2058-2013), todas de esta Corte].</p> <p>Según se aprecia del análisis de los criterios jurisprudenciales citados en el párrafo anterior, son dos los elementos comunes que ha determinado la aplicación de cualquiera de las citadas modalidades, primero: que el interesado haya realizado un aporte probatorio significativo que permita demostrar las anomalías que se aducen en el proceso, de manera que el juzgador concluya que el acto cuestionado por la vía constitucional provocó el despojo indebido de un bien, y segundo: que en el intelecto del juzgador surja la duda absoluta o razonable de que las falsedades aducidas pudieron haber ocurrido, con base en los elementos de convicción que tuvo a la vista, criterio aplicable al presente asunto.</p> <p>En casos como el presente, esta Corte ha estimado que existe una excepción al principio de definitividad manifestado por la apelante, ya que debe tomarse en cuenta que la Constitución Política de la República de Guatemala, garantiza la propiedad privada como un derecho inherente al ser humano estableciendo que toda persona puede disponer libremente de ella de acuerdo a la ley, siendo en consecuencia, un deber del Estado proteger el ejercicio de ese derecho, por lo que el amparo se convierte en un mecanismo idóneo para denunciar la vulneración al derecho de propiedad constitucionalmente garantizado [sentencia de siete de diciembre de dos mil once dictada dentro del expediente tres mil quinientos veintiocho – dos mil once (3528-2011) de esta Corte].</p>

Continúa...

Expediente	3161-2014
	<p style="text-align: center;">-IV-</p> <p>Del análisis de los antecedentes remitidos, esta Corte constató lo siguiente: a) la amparista acreditó tener interés legítimo para solicitar protección constitucional en el presente asunto, manifestando violación al derecho de propiedad privada del inmueble relacionado de conformidad con la declaratoria de unión de hecho postmortem con Carlos Enrique Coronado Guzmán, propietario del bien en cuestión; b) de conformidad con el análisis grafotécnico y dactiloscópico rendido por el experto José Francisco Yax Ajpacaja, las firmas indubitadas de Carlos Enrique Coronado Guzmán, no presentan correspondencia grafotécnica con la firma supuestamente puesta por él en el documento dubitado, que corresponde a la escritura pública ochenta y siete (87) autorizada en esta ciudad, el ocho de junio de dos mil once, por el Notario Fredy Roberto Ríos Villatoro, y c) el plazo que transcurrió entre la fecha en la que se otorgó el instrumento público y la de su inscripción en el Registro es de un poco más de un año, resaltando que en ese tiempo Carlos Enrique Coronado Guzmán falleció, según certificación de defunción número veintinueve millones cuatrocientos setenta y un mil setecientos setenta y uno de veinticinco de julio de dos mil doce, emitida por el Registrador Civil de las Personas del Registro Nacional de las Personas.</p> <p>Esta Corte advierte que tales elementos de convicción, efectivamente causan duda razonable en relación a que la amparista pudo haber sido perjudicada en forma dolosa en su derecho de propiedad, consecuentemente, tal y como resolvió el tribunal de primer grado, se hace meritorio el otorgamiento de la protección solicitada, pero reducida a preservar el derecho de la postulante de acudir a la vía jurisdiccional debidamente asegurada, en cuanto a que la propiedad de la que se considera despojada no sufra alteraciones registrales posteriores, durante un tiempo prudencial para que pueda preparar su demanda, recabar sus pruebas, ubicar a la contraparte legítima y en general toda actividad que le garantice acudir a los tribunales de la jurisdicción ordinaria en resguardo de sus derechos.</p>

Continúa...

3. Derecho penal: orden de desalojo delito de usurpación

Expediente	1639-2008
Tipo de acción constitucional	Apelación de amparo
Autoridad o norma impugnada	Sala Segunda de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente
Hechos	Resolución de veintiséis de diciembre de dos mil siete, dictada por la autoridad impugnada, que ordenó el desalojo del inmueble que ocupa el postulante dentro del proceso incoado en su contra por el delito de Usurpación agravada.
Consideraciones de la Corte de Constitucionalidad	<p>El artículo 256 del Código Penal, literalmente preceptúa: “Comete delito de usurpación quien con fines de apoderamiento o aprovechamiento ilícito despojase, o pretendiere despojar a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble o un derecho real constituido sobre el mismo, o quien ilícitamente, con cualquier propósito invada u ocupe un bien inmueble”. El segundo párrafo de ese mismo artículo señala que: “La permanencia en el inmueble constituye flagrancia en este delito. La Policía, el Ministerio Público o el Juez están obligados a impedir que los hechos punibles continúen causando consecuencias ulteriores, ordenándose o procediéndose según corresponda al inmediato desalojo”. Como puede apreciarse, la norma anteriormente transcrita contiene un imperativo que ha de ser observado por cualquiera de las autoridades involucradas en los procedimientos de carácter penal: ordenar o proceder al desalojo inmediato del bien que se presume usurpado, con el objeto de impedir que el hecho punible continúe causando consecuencias ulteriores. <u>Esta medida de naturaleza cautelar o de garantía, obliga, por consiguiente, al Juez de la causa a que, con base en los elementos objetivos de convicción que aparezcan en el proceso incoado que hagan percibir la posibilidad de que la usurpación se está consumando, la decrete y la ejecute.</u></p> <p>En el presente caso, la autoridad reclamada decretó la orden de desalojo tomando en consideración que, con los medios probatorios recabados por el Ministerio Público, resultado de la investigación llevada a cabo por el ente</p>

Continúa...

Expediente	1639-2008
	<p>fiscal, se daban los presupuestos jurídicos para calificar la conducta de las personas que ocupaban el inmueble como delito de Usurpación, lo cual lo obligó a ordenar el inmediato desalojo de las mismas. De manera que la autoridad responsable al decretar la medida de desalojo, actuó en el uso de las facultades que le confiere el artículo 256 precitado, sin violar los derechos invocados por el accionante. Agregado a ello, es evidente que el proceso penal no se agotó con el desalojo y, es éste precisamente el momento en el que el amparista puede apersonarse al proceso y hacer valer los argumentos y derechos que ha expuesto en amparo, acreditando su reclamada legitimidad de permanecer en la finca en la que afirma tener más de treinta años de estar viviendo.</p> <p>En lo que, a la violación denunciada respecto del derecho de defensa, esta Corte estima que no ha sido vulnerado, pues la orden de desalojo es producto de la flagrancia en la comisión del delito de Usurpación y deviene en una medida restauradora –provisional– del que tiene acreditada una presunción de buen derecho, como ocurre en este caso.</p>

Separación de Poderes, Derechos Humanos y Desarrollo Económico en el contexto de los nuevos Liderazgos Democráticos*

Héctor Santiago Mazzei**

“No hay nada capaz de hacer una república tan firme y tan estable como organizarla de tal modo que la alteración de los humores que la agitan tengan una salida ordenada por las leyes.” Nicolás Maquiavelo
Discursos sobre la Primera Década de Tito Livio I, VII

El presente trabajo se propone revisar los conceptos de separación de poderes, república democrática, gobernanza y gobernabilidad a la luz del surgimiento de los nuevos liderazgos de comienzo de siglo y luego de la década del noventa, donde las ideas neoliberales configuraron en Latinoamérica una nueva “Jaula de Hierro” en los términos de Max Weber.

Los nuevos liderazgos surgen de diversas formas, pero en general responden a la salida de momentos de crisis severas y estructurales, generando un nuevo instrumental de políticas que, a la par de generar crecimiento, instalan nuevos debates en torno a la tensión entre gobernabilidad e institucionalidad, haciendo entrar en crisis el mecanismo de separación de poderes. Una hipótesis del presente trabajo es que esos liderazgos tienen el perfil de los problemas que debieron enfrentar en las crisis, lo que genera ventajas en el corto plazo, pero que pueden quedar atrapados en un acotado repertorio de políticas pudiendo ser prisioneros de su éxito inicial. En el mismo sentido, el sociólogo Alain Rouquié: “esos

* Ponencia presentada por el doctor Mazzei el 22 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”.

** Abogado/ Administrador Gubernamental, Profesor CIEP- UNSAM, UBA.

tipos de regímenes de democracia hegemónica tienen un origen, una emergencia, a partir de una crisis social.”¹

En el contexto de los nuevos liderazgos democráticos y los denominados populismos –con toda la ambigüedad de este término– analizaremos los desafíos para los diversos procesos de democratización en Latinoamérica para fortalecer y ampliar el ejercicio de los derechos humanos. Para ello creemos indispensable ampliar la mirada hacia conceptos como Agencia Ciudadana y Desarrollo Humano a fin de realizar un abordaje integral y superador, que sirvan de base para el diseño de políticas públicas que tiendan a consolidar y ampliar los procesos de democratización con pleno ejercicio de los derechos humanos.

Desde el advenimiento de la democracia a comienzos de los años ochenta, el debate sobre la institucionalidad y lo político se han centrado en primer lugar sobre las transiciones de gobiernos totalitarios a democráticos. Luego se pasó a priorizar el debate en torno a la consolidación de las nacientes democracias y posteriormente sobre el fortalecimiento institucional en un contexto de ajuste macroeconómico.

Con el surgimiento de nuevos liderazgos en Latinoamérica y pasado el período de crisis de las deudas externas, nos encontramos con otro tipo de agendas, centradas en las características de los liderazgos, las democracias plebiscitarias, el *decisionismo* y la búsqueda de calidad institucional. El debate es cruzado por varios ejes. La idea de “república” enfrentada a la “democracia”. La estabilidad constitucional también enfrentada a la voluntad popular y a la legitimidad producto del proceso electoral. La idea de liderazgos personalistas y populistas vs liderazgos democráticos.

El objetivo del presente trabajo es repasar los conceptos en juego y buscar los puntos de contacto que permitan superar las supuestas contradicciones entre ellos, entendiendo que el denominado neoconstitucionalismo latinoamericano tiene algo para decir en todo esto desde una perspectiva que integre lo político y el derecho.

¹ Entrevista en Perfil del 21 de octubre de 2017. Por Jorge Fontevechia.

República y Democracia

Ambos conceptos con frecuencia aparecen confundidos, pero no significan lo mismo: mientras que la idea de “República” es opuesta a la de “monarquía”; la idea de “Democracia” está asociada a la forma de resolver la voluntad popular a través de la participación de los ciudadanos habilitados. La República ha estado asociada al establecimiento de un conjunto de derechos humanos, políticos y sociales que significan la limitación del poder del Estado sobre la persona, por un lado; y por otro a la idea de división en las funciones de poder, los pesos y contrapesos entre esos poderes; la publicidad de los actos de gobierno y el establecimiento de las autoridades, sus atributos y la forma de acceso a los cargos a partir de una Constitución. Por último, la periodicidad de los mandatos por oposición a los mandatos a perpetuidad de las monarquías. Quizás este último elemento sea el punto de contacto con la democracia dado que la forma de selección de esos funcionarios es por un mecanismo que busca expresar lo más fielmente posible la soberanía popular: la votación igualitaria donde un hombre es un voto y donde la regla general es la de las mayorías.

En este punto Montesquieu distingue entre la *naturaleza* de la República democrática en la que “el pueblo en cuerpo, tenga el poder soberano”, del *principio de la república democrática*, “que es lo que la hace actuar...son las pasiones que la ponen en movimiento”. Ese principio es lo que denomina “*virtud política, que es el amor a la patria y a la igualdad*”.² Nótese que en este principio fundamental, la idea del autor está centrada en un territorio, que es la nación y –lo que con posterioridad conformará los estados nacionales–; y en su idea recurrente de equilibrio e igualdad. Reconocer a los otros como iguales es una virtud que habilita el reconocimiento de derechos mutuamente y la participación en las decisiones. Digo que está presente la idea de equilibrio y moderación porque esa virtud busca conjurar los peligros de la pérdida de la virtud: “Antes, los bienes de los particulares constituían el tesoro público, pero cuando la virtud se pierde, el tesoro público se convierte en patrimonio de los particulares”.³

La república también está vinculada a la idea de libertad política, que para este autor no están necesariamente presentes en los gobiernos democráticos ni en los aristocráticos. Es precisamente la división de

2 Montesquieu. *Del espíritu de las Leyes*. Tomo I. Advertencia del autor. Ediciones Hispamérica.

3 Óp. Cit. Libro III, Capítulo 3.

poderes el mecanismo que garantiza la libertad. Sostiene nuestro autor que “La democracia y la aristocracia no son estados libres por su naturaleza. La libertad política no reside fuera de los estados moderados. Pero en los estados moderados tampoco la encontraremos siempre; sería indispensable para encontrarla en ellos que no se abusara del poder, y nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella”.⁴

En este punto vemos que la división de poderes es una condición indispensable pero nunca suficiente para garantizar la libertad política, que para el autor también estaba limitada al cumplimiento de las leyes del Estado.

Esta idea fue –junto con las ideas de Rousseau sobre la voluntad general–, adoptada tanto por los revolucionarios del norte como los del sur de América. En el primer caso el debate sobre la Constitución de Filadelfia siguió un camino pragmático de interpretación de las ideas de Montesquieu sobre la separación de poderes. Para el autor que seguimos, las leyes tienen “*relaciones entre sí, con sus orígenes, con el objeto del legislador y con el orden de las cosas sobre las que legisla*. El estudio sobre todas esas relaciones –que tienen en cuenta también los caracteres físicos, geográficos, religiosos, el clima, el tamaño del estado, su riqueza, etc.– forman lo que denomina “*el espíritu de las leyes*”.⁵

Teniendo en cuenta estas condiciones, los padres fundadores de Filadelfia, reinterpretaron esa división de poderes no como separados por áreas de incumbencia absoluta sino como una interpenetración de una sobre las otras, conformando un equilibrio donde el poder legislativo –bajo determinadas circunstancias– podía remover al poder ejecutivo con la concurrencia del Poder Judicial a través del Juicio Político. Asimismo, el poder Ejecutivo podía presentar iniciativas legislativas, vetar las leyes, etc... y proponer a los miembros del Poder Judicial con acuerdo del Senado. Estos mecanismos de equilibrio y control mutuo se los denomina “*Checks and Balances*”. Son controles y contrapesos entre los poderes con el objeto de oponer poder material entre ellos y limitarse bajo el principio de colaboración y constructividad⁶. Claramente es un defecto interpretarlo solo como mecanismos de control.

4 Óp. Cit. Libro XI Cap. 3

5 Óp. Cit. Libro I. Cap. 3

6 MORRESI, Sergio. *Otra separación de poderes*. En “Si este no es el Pueblo”. Rinesi, Vommaro, Muraca. Compiladores; UNGS. Desde otra perspectiva, pero en similar sentido este interesante trabajo aborda la temática.

Dos fueron las ideas principales que inspiraron a los constitucionalistas norteamericanos: por un lado, la necesidad de un poder federal fuerte, y por otra parte la necesidad de un poder que, en el proceso político, tome decisiones y gobierne. Y en ese proceso político, de ser necesario, intervienen los tres poderes.

Por este tiempo –según Foucault– a la pregunta *cómo poner límites jurídicos al ejercicio del poder político*, se siguieron dos vías: el denominado “camino roussoniano que partía de los derechos naturales u originarios que tiene cada individuo por ser tal, definir aquellos derechos “cuya sesión se ha aceptado... y partir de los derechos del hombre para llegar a la delimitación de la gubernamentalidad, pasando por la constitución del soberano”.⁷ El otro camino fue partir no del derecho sino de la *práctica gubernamental* “en función de los límites de hecho que pueden ponerse a esa gubernamentalidad...articulados esencialmente con la nueva economía de la razón de gobernar”. Para el autor, la idea de que las leyes de mercado tenían carácter de ley natural hacía inútil la intervención del Estado, por lo que se constituía en un nuevo límite a la acción de gobierno. La ley como expresión de la voluntad popular frente a la separación de las esferas gubernamentales y de los individuos a partir de una lógica utilitarista y económica marcó un claro límite a esa acción estatal.

En este contexto nacen las modernas ideas de estado nación, economía política, constitución y democracia. Las constituciones clásicas nacen como cuerpo jurídico en un momento en que la economía política comienza su desarrollo y –a partir de la concepción de las mecánicas del mercado como *ley natural*– ésta comienza a imponer su lógica en todos los órdenes de la vida.

Democracia, Representación y República

Bernard Manin en su trabajo *Metamorfosis de la Representación* sostiene que Madison distingue a la *democracia* –cuya existencia real tuvo presencia en las pequeñas ciudades de la Antigüedad–, del *gobierno republicano* al que lejos de considerarlo una necesidad surgida de la imposibilidad de una democracia directa a través de la representación, la visualiza como un sistema superior de gobierno a partir de la posibilidad de “perfeccionar y ampliar las opiniones públicas (*the public views*)

7 FOUCAULT, Michel. *El Nacimiento de la Biopolítica*. Fondo de Cultura Económica 2004. Pág. 59.

haciéndolas pasar a través de un cuerpo escogido de ciudadanos cuya sabiduría les permite distinguir mejor el verdadero interés del país... la voluntad pública (*the public voice*) formulada por los representantes del pueblo, coincida mejor con el bien público que si hubiese sido formulada por el mismo pueblo, reunido al efecto”.⁸

Para Madison, uno de los rasgos fundamentales de la representación era la posibilidad de que esos representantes, a partir del *debate* y del “*juicio maduro*”, resistan a las “*pasiones desordenadas*” de las asambleas populares. Es precisamente el *debate* y la *deliberación* de donde deriva la decisión pública. Siempre siguiendo a Manin, la *discusión* está en el centro de la tarea de la decisión a partir de la existencia de una pluralidad de individuos libres en sus opiniones y en el seguimiento al procedimiento único por el cual una pluralidad de actores sin un acuerdo entre ellos puede alcanzar una decisión política en común sin recurrir a la coacción: la *discusión persuasiva*. El razonamiento que según este autor primó en los autores que vincularon el debate con la representación, consistía en la regla según la cual “la verdad debe hacer la ley y siendo la discusión el mejor método para que surja la verdad, la instancia política central debe ser un lugar de discusión, es decir una asamblea”.

Para Sieyés, la idea de representación estaba emparentada con la división del trabajo que surge con la mayor complejidad de las sociedades, el avance del comercio y la diversidad de intereses, por ello otra idea central es la de *pluralidad*. De aquí que la posibilidad de intercambiar opiniones cobra una importancia vital con el desarrollo del Parlamentarismo en el siglo XIX. Esta libertad de expresión de las opiniones de los legisladores está garantizada en las normas constitucionales modernas como la establecida en el art. 68 de nuestra Constitución Nacional Argentina.

Esta idea de que la decisión colectiva deriva de la deliberación permanece a lo largo de la historia de la moderna idea de república, pero según Manin sufre significativos cambios en lo que va del parlamentarismo clásico de los últimos años del siglo XVIII hasta el presente. Un primer cambio aparece con el surgimiento de los partidos de masas donde el debate no tiene lugar solo en las sesiones del Parlamento, sino que se estructura a través de los acuerdos y concertaciones políticas. Un

8 Manin Bernard, *Metamorfosis de la Representación de Madison*, 1961, p 82. CLACSO, Nueva Sociedad, 1992, págs. 9-40 ¿Qué queda de la representación política? Dos Santos (comp.)

segundo cambio se verifica en lo que Manin califica como “*democracia de lo público*” caracterizada por la personalización de los liderazgos políticos, la existencia de un electorado *flotante* cada vez más grande que no está comprometido con partidos políticos determinados con gran margen de independencia de los gobernantes sobre los electores. El *debate* no se aísla en el parlamento ni en los partidos, sino que participan grupos de presión, de interés, los medios de comunicación y la sociedad civil a través de sus organizaciones civiles. Hacia el interior de cada uno de estos grupos, se dan procesos de debate que siguen ciertas lógicas democráticas.

Jaulas de Hierro

Con la formación de los estados nacionales, comienzan a estructurarse la burocracia moderna, en los términos de Weber, el sistema de dominación “*racional legal*”. Para este autor, tres eran las causas de ese proceso: a) la competencia de las empresas capitalistas, b) la competencia entre los Estados, c) las demandas burguesas por la protección de sus derechos con la ley. Para Weber las tres causas estaban relacionadas a partir de la primera de ellas: “Hoy en día la economía de mercado capitalista es la que más demanda que los asuntos oficiales de la administración sean realizados con precisión, sin ambigüedades, continuamente y con tanta rapidez como sea posible. Por lo general, las empresas capitalistas modernas muy grandes, son modelos sinigual de estricta organización burocrática”.⁹

Sin embargo, advierte Weber que ese orden racionalista se estaba convirtiendo en una *jaula de hierro* que apresaba a la humanidad, de la cual solo podría salir a partir de nuevos liderazgos que plantearan respuestas superadoras; un *nuevo despertar profético*.

Desde nuestro punto de vista, las medidas adoptadas a partir del Consenso de Washington, representaron una visión negativa de las burocracias tradicionales que frenaban los procesos de globalización. La homogeneidad de las políticas de achicamiento de Estado, de la apertura comercial indiscriminada, de la desestructuración de los lazos sociales producto del desarraigo tras la pérdida de fuentes de trabajo, la desvinculación de las organizaciones sindicales por la flexibilización laboral y

9 WEBER, Max. *La Ética Protestante, y el Espíritu del Capitalismo*. Pág. 974.

la desregulación económica indiscriminada; constituyeron una nueva *jaula de hierro*, de la cual solo se pudo salir a partir de crisis generalizadas, movilización social y el consiguiente nacimiento de nuevos liderazgos. En ese orden.

Gobernabilidad, Gobernanza, Gubernamentalidad

El debate sobre la acción de gobierno se ha desplazado alternativamente desde el sujeto de gobierno hacia sus procesos. Desde este punto de vista sostenido entre otros por Luis Aguilar Villanueva, dos enfoques complementarios entre sí surgen a partir de ese desplazamiento: el de la Gobernabilidad y el de la Gobernanza. Desde nuestro punto de vista, en la actualidad, dicho debate a su vez se ha desplazado hacia los nuevos liderazgos y la administración de agendas que no son explicitadas a priori, sino que son planteadas y puestas sobre la mesa por esos nuevos liderazgos a partir de iniciativas políticas que parten desde el centro de poder y son contestadas desde la oposición con la problematización de nuevas temáticas. Por eso el concepto de *gubernamentalidad* de Foucault que desarrollaremos posteriormente, nos resulta útil y complementario a los otros dos.

Aguilar Villanueva sostiene que el término *Gobernabilidad* “denota la posibilidad o probabilidad de que el gobierno gobierne a su sociedad, mientras que su opuesto, ingobernabilidad, significa la probabilidad de que el gobierno deje de gobernar a su sociedad”¹⁰. También afirma que es un enfoque estrictamente dirigido al gobierno y no al Estado en su conjunto; por lo cual el foco se centra en las capacidades tecnológicas, administrativas, organizacionales y tecnológicas del gobierno. Este enfoque es criticado por no tener en cuenta a la sociedad y su capacidad de autoorganización y por considerar implícitamente que solo la reproducción del orden puede surgir del gobierno.

Complementariamente surge el concepto de *Gobernanza*, que interpreta el proceso de gobierno como un proceso institucional y técnicamente estable de determinación de prioridades de dirección. Se trata de una acción colectiva donde participan una pluralidad de actores en su diseño e implementación coordinada por determinadas agencias gubernamentales que articulan la cooperación entre los actores relevantes. Por

¹⁰ AGUILAR VILLANUEVA, Luis. *La Dimensión Administrativa de la Nueva Gobernanza: sus prácticas y aportes*. En Revista Argentina de Ciencia Política. Nro. 11/12. 2009.

último, el autor denomina “gobernanza en sentido estricto al proceso en el que la definición del sentido de dirección de la sociedad, de las formas de organizarse para realizar los objetivos y del modo como se distribuirán los costos y beneficios ya no pueden ser obra exclusiva del gobierno, considerado como actor único o dominante, sino que es el resultado de la deliberación conjunta –interacción– interdependencia– coproducción corresponsabilidad – asociación entre el gobierno y las organizaciones privadas y sociales...”¹¹.

Creemos no equivocarnos si pensamos que esto dista mucho de verificarse en la realidad. Las características de los liderazgos post crisis – estas y las pasadas– ha sido la necesidad de restituir la autoridad presidencial y la gobernabilidad. Las agendas y las iniciativas están centradas en la cúspide del poder. Al presidente argentino de los ´90 Carlos Menem se le atribuye la frase “información, secreto, sorpresa” como forma de actuar y de adoptar una política. Aunque justo es decir que no se han alterado las reglas constitucionales en estos tiempos, salvo los dilatados períodos de emergencia.

Por ello nos parece más útil explorar el concepto de “*gubernamentalidad*” acuñado por Michel Foucault en varios de sus trabajos. Este concepto ha variado con el tiempo, pero en su visión de que “no todo es político, pero todo es politizable”; este término define el campo estratégico de las relaciones de poder, que exceden al gobierno mismo, y que describe en cada momento “cómo se conduce la conducta de las personas. Gobierno de los niños, gobierno de las almas o de las conciencias, gobierno de una casa, de un estado o de sí mismo”.¹² Son los dispositivos de dominación atravesados por las reglas institucionales formales y no formales que en definitiva describen en lo macro y en lo micro la grilla de cómo se estructuran las relaciones de poder. Para Foucault, el contrapoder forma parte del concepto. Este posicionamiento y sus estrategias son indisociables de las formas de resistencia o *contra conductas* que se enfrentan al poder y que configuran las “crisis de gubernamentalidad”.¹³

Esto nos permite mirar el fenómeno desde dos planos: el institucional constitucional y el organizacional. Por el primero tenemos el “campo de juego”, en el segundo plano vemos el “juego en el día a día”, la lucha

11 Ídem anterior.

12 FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población*. FCE. 2006.

13 Ídem anterior. Octava clase del curso de 1978. Citado por Michael Senellart. Pág. 453.

política por imponer las reglas, darles el “tono” a las instituciones y moldearlas. El poder intentando ampliar constantemente sus atribuciones, mientras el *contrapoder* intenta poner un freno material y hacerse del poder en algún momento con las mismas reglas, pero buscando alterarlas y resignificarlas. La lucha por la ampliación de los derechos humanos que conocemos se parece mucho a esta descripción.

Las democracias republicanas permiten armar ese escenario donde el conflicto es posible, pero enmarcado en sus reglas. Conflicto y moderación, dos términos aparentemente contradictorios pero que están presentes en este esquema institucional.

En este sentido, sin ser taxativos, la desigualdad estructural, las relaciones clientelares, la debilidad de los partidos políticos, la crisis en la representación, la política del día a día frente a los ritos electorales que congelan la realidad política por dos o más años; definen formas de dominación macro y micro en nuestros países, que es imposible ser captada por las reglas jurídicas constitucionales orgánicas por su carácter inevitablemente general. Por esas grietas estructurales, organizacionales, rituales, informales; las normas y las leyes son penetradas y alteradas en sus significados.

Crisis y liderazgos

La aparición de crisis recurrentes en nuestros países ha dado origen a un conjunto de políticas y el surgimiento de liderazgos particulares cuyos rasgos es conveniente destacar. Con respecto al alcance de las políticas, otra segunda hipótesis que subyace en el trabajo está relacionada con los mecanismos de coordinación social y el comportamiento organizacional. Esta hipótesis consiste en que, en momentos de crisis generalizada, la agenda se concentra sobre un conjunto reducido pero crucial de temas que involucran a un campo también reducido de organismos del aparato estatal, donde se enfoca la atención tanto del centro estratégico del gobierno como de la agenda que se instale en la opinión pública. Mientras tanto, el resto de las organizaciones que componen el aparato estatal refuerzan sus rutinas, estructuran sus propias agendas y presionan por más recursos, facultades y márgenes de autonomía. O bien permanecen en la intrascendencia y falta de gravitación.

La salida de la crisis de los 80 dio por resultado un conjunto de políticas públicas alineadas con el denominado Consenso de Washington y que buscaron atender a los problemas derivados de la profunda crisis fiscal de nuestros países y a la insolvencia del Estado. En el mismo trabajo citado con anterioridad Luis Aguilar Villanueva reconoce esta situación en cuanto a que el estudio de Políticas Públicas (PP) y el enfoque de la Nueva Gerencia Pública (NGP) “aparecieron en el medio latinoamericano como propuestas disciplinarias y profesionales para superar la vulnerabilidad financiera o la crisis fiscal en la que habían caído los estados sociales desarrolladores y/o para restablecer la naturaleza pública que los gobiernos autoritarios habían tergiversado o pervertido y/o para mejorar los servicios públicos. A ese contexto crítico se debe que las dos propuestas (PP y NGP) se hayan difundido con presteza y hayan sido recibidas por gobiernos, sociedad y academia como instrumentos de conocimiento y gestión útiles para reconstruir la gobernabilidad en aprietos...”¹⁴. Claramente durante este período surgieron liderazgos que forzaron los límites institucionales y hasta iniciaron un proceso de reformas constitucionales en países como Argentina, Colombia o Brasil, pero los gobiernos estuvieron orientados a implementar severas reformas fiscales, de apertura económica indiscriminada y de desapoderamiento de las empresas públicas a la par que se inició una segunda fase de la renegociación de la gigantesca deuda pública contraída en la etapa de dictaduras y autocracias.

Se estableció en este caso un nuevo modelo burocrático orientado a reformas a favor del mercado con la aspiración de que, con la estabilidad y el crecimiento, la riqueza disponible, en algún momento “derramara” hacia los sectores sociales más postergados, o bien llegaran a esos sectores a partir de políticas sociales “focalizadas”.

En una segunda etapa de la crisis hacia principio de este siglo, las características fueron diferentes. Los problemas no estuvieron centrados en las crisis fiscales ya que las políticas de ajuste habían realizado su trabajo, sino que se trató de crisis de gobernabilidad. En el caso argentino, una clara crisis de gobernabilidad donde el gobierno no podía imponer su agenda y la autoridad presidencial se había atomizado en la recuperación del poder de los gobiernos provinciales en la denominada Liga de los Gobernadores, o la “rebelión de los jueces” con los amparos por el denominado “corralito”; en la calle por

14 Ídem anterior.

los piquetes y la movilización popular; en el Congreso por la pérdida de las mayorías parlamentarias. Claramente se tradujo en una crisis del poder del gobierno federal y en la institución presidencial. La salida de esa crisis inexorablemente requirió de una recuperación del gobierno federal a través de un conjunto de dispositivos institucionales, impositivos, fiscales, monetarios y sociales a partir de la incorporación de movimientos de derechos humanos y sociales en la agenda gubernamental. Y de una recuperación del poder presidencial a partir de un tipo de liderazgo que buscó adueñarse de la iniciativa y los recursos políticos, económicos y sociales. El estilo de liderazgo puso en discusión cuestiones clásicas como el federalismo y las relaciones fiscales con las provincias; la vinculación con el Congreso a partir de la aprobación de las iniciativas del Poder Ejecutivo supuestamente sin debate; o la renovación de la Corte Suprema de Justicia en los inicios del primer gobierno post crisis.

Nos gustaría en este punto profundizar las razones por las cuales esto se produce: en primer lugar, las autoridades y las medidas que logran sacar a una sociedad de una situación de crisis profunda, por sí mismas adquieren legitimidad. Pero, en segundo lugar, lo que hace perdurar los estilos de conducción y liderazgo son las cuestiones organizacionales y las rutinas que comienzan a institucionalizarse a la par que se genera la salida a la crisis. Las medidas de emergencia, la forma de distribuir los recursos, la generación de nuevas fuentes financieras de las que luego es difícil de prescindir, las alianzas con sectores políticos y sociales que acumularon poder en esos momentos; configuran una nueva gubernamentalidad, una nueva forma de conducir a la sociedad que se reafirma a cada paso.

Como bien sostiene Guillermo O´Donnell sobre el deslizamiento institucional hacia nuevos tipos de liderazgo en América Latina post ajustes estructurales : “Todas estas democracias delegativas nacen de profundas crisis que generan naturalmente una demanda por parte de los ciudadanos para que se reconstituya un poder suficientemente fuerte para extraer al país de la crisis...pero después esta política es víctima de su éxito... los líderes siguen creyendo que eso que les funcionó bien en momentos de crisis, puede servir en tiempos de normalidad...”¹⁵

15 O´DONNELL, Guillermo. Reportaje de Eduardo Cárpena en La Nación.

Los liderazgos democráticos modernos, según Sergio Fabbrini hay que ubicarlos en el contexto de los sistemas de gobierno. “Desde este punto de vista, no se lo considera por sus características personales, sino por la función que cumple en el sistema formalizado de la autoridad pública. Toda función está constituida por una combinación de oportunidades y de limitaciones. En la democracia, el ejercicio del liderazgo tiene una naturaleza institucional.”¹⁶

El mismo autor sostiene que no se deben confundir *el líder con el liderazgo*. El primero es un actor político, lo segundo es una relación de poder que busca resolver problemas a partir de activar un proceso de decisiones. Una sociedad plural, dividida por intereses diversos, encuentra en el líder a quien puede unificar una acción colectiva a partir de un conjunto de decisiones materiales y simbólicas que provee un sentimiento de pertenencia.¹⁷ Por eso son términos que se implican mutuamente: no hay líder sin liderazgo, ni viceversa.

Conflicto y Norma Jurídica

Para Guillermo O´Donnell, desde una mirada preocupada por la producción de las normas, es necesario poner el énfasis en el conflicto y en las huellas que dichas relaciones de fuerza y de poder dejan en un sistema normativo y sus instituciones. La estructura jurídica y en especial el aparato estatal son moldeados por ese conflicto y sus momentos de negociación. Al analizar el caso argentino hacia el fin del Siglo XX, el autor destaca la fluidez e inestabilidad de las diferentes alianzas políticas dominantes. “Este fue un Estado recurrentemente arrasado por cambiantes coaliciones de la sociedad civil. En su nivel institucional, las pendulaciones fueron como grandes mareas que por un momento cubrían todo y que, cuando se replegaban, arrastraban consigo pedazos de ese Estado...”¹⁸ El resultado fue un Estado colonizado por las diferentes alianzas al interior de la sociedad civil, carente de autonomía para desarrollar políticas.

Desde una visión más amplia, Martín D’Alessandro resume que en O´Donnell encontramos cuatro dimensiones del Estado: a) El Estado como un conjunto de burocracias jerárquicas orientadas a la

16 FABBRINI, Sergio. *El ascenso del Príncipe democrático. Quién gobierna y cómo se gobiernan las democracias*. FCE. Política y Derecho. 2009. pág. 23.

17 Óp. Cit. anterior. Capítulo sobre Líderes y Liderazgos.

18 *Ibíd.* Anterior pág. 297.

eficacia; b) Como un sistema legal que pretende ser efectivo; c) Como foco de identidad colectiva (credibilidad) y d) Como regulador de diversas fronteras del territorio, el mercado y la población en busca del bienestar.¹⁹

Posteriormente O' Donnell comienza un camino de intersección entre la Ciencia Política y el Derecho. Así asegura que “estoy convencido que una definición *politicista* o solamente basada en el régimen, es un componente necesario pero insuficiente para una definición adecuada de democracia.”

Para el autor que seguimos en esta parte del trabajo, la efectividad del estado de derecho comporta certeza por un lado y rendición de cuentas por el otro. De esta forma amplía las clásicas definiciones de *Estado de Derecho*, reforzando al sistema legal indispensable con una serie de características que van más allá de los procedimientos autorizados de aprobación de la ley. Se trata de un conjunto de *garantías* para que la ley sea cumplida, pero en especial de un sistema de rendición de cuentas institucionalizado a fin de que el incumplimiento por parte de las autoridades de un derecho constitucional –en especial a los sectores más desfavorecidos de la sociedad– no quede impune. Dice el autor: “El estado de derecho debería considerarse la norma basada en la legalidad del estado democrático. Esto supone que existe un sistema legal que es, en esencia, democrático en tres sentidos. Uno, defiende las libertades políticas y las garantías de las libertades políticas. Dos, defiende los derechos civiles de todo el conjunto de la población. Y tres, establece redes de responsabilidad y rendición de cuentas”²⁰.

Agencia y Ciudadanía

Es el concepto de *Ciudadanía* que se propone profundizar O' Donnell, el micro fundamento de la supremacía del Estado Democrático de Derecho. Y en este sentido el concepto de ciudadanía no es pasivo sino basado en la autonomía personal y en la igualdad derivada de ser sujetos jurídicos a los que se les respeta activamente los derechos humanos. Pero que a su vez se consagran como “*agencia autónoma* y

19 La Ciencia Política de Guillermo O' Donnell. D` ALESSANDRO, Martin, IPPOLITO-O` DONNELL, Gabriela (Compiladores). EUDEBA 2015.

20 *Ibíd.* pág. 66.

responsable”, estableciendo una relación particular entre el ciudadano y el estado que no es la misma en otros tipos de regímenes. El concepto de “agencia” no es tradicionalmente utilizado en nuestro derecho, sin embargo, O’ Donnell lo utiliza para estructurar una concepción de ciudadanía que amplía su ámbito de acción integrando concepciones propias de la antropología social, transfiriéndolas productivamente a la Ciencia Política y al Derecho. Para los juristas la Ciudadanía se refiere a un sujeto de derechos políticos y civiles en un estado territorialmente determinado. Dos grandes criterios se utilizaron para determinar esa pertenencia: El *ius soli* – todos los nacidos en un territorio dado, mayormente lo encontramos en nuevos estados que han recibido contingentes inmigratorios importantes– y el *ius sanguinis* –derecho en función de la nacionalidad de los antecesores, principalmente adoptado en países europeos– concepto que entra en crisis en momentos en que la cuestión inmigratoria comienza a tener gravitación en esa región del mundo. Si bien la legislación argentina adopta el primer criterio –en principio por razones históricas–; en su Preámbulo fija como objeto y proyecto constitucional “*promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino*”. La interpretación correcta de este sensible párrafo indica que el concepto de ciudadanía y goce de los derechos es universal, fijando un criterio de “*hospitalidad*” para desarrollar el proyecto personal de cada ciudadano con autonomía y abierto al mundo²¹. Habermas por un lado y los neoconstitucionalistas por el otro, pero en el mismo sentido; intentan dar solución a este dilema a partir de la Constitución y sus derechos humanos, políticos, sociales y culturales como eje de la determinación de ciudadanía: los principios, directrices y normas de la Constitución se aplican en forma directa y universal ampliando la ciudadanía, el goce de los derechos y sus garantías. En cuanto a la dimensión legal del Estado, O’ Donnell sostiene que “la democracia no es tan sólo un régimen democrático, sino un modo particular de relación entre el estado y los ciudadanos, y entre los propios ciudadanos, bajo un tipo de estado de derecho que, junto a la ciudadanía política sostiene la ciudadanía civil y una red completa de rendición de cuentas”.²² Para el autor, la democracia es el único régimen político que permite una doble rendición de cuentas que define como *accountability horizontal* – el control que mutuamente se realizan los órganos gubernamentales sobre la legitimidad de sus acciones– del

21 CORTI, Horacio. *Las Controversias sobre la Hospitalidad*. En Revista Aequitas. USAL. 2008.

22 *La Irrenunciabilidad del Estado de Derecho* pág. 69.

accountability vertical que es el que los ciudadanos y sus organizaciones realizan al peticionar y controlar a los organismos públicos estatales.

Nuestro autor define la “agencia ciudadana” como la presunción de la capacidad de todo ser humano – con capacidad práctica y discernimiento moral para tomar decisiones en función de su situación y metas, de las cuales se lo considera su mejor juez– para tomar decisiones políticas”.²³ Las ideas de Amayta Sen están presentes aquí a partir de su concepción de las capacidades reales de ejercer sus derechos y proyectos de vida autónoma más allá de los reconocidos derechos formales del sistema jurídico para cada sujeto de derechos. Pero O’ Donnell los incorpora a un sistema completo donde la democracia es lo macro, el régimen lo meso y la agencia ciudadana lo micro, en un todo coherente.

Profundizando el concepto de “agencia” desde la antropología y la ciencia política, este término también lo encontramos en Antony Giddens cuando adopta su concepto de agencia como poder con capacidad de transformación, que va a estar mediado por los recursos disponibles por cada sujeto de derecho, lo que pone de manifiesto la asimetría de poder relativo entre los miembros de una sociedad. La antropóloga Sherry Ortner busca clarificar el concepto de agencia en dos campos de significado: “En un campo, se vincula con la intencionalidad y la prosecución de proyectos definidos culturalmente. En otro campo, el significado tiene que ver con el poder, con actuar en un marco de relaciones de desigualdad social, de asimetría y fuerza”²⁴. Las democracias latinoamericanas son un buen ejemplo de esto: la autonomía personal de realizar los deseos y proyectos de los ciudadanos están enmarcados en realidades de profunda desigualdad donde el par “dominación-resistencia”, tornan inestable los “órdenes” alcanzados por los transitorios equilibrios de poder. En este sentido señala nuestro autor: “Si, por un lado, la pobreza y la desigualdad señalan el largo camino por recorrer para la consecución de la ciudadanía civil (por no mencionar el logro de sociedades socialmente más iguales), ...la ley sugiere un punto de esperanza y una amplia estrategia. La cuestión es que ser el portador de derechos formales políticos y civiles es, como mínimo en potencia, una señal de empoderamiento de los individuos y de las

23 Ver Capítulo de Martín D’ Alessandro pág. 245.

24 “Antropología Social y Cultural. Cultura, poder y agencia”. ORTNER, Sherry B. UNSAM Edita. Colección Ciencias Sociales 2017.

asociaciones”²⁵. Es interesante cómo O’ Donnell encuentra un camino productivo a las impugnaciones fáciles a la democracia y los derechos formales a partir de su concepto de “*Democratización*”, definida como la profundización del sistema democrático; como un objetivo que siempre puede perfeccionarse y superar sus límites en el sentido de mayores y mejores derechos para todos, en especial para los que se encuentran en las zonas marginales. Para O’ Donnell –como también sostiene Ronald Dworkin–, cuando hablamos de derecho en serio, no nos detenemos en meras formalidades dado que el derecho siempre es “*una carta de triunfo*”.

Tensiones entre Ciudadanía y Democracia

Como bien sostiene Étienne Balibar, los conceptos de democracia y ciudadanía son conceptos indisolubles, sin embargo, en diferentes situaciones históricas, ambos conceptos han ido reformulándose, avanzando y retrocediendo en virtud de la mayor o menor posibilidad de participación de los actores sociales en el proceso político. Todo régimen político busca un “orden”, la ampliación de los derechos a los miembros de una comunidad puede hacer visibles los conflictos para que porciones sustantivas de la sociedad accedan a nuevos derechos. Esto es claro en los conflictos por la distribución de la renta económica pero no es tan claro en el acceso a determinados derechos políticos como los de acceso a funciones de poder.

El reconocimiento constitucional de los derechos humanos fundamentales representa un gran avance para toda sociedad, sin embargo, sabemos de las dificultades para el acceso efectivo a los mismos en muchos de nuestros países. Balibar pone en el centro de esta dialéctica “*Democracia-Ciudadanía*”, “*exclusión-inclusión*” del acceso a esos derechos a la participación en las decisiones y en la distribución económica esa característica de las repúblicas democráticas para administrar productivamente los conflictos a través de los mecanismos institucionales.

Este autor, en su desarrollo invoca a Hannah Arendt y su idea del “*derecho a los derechos*”, no como el acto de instituir reciprocidad sobre la base de una supuesta igualdad, sino en la posibilidad de

25 *La Irrenunciabilidad del Estado de Derecho* pág. 72.

ampliar la esfera de igualdad en forma activa, transgrediendo los límites impuestos.²⁶

Siguiendo el hilo conductor de Balibar, es Maquiavelo quien reconoce que en la república siempre está presente la idea de *conflicto como condición de posibilidad de un equilibrio dinámico*, siempre cambiante pero que permitirá la administración de estos conflictos. Sabemos que Maquiavelo estudió en profundidad la historia legada por Tito Livio cuyo libro contiene la cita del comienzo de este trabajo, donde la virtud de la república consiste en manejar los cambiantes “humores” sociales a través de las leyes.

Por último me permito traer de las reflexiones de Balibar la cita de Claude Lefort quien habla de una *invención continua de la democracia*: “se trata de concebir la *Carta de Derechos Fundamentales como la expresión simbólica de un conjunto de poderes conquistados por el pueblo a lo largo de su historia, la totalidad de sus movimientos de emancipación y el punto de apoyo de nuevas invenciones antes que la coraza de un orden establecido, que a priori las futuras luchas por la libertad y la igualdad*”.²⁷

Desarrollo Humano, Derechos Humanos y Ciudadanía

Hay un punto donde las concepciones sobre ciudadanía y derechos humanos requieren para hacerse efectivas de otros componentes que muchas veces son dejados en un segundo plano. Uno de esos conceptos es el de *desarrollo humano*. La idea de Amyta Sen de vincular el desarrollo humano con las *capacidades para poder ejercer efectivamente la ciudadanía y los derechos*, es particularmente importante por el abanico de temas que involucra en términos de generación de políticas públicas y de comportamiento esperado por parte de las autoridades.

Esas capacidades son las requeridas para hacer operativa la autonomía personal y poder elegir entre alternativas diversas que el ciudadano valora para el cumplimiento de sus objetivos de vida. La posibilidad de elegir con autonomía, conocimiento y responsabilidad el curso de su propia vida. En el Informe sobre Desarrollo Humano del año

26 BALIBAR, Étienne. *Ciudadanía*. Pág. 31. Adriana Hidalgo Editora. Buenos Aires 2013.

27 *Ibíd.* anterior pág. 34

2000 el Programa de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo lo define como “El proceso de ampliar las opciones de las personas, por medio de la expansión de los funcionamientos y capacidades humanas”. En este sentido las capacidades en juego en principio son el acceso a la salud, la vivienda, la educación e información y un ingreso mínimo para la seguridad alimentaria de la persona y su familia.

Estos objetivos demandan un comportamiento definido por parte de los estados y la generación de políticas públicas que estén alineadas en este sentido. Un capítulo importante estará determinado por el uso de los recursos públicos, los sistemas impositivos que busquen la equidad y presupuestos públicos que tiendan a cumplir con los programas constitucionales de derechos humanos políticos y sociales para fortalecer la capacidad de los ciudadanos.

El Neoconstitucionalismo Latinoamericano

Una vigorosa corriente viene desde hace algunos años recorriendo el pensamiento jurídico latinoamericano. Podemos englobarlo bajo la denominación de “*Neoconstitucionalismo*” y, con sus variantes europeas y latinoamericanas, sus notas fundamentales podemos – como sostiene Horacio Corti a quien seguimos en este título – resumirlas en las siguientes: a) Considerar relevantes las prácticas jurídicas por sobre su estudio formal, b) La lectura del derecho no es neutra o puramente descriptiva sino que se asume una lectura social, política y creativa de los textos jurídicos, c) La profundización del proceso de constitucionalización del derecho.²⁸ Interesa este último concepto a los fines del presente trabajo. Según Ricardo Guastini, “Por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales”.²⁹ Una vez definidos, consensuados y aceptados los derechos humanos, políticos, sociales, económicos y culturales, la tarea es *garantizar, hacer operativos esos derechos*. Continúa Guastini: “Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente *invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación, como la jurisprudencia y el estilo*

28 CORTI, Horacio G. “Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero”. 2010.

29 GUASTINI, Ricardo. “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El Caso Italiano”. En CARBONEL, Miguel. “Neoconstitucionalismo(s)”. Ed Trotta 2005.

doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

La constitución, como un acuerdo amplio y consensuado por los actores políticos estratégicos en un momento histórico determinado, se constituye en un programa que influye sobre el ámbito del derecho hacia las relaciones políticas, sociales y económicas. Para que esto pueda ser satisfecho, se requiere de una serie de condiciones que según Cuastini son las siguientes: a) La existencia de una constitución rígida; b) La existencia de una garantía jurisdiccional de la Constitución; c) Que las disposiciones jurídicas de la Constitución posean fuerza vinculante, d) La sobreinterpretación de las normas constitucionales como *principios generales*; e) La aplicación directa de las normas constitucionales más allá de su reglamentación; f) El ejercicio de un control sustantivo de la ley, limitando la discrecionalidad legislativa.³⁰

Sin embargo sigue vigente la necesidad de una visión *Latinoamericana* del neo constitucionalismo³¹, que dé cuenta de nuestras realidades y de la producción constitucional y jurisprudencial en nuestros países. Que asuma el reto de los nuevos liderazgos y de la particular realidad estructural de nuestros países, algunos ejemplos de la nueva agenda pueden ser:

- a) La desigualdad estructural al interior de nuestros países.
- b) La cuestión de los Pueblos Originarios, la multiculturalidad, los problemas de la propiedad y de las formas autónomas de organización; cuyo ejemplo más importante es la Constitución de la República Plurinacional de Bolivia.
- c) La cuestión de los “derechos de la tierra”, rescatados por la anterior Constitución y la de Ecuador.
- d) La recepción de los Tratados de Derechos Humanos como fuente directa de las constituciones, como en la reforma argentina de 1994.
- e) La incorporación de las garantías constitucionales a partir de los Derechos de Incidencia Colectiva.

30 Citado por CORTI, Horacio G. Óp. Cit. Anterior.

31 RODRÍGUEZ GARABITO, César (Coordinador). “El Derecho en América Latina” Siglo XXI. Colección Derecho y Política. 2011.

- f) Si partimos de una concepción garantista de los derechos humanos y del Estado de Derecho, el rol de jueces y abogados como operadores de la justicia, merecen ser actualizados a nuestras realidades de desigualdad y zonas sin ley.

Reflexiones finales

Los liderazgos no se ejercen en el aire: están enmarcados en una institucionalidad de diferentes grados. La Constitución de cada país es un limitante a cualquier tentación autoritaria. En Latinoamérica las constituciones han dejado de ser meras formalidades que pueden dejarse de lado por asonadas militares. Precisamente las transiciones estuvieron signadas por un apego y consenso en las cartas magnas. La tradición latinoamericana, desde los inicios de la independencia estuvo signada por los ideales de la revolución francesa y las ideas republicanas de la separación de las funciones del poder. Cada una de esas agencias tiene una fuente de legitimidad, mandatos y funciones diferenciadas, pudiendo ejercer un poder de veto sobre las otras. Esto significa que las decisiones se toman en un proceso político que para ser legítimo involucra a las tres agencias que componen el poder. Según la Corte Suprema de Justicia Argentina: “El poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones y formas de elección pero cuya legitimidad es idéntica”³². Para algunos autores como Germán Bidart Campos, la división de las funciones del poder forma parte de las *cláusulas pétreas de nuestra Constitución, por las cuales el poder constituyente derivado no estaría autorizado a cambiarlas*.

Una visión positiva del liderazgo democrático exige un poder judicial activo en el sentido de la ampliación y protección de los derechos humanos, políticos, sociales y económicos; que garantice el acceso a la justicia a los más débiles y que propenda a la igualdad como virtud y condición de las repúblicas democráticas.

Profundizar la democracia implica el fortalecimiento del Estado y de cada una de las instituciones constitucionales que componen su poder. Hacia adentro para que los mecanismos de control y colaboración mutuos funcionen colaborativamente; y hacia afuera, para no ser cooptados por las corporaciones, grupos de presión y de poder, que

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos XLIII. 18/06/2013. Punto 6°.

cumplen su función en el control vertical, pero pueden condicionar la voluntad popular a favor de sus intereses particulares.

El desafío de la época en Latinoamérica es lograr gobiernos que tomen decisiones y a la vez se sometan al Estado de Derecho ampliando incesantemente el acceso a esos derechos por parte de los excluidos, para que puedan entrar en el sistema y la democratización sea una realidad. La perspectiva del Neoconstitucionalismo Latinoamericano tiene cuestiones para aportar desde un enfoque del derecho que tiene en cuenta una lectura política de nuestras realidades, con una interpretación pluralista y dinámica de las constituciones.

Sostiene Fabbrini que “Una democracia es sólida si logra garantizar al mismo tiempo, una doble exigencia: la toma de decisiones y el control de quien las toma. De hecho, una buena democracia exige un líder eficaz, pero también instituciones eficaces para controlarlo”.³³

Bibliografía

MONTESQUIEU. Del espíritu de las Leyes. Tomo I. Ediciones Hispamérica.

FOUCAULT, Michel. “El Nacimiento de la Biopolítica”. Fondo de Cultura Económica 2004.

MANIN, Bernard, Metamorfosis de la Representación. CLACSO.

WEBER, Max. “La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo”. FCE

AGUILAR VILLANUEVA, Luis. “La Dimensión Administrativa de la Nueva Gobernanza: sus prácticas y aportes”. En Revista Argentina de Ciencia Política. Nro. 11/12. 2009.

FOUCAULT, Michel. “Seguridad, Territorio, Población”. FCE. 2006.

FOUCAULT, Michel. “Defender la Sociedad”. FCE. 2005

FABBRINI, Sergio. “El ascenso del Príncipe democrático. Quién gobierna y cómo se gobiernan las democracias”. FCE. Política y Derecho .2009.

CORTI, Horacio G. “Ley de Presupuesto y Derechos Fundamentales: Los fundamentos de un nuevo paradigma jurídico financiero”. 2010.

33 FABBRINI, Sergio. “El Ascenso del Príncipe Democrático”. FCE. Pág. 16

- GUASTINI, Ricardo. "La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: El Caso Italiano". En CARBONEL, Miguel. "Neoconstitucionalismo(s)". Ed Trotta 2005.
- RODRÍGUEZ GARABITO, César (Coordinador). "El Derecho en América Latina" Siglo XXI. Colección Derecho y Política. 2011.
- ELSTER, Jon-SLAGSTAD, Rune. "Constitucionalismo y Democracia". FCE
- COLAMBO, Ariel. "Democracias sin fundamento". Trama editorial. Prometeo Editorial 2001.
- POWEL, Walter-DIMAGGIO, Paul. "El nuevo institucionalismo en el análisis organizacional". FCE
- RINESI, Eduardo- VOMMARO, Gabriel-MURACA, Matías. "Si este no es el Pueblo". UNGS
- SCHMITT, Carl. "La tiranía de los valores". Hydra.

El rol de un tribunal constitucional para preservar el sistema republicano en el contexto de erosión democrática*

Jorge Roa Roa**

Quiero agradecer muy especialmente a la Corte de Constitucionalidad por la invitación a esta conferencia, como decíamos ayer es el segundo año en que a mí me invitan y me parece siempre una invitación maravillosa del Instituto de Justicia Constitucional de la Corte y lamento mucho no poder estar allí presencial con ustedes, pero seguramente en muchas otras oportunidades nos volveremos a ver.

Quería aprovechar las fabulosas intervenciones que se han hecho antes de la mía para destacar que mi intervención tiene como objetivo señalar cuál es el rol de un tribunal constitucional para preservar el sistema republicano en el contexto de erosión democrática. Mi primer llamado de atención será decir que si el tribunal constitucional, si una Corte Constitucional o si un tribunal supremo con funciones constitucionales no entiende el rol que le corresponde jugar en el contexto social, político y económico en el que opera es un tribunal que está condenado a perder su legitimidad social, a perder su rol social y a perder las funciones que le han asignado constitucionalmente. Entonces mi tesis es que el poder judicial en América Latina en general está sometido a fuertes

* Transcripción de la participación del doctor Roa Roa en el panel "Las amenazas a la libertad en un Sistema Republicano y el rol del Tribunal Constitucional" realizado el jueves 23 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional "El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano".

** Doctor en Derecho (*summa cum laude*) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Abogado graduado con honores de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid y Magister en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Profesor del departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y asistente de docencia de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Es profesor invitado en distintas universidades de Brasil, Bolivia, Chile, Guatemala, Ecuador, España, Italia y México. También se desempeña como magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia.

tensiones y presiones y que en ese contexto tiene un rol de preservación democrática frente a los fenómenos de constitucionalismo abusivo y constitucionalismo autoritario y también frente a las dictaduras que existen en América Latina. Nos hablaban de la situación de la libertad de expresión en Nicaragua que es paradigmática de un caso de constitucionalismo autoritario y casi de una dictadura donde la actividad más peligrosa en este momento en Nicaragua es el de ser candidato presidencial de oposición porque si una persona se convierte en candidato presidencial de oposición, inmediatamente hay una orden judicial que ordena detenerle, perseguirle y eso sin duda es no solo una limitación del derecho político a ser elegido sino que es una limitación a la libertad de expresión. Y además diré que durante la pandemia se agravaron muchas de esas tensiones y presiones que se ciernen sobre el poder judicial y además, se profundizó el fenómeno de erosión democrática. Y alertaré muy especialmente sobre la intención de los poderes ejecutivos en todo el continente de invadir, cooptar los tribunales constitucionales y cuando no logran invadirlos o cooptarlos, entonces disminuir sus funciones o eliminarlos.

Entonces el primer concepto que me parece fundamental que tengamos en cuenta es el de erosión democrática y además con las particularidades de América Latina. Este se refiere al hecho de que los más grandes peligros para el sistema democrático que ocurren actualmente, no se refieren a golpes abruptos de Estado, a la toma del poder violenta por los militares o de una parte del sector político social. Los peligros actuales para la democracia son más sofisticados o menos groseros, más sutiles, más progresivos, más paulatinos y, en ese sentido, menos perceptibles, y por ende, más peligrosos. De esa manera, erosión democrática existe no solo en América Latina, existe en Europa del Este o en la presidencia de Trump hubo fenómenos de erosión democrática en EEUU, pero el eje fundamental que hace especial la erosión democrática latinoamericana, es que nuestra región está marcada por un profundo hiper-presidencialismo, es decir, una concentración excesiva de poderes en la figura del presidente de la república. En la mayoría de países de América Latina, nuestros sistemas presidenciales funcionan como sistemas parlamentarios, por lo que a pesar de que son electos y tenemos un sistema presidencial, los parlamentos terminan, por una razón u otra, dando la confianza al presidente. Es decir que el presidente consigue cooptar a los parlamentos, como ocurre en El Salvador, en Brasil, en Colombia, en Argentina y el

presidente gobierna con una coalición mayoritaria de gobierno, como si fuera un primer ministro que necesita la coalición del parlamento, para poder ser primer ministro.

Ese fenómeno de que nuestros sistemas presidenciales funcionen como sistemas parlamentarios, en el sentido de que el parlamento es cooptado por el poder ejecutivo, genera una excesiva concentración de poderes en el poder ejecutivo y es muy importante saber, que esa concentración se hace en detrimento de los poderes de las demás ramas del poder público y muy especialmente, en detrimento del control ciudadano. Entonces América Latina aparece con una ecuación política bastante desequilibrada. En ningún país latinoamericano existe equilibrio igualitario de poderes. Existe separación de poderes más no equilibrio igualitario de poderes. En la mayor parte de nuestros países, el presidente tiene una preeminencia fáctica, no formal ni en sus funciones constitucionales, sobre los demás poderes del Estado. Pero, además, en la totalidad de los países latinoamericanos, la ecuación no solo política sino la social está profundamente desequilibrada. No tenemos sociedades igualitarias, nos enfrentamos al drama de la pobreza, de la exclusión, de la miseria, del desempleo y además tenemos órganos legislativos con déficits históricos de legitimidad democrática y que funcionan de manera imperfecta o disfuncional por distintos factores como corrupción, cooptación, populismo, etc. Y además durante la pandemia se decretaron en todos nuestros países estados de emergencia y de excepción que permitieron que se restringieran las libertades públicas, especialmente la de locomoción, pero, además, que el poder ejecutivo concentrara aún más los poderes.

Entonces la erosión democrática que se presenta en Europa del Este, en Hungría, en Polonia, en los EEUU con el presidente Trump, en América Latina tiene unas connotaciones especiales que hacen que nos tengamos que preocupar mucho más, por el proceso de erosión democrática latinoamericana, cuyo elemento fundamental es que nadie percibe o es muy difícil de percibir y cuando la sociedad se da cuenta que hay un proceso de erosión democrática, a veces es demasiado tarde porque ya se han perdido los canales institucionales, para recuperar el sistema democrático. En ese contexto, la pregunta es, ¿cuál es el rol que le corresponde a los jueces constitucionales? El primer rol es hacer efectivas las promesas sociales de la Constitución. Garantizar que los derechos fundamentales dejen de ser unas meras garantías formales y se conviertan en una realidad en la vida diaria de todos y cada uno de

los ciudadanos. De esa manera el tribunal constitucional adquirirá no solo una legitimidad democrática o jurídica, sino muy especialmente una legitimidad social.

En estos momentos, los tribunales constitucionales reciben en sus agendas, en todo el mundo, reclamos de los ciudadanos, las formas cómo se distribuyen las vacunas, si están bien o no las limitaciones de derechos en la pandemia, etc. Los tribunales constitucionales tienen dos opciones: decir eso no nos corresponde, es función del legislador o del poder ejecutivo. El gran problema de esa opción es que el tribunal constitucional está renunciando a su función como garante de los derechos fundamentales y de los derechos sociales. Cuando el ciudadano presenta el drama social ante el tribunal constitucional, seguramente lo hace porque los otros poderes del Estado están fallando. Si el legislativo garantiza un presupuesto adecuado para educación y salud y la administración pública fuese eficiente en esas áreas, seguramente los ciudadanos no perderían su tiempo llevando los problemas en esas materias a los tribunales constitucionales. Entonces el tribunal constitucional tiene que entender que cuando el drama social llega a su agenda por la vía del amparo, por la vía del control de constitucionalidad, es porque los demás poderes del Estado han fallado. De manera que sería una infra-aplicación de la Constitución y una denegación de justicia que, ante la disfunción de los demás poderes del Estado, el tribunal constitucional dijera “es que eso le corresponde a los economistas, es que eso se trata de una política pública en la cual no nos corresponde intervenir, es que podemos instituir el gobierno de los jueces”. No hay ningún país en el mundo en donde exista el gobierno de los jueces. Esa es una expresión que se acuñó en un libro que se llama *Governing with judges*, para criticar las decisiones activistas de los tribunales constitucionales. Pero en realidad no hay ninguna persona en el mundo que piense que se encuentra en un país que está siendo gobernado por los jueces. Por el contrario, hay países en el mundo en los que se destaca el rol, no activista sino transformador de los jueces constitucionales, acercando las abstractas promesas de la a la vida diaria de las personas.

Entonces el primer rol del tribunal constitucional es asumir que en América Latina tenemos a unos jueces que actúan en un contexto especial, no es el contexto noruego ni danés, en el que los demás poderes del Estado garantizan eficazmente los derechos económicos, sociales y culturales de los ciudadanos. Si yo estuviera dando esta conferencia allí,

le diría al tribunal constitucional de ese país (que además no existe, en el caso de Noruega), “su rol es respetar lo que hacen los demás poderes del Estado, su rol es ser totalmente deferente” ¿por qué? Porque ajusto la respuesta a la ecuación democrática, social y política danesa o noruega. Como los demás poderes del Estado están haciendo su función, garantizando los derechos a la salud, a la educación y las demás promesas constitucionales, le digo al tribunal constitucional “lo mejor que puede hacer es hacerse a un lado y dejar que los demás hagan su función”. Desafortunadamente, en la mayoría de los países en los que a mí me invitan a hablar, los demás poderes del Estado no cumplen su función. Por el contrario, son excesivamente pasivos en la garantía de los derechos sociales, económicos y culturales. Y entonces debo decirle a los tribunales constitucionales y a las judicaturas constitucionales y en general a los jueces “su rol es transformador. Su rol es impulsar los cambios sociales. Su rol es mirar de frente el drama social que los ciudadanos canalizan ante los tribunales mediante las acciones de amparo y las acciones de inconstitucionalidad”. Y hoy, después de la pandemia, el rol de los tribunales constitucionales es contener los retrocesos democráticos. No es una función de superhéroes. Así lo han hecho los tribunales constitucionales en Brasil, así lo intentaron hacer en El Salvador. Manteniendo al poder ejecutivo comprometido con los valores de la Constitución a pesar de sus profundos deseos de extralimitarse, y de reelegirse y mantenerse o perpetuarse en el poder.

Y desde luego, el tribunal constitucional tiene el rol de ser un tribunal contramayoritario. Es muy importante entender que el modelo kelseniano de justicia constitucional fundado en 1920 ya no existe. El tribunal constitucional en todo el mundo ha dejado de ser un mero legislador negativo que se limitaba a corregir aquellos errores del parlamento democráticamente elegido, que hoy se considera que los tribunales constitucionales son representantes argumentativos y deliberativos de la ciudadanía y que, en ese sentido, tienen la misma legitimidad democrática, aunque por distinta fuente, que el parlamento y que el poder ejecutivo. De manera que su función no es solo declarar inexecutable o inconstitucionales y expulsar del ordenamiento jurídico las leyes que contrarían la Constitución, sino que su función también es transformadora en tomarse en serio la Constitución, aplicarla y mantener dentro de sus cauces a los demás poderes del Estado. Eso de ninguna manera significa invadir los otros poderes. El tribunal constitucional no es legislador, el tribunal no es administrador. De lo que se trata es que el

tribunal constitucional entienda que su rol no puede ser infraaplicar la Constitución, sino tomarse en serio la Constitución.

¿Cuáles son los riesgos a los que se enfrentan los tribunales cuando ejercen un rol transformador? En el marco de sistemas de constitucionalismo abusivo y autoritario, lo primero que intentará hacer el poder ejecutivo es cooptar el tribunal, nombrar magistrados y magistradas afectos a sus proyectos políticos.

Independencia judicial: Estado actual y desafíos a los que se enfrenta como pilar fundamental del Estado de Derecho*

*Roberto Molina Barreto***

Introducción

La independencia judicial es un principio y una aspiración política que está íntimamente vinculada con el nacimiento y desarrollo del concepto de república. No se puede negar que, desde el planteamiento del sometimiento de ejercicio del poder y la convivencia social a la ley, se fue configurando la necesidad de poder encomendar a alguien la función de resolver aquellos conflictos que surgieran entre el poder y los ciudadanos o entre los ciudadanos mismos, a través de la aplicación de la ley.

Al analizar la estructura republicana del Estado, dividida en los tres organismos en los que se delega la soberanía del pueblo, se debe tener presente que la independencia que se pretende y que está contenida en el texto constitucional implica que las acciones de cada uno de esos organismos, dentro de la esfera que tiene trazada, no debe ser interrumpida o paralizada por otro y que, a la vez, no debe interrumpir o paralizar a otro. Esta independencia entre organismos no debe constituir un obstáculo para que haya un auxilio recíproco entre ellos.

* Ponencia presentada el 21 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”.

** Magistrado Presidente de la Corte de Constitucionalidad y de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Magistrado Titular en los periodos del 2006 al 2011 y del 2011 al 2016, Presidente de la Corte de Constitucionalidad del 2010 al 2011 y del 2014 al 2015. Fundador en el año 2010 del Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad; Presidente de junio 2010 a abril 2011 y del 2014 al 2015; y Vicepresidente del 2013 al 2014. Asociado fundador del Centro para la Defensa de la Constitución –CEDECON–, del que fue presidente del año 2003 al 2005. Procurador General de la Nación del 2005 al 2006. Ha ejercido la profesión de Abogacía por 36 años a través del Bufete Profesional Molina Barreto & Asociados.

La independencia judicial tiene un significado jurídico-político, toda vez que, si la administración de justicia fuera únicamente una manifestación del poder político y o estuviera supeditada a él, no serviría de nada que se dictaran normas para limitar la actividad de los gobernantes si, al momento de aplicar el Derecho, estos tuvieran la posibilidad de influir en las decisiones. En este punto, vale la pena recordar las palabras del filósofo francés *Charles de Montesquieu*, quien pensaba que no hay libertad “si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.”¹

Así, la independencia judicial tiene un significado fundamental en la construcción de un Estado republicano y democrático. Esto queda en evidencia a la luz del desarrollo histórico del concepto de república en la filosofía, la filosofía jurídica y la filosofía política, ya que, desde la antigua Grecia hasta nuestros días, se han incluido dentro de su contenido conceptos que ya no pueden ser negados en ningún espacio; así, hoy son parte del contenido de esta forma de organización política los términos cosa pública, la soberanía política, la soberanía popular, la separación de poderes, la representatividad y el bien común.

De acuerdo con Cicerón, “la república es la cosa del pueblo; no es pueblo toda congregación de hombres formada de cualquier manera, sino solamente la reunión cimentada en el pacto de justicia y en la comunidad de intereses y utilidad.”² Además, continúa el filósofo romano afirmando que “si el pueblo sabe conservar sus derechos, nada hay más glorioso, más libre y más próspero; porque entonces permanece soberano dispensador de las leyes, de los juicios, de la guerra, de la paz, de los tratados y de la vida de cada ciudadano. Únicamente de este modo puede llamarse el Estado a gusto suyo república, esto es, cosa del pueblo.”³

Siguiendo el pensamiento de este filósofo, la república se construye por voluntad del pueblo y existe cuando ese pueblo es capaz de conservar sus derechos. Esta fórmula contiene elementos que le dan origen y

1 Díez-Picazo, Luis María. *Notas de Derecho Comparado sobre la Independencia Judicial*. Revista Española de Derecho Constitucional (34). 1992.

2 Cicerón. *La República*. Pérez y García, Antonio (Trad.). Madrid: Imprenta de Repullés, 1848. Pág. 71.

3 *Ibid.* Págs. 76 y 77.

sentido a la existencia del Estado republicano y dentro de él a la independencia judicial como una forma de garantizar su pervivencia.

Doctrinariamente se concibe una doble dimensión de la independencia judicial. Por un lado, se la reconoce como un valor y por el otro como una garantía. De acuerdo con Díez-Picazo, la primera puede identificarse con la llamada *independencia funcional, sustantiva o decisional*, según la cual, “el Juez, en el ejercicio de la función jurisdiccional, debe estar sometido únicamente a la legalidad”⁴; la segunda, hace referencia a los mecanismos jurídicos y políticos que tienden a salvaguardar aquel valor. Dentro de esta última, el tratadista incluye sus diferentes facetas o subespecies: independencia personal, independencia colectiva, independencia interna.

Es oportuna la apreciación del profesor español en cuanto a que no es posible valorar la independencia judicial como garantía en abstracto o desarrollarla legalmente sin tomar en cuenta los rasgos que definen cada ordenamiento jurídico, ya que esta debe guardar coherencia con otros factores como la forma de gobierno y el modelo de organización judicial porque son estos factores los que permitirán definir el modelo de independencia judicial vigente en un sistema específico.

La independencia judicial en Guatemala

La referencia a la independencia judicial está contenida en el artículo 205 de la Constitución que establece: “*Se instituyen como garantías del Organismo Judicial, las siguientes: a) La independencia funcional; b) La independencia económica (...)*”

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala ha establecido jurisprudencialmente que sin estas garantías no es posible concebir un sistema de justicia que dé a los particulares la seguridad jurídica de que las decisiones judiciales estarán revestidas de objetividad e imparcialidad, entre las que destaca el irrestricto respeto de las facultades e independencia de ejercicio, de que gozan los administradores de justicia⁵. La independencia judicial, ha sido entendida por este Tribunal, no solo como una forma de garantizar el

4 Díez-Picazo. Op.Cit. Pág. 21.

5 Corte de Constitucionalidad. *Expedientes acumulados 62-2019, 170-2019, 176-2019, 230-2019, 233-2019, 241-2019 y 253-2019*. Fecha de sentencia: 10/10/2019.

acceso de los particulares a la justicia, sino, además, como una de las necesidades que surgen del papel trascendente que tienen los órganos jurisdiccionales en la “protección de los principios y derechos fundamentales en sociedades democráticas”⁶ y, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha resaltado algunas obligaciones del Estado para mantenerla:

- a. *Deber de garantía, que supone la “instauración, mantenimiento y actualización de políticas institucionales y marcos regulatorios que logren eficazmente los propósitos de prevenir y de sancionar las interferencias al adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, que puedan provenir de otros estamentos del sector público o, inclusive, de fuera de este.”*⁷
- b. *Deber de respeto o abstención, “que impide a todo detentador de poder público causar interferencias”*⁸
- c. *Deber de apego al derecho: “que recae directamente en los funcionarios judiciales con relación a los asuntos particulares sometidos a su conocimiento y resolución. La independencia judicial no es un privilegio ni una prerrogativa de los jueces, sino la responsabilidad impuesta a cada uno de ellos para fallar en forma honesta e imparcial sobre la base del derecho y de la prueba, sin presiones ni influencias externas y sin temor a la interferencia de nadie.”*⁹

La Corte Interamericana, por su parte, se ha pronunciado afirmando que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces, cuyo objetivo radica en evitar que el sistema judicial y sus integrantes se vean sometidos a restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.”¹⁰ Además, manifestó que “los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías debido a la independencia necesaria del Poder Judicial (...)”¹¹

6 Corte de Constitucionalidad. *Expedientes acumulados 6003-2016, 6004-2016, 6274-2016 y 6456-2016*. Fecha de sentencia: 12/09/2019.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fecha de sentencia: 24/02/2012. Párr. 186.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Fecha de sentencia: 01/07/2011. Párr. 97.

En el Sistema Universal, es importante recordar lo que quedó establecido en los *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura de 1985*, en los que desde el preámbulo se reconoce la importancia que este principio ocupa en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, recalcando que la independencia de la judicatura debe ser garantizada por el Estado y que debe estar proclamada en la Constitución o la legislación del país, además, que todas las instituciones gubernamentales o de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

Es extensa la jurisprudencia que, a nivel interno y regional, se ha producido desarrollando el contenido de la independencia judicial como una condición fundamental para el acceso a la justicia en un Estado republicano y una sociedad democrática. Más allá de entenderla como un privilegio o una prerrogativa judicial, es entendida como una responsabilidad de fallar con base en el Derecho. Para sostener este principio fundamental del Estado moderno, es necesario que se garantice de parte de todo el aparato público que se crearán y mantendrán en plena vigencia los mecanismos legales y políticos para mantener a los operadores de justicia alejados de injerencias abusivas en el ejercicio de su función; que se evitará que cualquier persona que detente el poder interfiera en la aplicación de justicia y que quienes ostentan el poder de juzgar y ejecutar lo juzgado, lo harán fundamentando y motivando adecuadamente sus decisiones.

Sin una judicatura independiente es imposible la República y el Estado Constitucional de Derecho. La condición de ejercer el poder en un marco de legalidad y el principio de sujeción a la ley de los gobernantes y los gobernados, el reconocimiento, el respeto y la garantía de los derechos y las libertades fundamentales, comunes a todos los seres humanos sin discriminación; el mantenimiento y fortalecimiento de la paz; el cuidado del medio ambiente; en fin, todos los grandes temas que definen al Estado moderno, dependen, tarde o temprano, de la aplicación de la disposición legal en un caso concreto, lo que implica dotarle de significado, establecer sus contenidos esenciales y límites legítimos.

Los altos ideales adoptados por la humanidad y por la comunidad americana en particular, al adoptar la democracia como forma de organizar el poder, caerían en un saco roto si no se cuenta con jueces independientes que garanticen la vigencia de los acuerdos alcanzados por

las mayorías sin descuidar los derechos elementales de las minorías en el proceso, aunque eso genere antipatías o roces con algunos sectores políticos, sociales o económicos.

Así, la independencia judicial, además de ser principio, derecho e institución jurídica, es un elemento de la organización y pervivencia de un Estado democrático, constitucional y republicano de derecho.

Garantías de independencia de los magistrados y de la Corte de Constitucionalidad

La Comisión de Amparo, Habeas Corpus y Constitucionalidad de la Asamblea Nacional Constituyente, previó la creación de un “Tribunal de Constitucionalidad permanente, independiente y autónomo.”¹² El desarrollo de esta idea se ve reflejada en varios artículos de la Ley de Amparo, que instituyen garantías de independencia judicial para los Magistrados que integran el tribunal y para la Corte de Constitucionalidad como institución.

A nivel institucional, la Corte está dotada de *independencia económica* (Art. 186) que incluye la atribución de formular su propio presupuesto y el mandato de designarle una cantidad no menor del cinco por ciento del mínimo del dos por ciento del presupuesto de ingresos del Estado que correspondan al Organismo Judicial. *Independencia funcional* (Art. 149), reflejada en la característica de actuar como un Tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado; además, la designación de un magistrado titular y un suplente por los distintos órganos con la facultad para hacerlo, es una forma de garantizar que no existan presiones desproporcionadas de un sector en particular sobre el Tribunal. Finalmente, la *independencia administrativa*, se ve reflejada en la potestad de la Corte de conocer y resolver sobre las causas de suspensión o cesantía de un Magistrado en el ejercicio de su función (Art. 161); en la facultad de dictar reglamentos para la organización y funcionamiento del Tribunal y en la titularidad del Presidente de la Corte ejercer las potestades administrativas sobre el personal del tribunal (Art. 165).

¹² Corte de Constitucionalidad - Instituto de Justicia Constitucional. *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente*. Serviprensa. Guatemala, 2017. Pág. 40.

A nivel personal, los Magistrados que integramos el Tribunal, gozamos de independencia respecto al órgano que nos designó y no podemos ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de nuestros cargos (Art. 167), esto último, 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; además, de inamovilidad y derecho de antejuicio (Art. 168); también contamos con la facultad de inhibirnos de conocer casos específicos (Art. 170). Si bien, tenemos la obligación de plasmar nuestra firma en todos los acuerdos y opiniones que se tomen cuando integremos el Tribunal, tenemos el derecho de razonar nuestro voto cuando nuestra opinión sea distinta a la de la mayoría (Art. 181).

Puede afirmarse que la Corte de Constitucionalidad ha sido diseñada constitucionalmente para poder ejercer su función de defender el orden constitucional con suficientes garantías de independencia, tanto a nivel institucional, por cuanto se favorece la independencia funcional, administrativa y económica del tribunal, como a nivel de ejercicio de cada uno de los magistrados, previendo su inamovilidad y prohibiendo su persecución por las opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo.

Los grandes desafíos de la independencia judicial

La independencia judicial enfrenta cotidianamente desafíos respecto a los alcances del concepto y la actividad de órganos y funcionarios públicos que con sus actuaciones ponen en riesgo o limitan la independencia de los jueces. Así, por ejemplo, en el expediente 1628-2002, la Corte de Constitucionalidad conoció en apelación el amparo presentado por dos magistrados de la Corte de Apelaciones en contra del Consejo de la Carrera Judicial por confirmar una resolución que incluía una sanción en su contra por ineptitud, tomando como base el criterio que habían vertido en la sentencia de un caso concreto. Al resolver, la Corte consideró que al confirmar la sanción que había sido impuesta en contra de los magistrados el Consejo de la Carrera Judicial –órgano administrativo de la carrera judicial– había revisado y cuestionado una resolución judicial a través de un procedimiento administrativo, contrariando el mandato constitucional que pesa sobre toda autoridad

administrativa de acatar y respetar la independencia judicial, por lo que el amparo fue otorgado.

En el expediente 5330-2014 la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance del concepto de independencia judicial. En este caso, una ciudadana promovió amparo en contra del Procurador de Derechos Humanos por haber admitido para su trámite una denuncia presentada en contra de ella por tres Magistrados de Sala de la Corte de Apelaciones que alegaron, entre otras cosas, la violación a su independencia judicial por los comentarios que la denunciada había emitido en un evento público. Al resolver la Corte se pronunció afirmando que la independencia judicial no es un derecho humano del juez, sino un “derecho subjetivo del ciudadano”, además recordó que, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley del Organismo Judicial, los actos que a criterio de los jueces perturben su independencia judicial deben ser denunciados ante la Corte Suprema de Justicia y no ante el Procurador de Derechos Humanos, por lo que el amparo fue otorgado.

Para finalizar este corto listado de ejemplos, vale la pena mencionar la sentencia de apelación de amparo pronunciada dentro del expediente 3578-2018. En este caso la Corte conoció en segunda instancia el amparo promovido por la Corte Suprema de Justicia en contra del Procurador de Derechos Humanos y la Procuradora Adjunta I del Procurador de Derechos Humanos, alegando que en el marco de un proceso penal que todavía estaba siendo conocido por el órgano jurisdiccional competente, las autoridades reprochadas emitieron una resolución declarando responsabilidad del Estado de Guatemala por la violación a los derechos humanos de dos personas sindicadas que guardaban prisión provisional mientras esperaban a ser escuchadas en su primera declaración. Sobre este tema la Corte consideró que pesa sobre el Procurador la prohibición de examinar quejas sobre las que esté pendiente una resolución judicial, esto con la finalidad de garantizar la independencia judicial y un fallo imparcial. Además, la Corte refirió que este principio es aplicable también en el ámbito internacional, particularmente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que uno de los requisitos para que una denuncia en contra de un Estado sea viable, es que no queden recursos pendientes de resolver.

Por otro lado, los avances de la tecnología han permitido que el mundo esté cada vez más conectado, que los espacios de discusión y de participación política se trasladen al ciberespacio y, con ello, las redes

sociales se convirtieron en esos espacios públicos que en otro tiempo eran las plazas, los salones de clase o los auditorios universitarios. Esto permite un flujo de información masivo y constante y el quehacer de todos los tribunales está siendo observado en todo momento, lo que podría tener implicaciones sobre la independencia judicial orgánica. Sin embargo, no es un asunto menos importante la actividad que los jueces puedan tener a nivel personal en el ciberespacio, en particular, en las redes sociales.

Tal y como lo ha reconocido la Oficina de las Naciones Unidas contra las Drogas y el Delito y la Red Mundial de Integridad Judicial en las *Directrices no vinculantes sobre el uso de redes sociales por los jueces*, si bien los jueces gozan de todos los derechos y libertades que garantizan la participación activa y libre en los espacios que crean las redes sociales, sus intervenciones no deben comprometer su investidura y su independencia. No debe dejarse de lado la necesidad de reflexionar sobre estos temas que implican verdaderas novedades éticas y legales y que le dan un significado distinto a términos y prácticas tan cotidianas en este tiempo como, por ejemplo: “hacerse amigos”, “seguir” y “comentar”.

Considero que como funcionarios públicos que somos, estaremos sometidos al escrutinio de la prensa, de la sociedad y de la comunidad internacional. Nuestras decisiones, en uno u otro sentido, serán objeto de examen y crítica por los distintos sectores que se interesan en los temas que llegan a conocimiento de este Tribunal; sin embargo, no puede ser esta exposición un motivo para sentir temor; al contrario, debe ser una motivación para ejercer nuestra función con excelencia, fundamentando adecuadamente nuestros fallos y exponiendo con claridad los argumentos que nos han permitido llegar a una u otra conclusión, con la finalidad de construir un adecuado discurso constitucional que permita entender al público en general que no existe arbitrariedad en nuestras decisiones y que, aunque la resolución les sea desfavorable, no han sido objeto de ninguna injusticia.

Las amenazas a la libertad en un sistema republicano y el rol del tribunal constitucional*

*Elsie Jannette Sierra Belches***

Como señala Carlos Santiago Nino, *“los liberales están en guerra consigo mismos: durante algún tiempo la libertad de expresión fue nexo de unión, pero hoy en día es fuente de división.”*

Las constituciones de nuestros países regulan los derechos y libertades fundamentales y, además, reconocen en la mayor parte de los casos, y de manera expresa, la vigencia en su ordenamiento jurídico de los diversos tratados internacionales sobre la materia.

Hoy me voy a referir a uno de los derechos y libertades fundamentales en una sociedad, y que está presente tanto en las legislaciones de los diferentes Estados, así como, en los tratados internacionales más importantes: La libertad de expresión, considerada como uno de los pilares fundamentales de la democracia, y es que, sin esta libertad, no se puede hablar de un país democrático.

Esto debido a que la libertad de expresión es la principal herramienta para que todos los grupos sociales integrantes en una sociedad puedan dar su opinión y debatir sobre determinados temas de interés general, tales como los de índole jurídicos, sociales y políticos.

En los últimos 25 años, y me sitúo en Estados Unidos, la agenda de la Primera Enmienda ha cambiado y el consenso liberal podría

* Transcripción de la participación de la doctora Sierra Belches en el panel “Las amenazas a la libertad en un sistema republicano y el rol del tribunal constitucional” realizado el 23 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”.

** Licenciada en Comunicación Social, Magister en Relaciones Internacionales, Diplomacia e Imagen Pública. Doctorado en Derecho. Catedrática Universitaria por más de 23 años en diferentes universidades del país. Periodista; presidente de la Cámara Guatemalteca de Periodismo, directora del proyecto académico Mentek.-Televisión abierta del país; Decana de la Facultad de Comunicación Social de la Universidad Regional de Guatemala.

decirse que incluso, se ha dividido, y todo ello, da origen a una serie de acontecimientos.

En documentos del Pentágono de 1971, la administración Nixon intenta prohibir a los principales periódicos del país la publicación de un estudio sobre la actuación de Estados Unidos en Vietnam, mientras tanto los liberales, aplauden la decisión de la Corte Suprema de rechazar esta censura.

En los años de 1970 y 1980, se presenta un fuerte desacuerdo sobre la regulación de la prensa, no para restringir cobertura, sino más bien, para incrementar la diversidad de los puntos de vista que se ofrecía, según se indicaba. En ese entonces, los activistas políticos reclamaron el derecho de acceso a los medios de comunicación e hicieron un llamado, ya que no estaban de acuerdo en que los organismos estatales regulasen el actuar de los mismos.

Posterior a estos acontecimientos, surge una nueva preocupación por las minorías: las denominadas “expresiones de odio”, que siguen siendo consistentes con la libertad de expresión, un tema que hasta la fecha continúa vigente en los medios de comunicación y en los debates públicos.

Algunos defensores de los derechos humanos consideran a la libertad de expresión como una protección del interés individual en la autoexpresión, el derecho del individuo a decir cuanto quiera.

Finalmente se puede inferir que, la expresión de opiniones permite a las personas votar inteligentemente y de forma libre, conociendo todas las opciones y manejando la información que es de importancia para ellas.

Es, por tanto, deber del Estado preservar la integridad del debate público, sin adoctrinar, con sentido de veracidad en el mismo, y con el objetivo de salvaguardar las condiciones para una real y libre autodeterminación colectiva.

Ahora bien, recordemos que en la primera parte del siglo XX el poder de los Estados en general comienza cambiar, esto a partir de la época del New Deal y de la Segunda Guerra Mundial. La intervención del Estado en temas económicos, políticos y sociales se convierten en la trama central y permanente de la vida nacional. Un Estado libre, independiente

y soberano, está organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades. Se habla entonces de un sistema de gobierno republicano, democrático y representativo.

Por ende, se habla de una República Constitucional, es decir, una forma de Estado que opera bajo el sistema de separación de poderes.

La división del poder estatal en tres poderes separados por sus competencias, logra que este mismo se equilibre y existan contrapesos; es un sistema de controles y equilibrios. Y esta es una de las funciones de la Constitución de cualquier país.

Regreso entonces a una de esas libertades protegidas por las principales constituciones en el mundo: **la libertad de expresión**, que ha logrado conquistar espacios importantes en los ámbitos de un país, y, además, es considerada como un derecho humano fundamental. Esta libertad se ha visto afectada por gobiernos totalitarios, el crimen organizado, la censura de los diferentes grupos ideológicos extremistas y, en algunos casos, por sectas y religiones, así como una serie de amenazas lanzadas por organizaciones internacionales, con el único objetivo de imponer sus ideas y creencias colectivas, coartando esa libertad de pensamiento y de expresión de las comunidades.

“Hacer caricaturas sale caro también en las democracias”, según expresó Dinorah Girón, directora del semanario Sexto Poder de Venezuela, quien fue detenida por publicar en portada caricaturas de varias mujeres poderosas dentro del Gobierno de Hugo Chávez en junio 2011. Este mismo semanario fue cerrado temporalmente. Además, el periodista Leocenis García, de la misma publicación, fue enviado a prisión. Ese mismo año, la cadena de televisión Globovisión, enfrentaba siete procesos judiciales y su presidente, Guillermo Zuloaga, había salido al exilio.

Otro ejemplo más actual, es lo que sucede en Nicaragua. El pasado 21 de septiembre, llevamos a cabo en Guatemala, por parte de la Cámara Guatemalteca de Periodismo, una conferencia, denominada “El crimen de la libertad de expresión en Nicaragua”, con la participación del periodista de aquel país, Carlos Fernando Chamorro, fundador y director del diario digital Confidencial y del programa de televisión, Esta Semana. Dos veces exilado de su país, narró la persecución psicológica, política, judicial que sufren periodistas, políticos, empresarios, activistas y la población en general, por externar y dar a conocer los atropellos que

sufren las diferentes instancias en aquella nación centroamericana. Actualmente, hay 150 presos políticos, 90 periodistas en el exilio, más de 8 asesinados, por un gobierno totalitario que lleva 15 años en el poder y busca perpetuarse. Dicho gobierno ideó la forma de hacer reformas a la Constitución e incentivó la creación de nuevas leyes, entre ellas la Ley del crimen cibernético, y otras que criminalizan las protestas y manifestaciones, por ejemplo.

Aquí ya no solo existe una censura a la libertad de expresión, también hay detenciones ilegales, muerte, expropiación de bienes, todo aquello que protege las constituciones de los principales Estados democráticos. Hay una clara violación a los principales derechos humanos.

Es indispensable recordar que, la Corte Interamericana ha destacado la importancia de este derecho señalando que:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quien desee influir sobre la colectividad, puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opiniones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”.

Por tanto, se puede inferir que el intercambio de ideas y de poseer esa libertad para difundirlas, promueve el conocimiento y crea sociedades más fuertes. Es el Estado quien debe actuar como contrapeso para compensar la distorsión del debate público atribuible al mercado y preparar así las condiciones esenciales de la democracia.

En este contexto, el Tribunal Constitucional desempeña una función de guardianes de las Constituciones Democráticas. Debe proteger esos derechos inherentes del hombre y la sociedad.

Según el jurista Miguel Carbonell, hay al menos tres distintos tipos de justificaciones de la libertad de expresión, o tres grandes argumentos para fundamentar su importancia:

- a) el argumento sobre el descubrimiento de la verdad;
- b) el argumento de la autorrealización personal; y
- c) el argumento de la participación democrática.

En ese sentido, como lo dijo el gran juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, debemos crear un “mercado de ideas”, donde cada una de ellas compita con las demás acercándonos cada vez más a la verdad.

Y es que al final, las ideas deben ser respetadas, como un debate público que enriquece a una sociedad.

Finalmente, el Deber ser (Tribunal Constitucional):

“Es preservar la integridad del debate público, sin adoctrinar, fomentando la veracidad, y salvaguardando las condiciones para la libre autodeterminación colectiva.”

Y finalizo con la frase de Baruch Spinoza:

“El verdadero fin del Estado es, pues, la libertad”

Las amenazas a la libertad en un sistema republicano y el rol del tribunal constitucional*

Luis Alfonso Rosales Marroquín**

La inclinación que se ha visto hacia la forma de gobierno republicano y la importancia asignada al control en sus diversas formas como uno de sus componentes centrales, ha estado presente desde los orígenes mismos de la filosofía occidental hasta la fecha.

Actualmente se le denomina “*Republicanismo*” a aquella corriente teórica que postula a la república como la mejor forma de gobierno y a la que se le atribuyen como virtudes, ciertos componentes básicos como lo son el imperio de la ley, la separación de poderes, el control mutuo y el equilibrio entre poderes.

Todo esto presupone –por supuesto– la existencia o la presencia de “frenos y contrapesos” como sus notas caracterizadoras.

La separación de poderes, teorizada originalmente por John Locke como una forma o manera de evitar la tiranía, así como la monarquía absoluta, no es más que aquel estadio que consiste en separar en diferentes manos las funciones judiciales y legislativas de las ejecutivas, para evitar que los propios gobernantes hagan leyes para ellos mismos y que también sean ellos quienes las aplican, lo cual, a estas alturas del siglo XXI, casi no se da.

* Transcripción de la participación del magistrado Rosales Marroquín en el panel “Las amenazas a la libertad en un sistema republicano y el rol del tribunal constitucional” realizado el 23 de septiembre de 2021 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano”.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar. Tiene una maestría en Derecho Parlamentario por la Universidad San Pablo de Guatemala y un doctorado en Derecho Constitucional (12 cursos aprobados), Universidad Da Vinci de Guatemala. Segundo Vicepresidente del Congreso de Guatemala, 2020. Diputado al Parlamento Centroamericano por el Estado de Guatemala, 2016-2020. Asesor de Bancada en el Congreso de la República, 2014. Asesor de Dirección del Instituto Guatemalteco de Turismo –INGUAT–, 2012. Procurador General de la Nación, abogado consultor y asesor del Estado de Guatemala, en todas las ramas del Derecho. 2002-2005. 30 años de ejercicio profesional.

En términos absolutamente teóricos pareciera ser que la sola existencia de esa separación y la capacidad del control interorgánico por sí mismos fueran suficientes para garantizar el goce de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Esto no es así.

Y ante esa realidad avasallante, que no es más que el reconocimiento que el ejercicio de las libertades requiere no solo de imponer límites al ejercicio del poder público frente al ciudadano, sino que también al propio ejercicio de esas libertades, es donde se resalta el rol del tribunal constitucional como ese ente articulador y garantista del ejercicio de aquellas libertades, pero en condiciones de igualdad y de fraternidad.

Ya el doctor Mazzei –con quien concuerdo–, mencionaba el primer día de este congreso, que la sola existencia de esa división de poderes y de los mecanismos de control de pesos y contrapesos propios de la república, no son suficientes para la prevalencia del imperio de la ley y la garantía del libre goce de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lo anterior nos obliga a hacer una pequeña mención sobre de “*cuál libertad*” o “*qué libertad*” es la llamada para considerar en el contexto de un gobierno republicano.

Nadie puede negar que la libertad como valor, ideal y principio constitutivo de la organización social, reviste de una alta importancia, tanta que incluso hay quienes la colocan por sobre la igualdad y la fraternidad entre congéneres.

Así, por ejemplo, hay quienes –no sin algo de razón– defienden que la libertad a manifestarse o la de expresión, por ser vitales para la democracia y la ciudadanía, deben preponderarse sobre cualquier otra libertad, y, en la mayoría de casos, la vemos contrapuesta a la libertad de locomoción.

Se ha llegado incluso a afirmar que en una manifestación es casi imposible mantener las vías totalmente despejadas, y ante ello, las demás personas tendrán que buscar alternativas de paso o bien unirse a la manifestación.

Sobre este punto, volveré más adelante.

Se ve entonces que es necesario enmarcar o delimitar aquel concepto libertad a que se refieren esas propuestas, pues cuando se habla de libertad generalmente se utiliza el término en dos vertientes:

Lo que los autores llaman la “*libertad de los antiguos*”, (libertad como **no dominación**) y por el otro, la “*libertad de los modernos*” (libertad **como no interferencia**).

La primera, en términos básicos, hace referencia a la libertad como lo opuesto a la esclavitud, al sometimiento, y, la segunda, se refiere a aquella que tiene su sustento en la “*no intervención*” en el ámbito privado de ningún hombre o grupo de hombres, que pueda implicar limitar la actuación individual en busca de fines u objetivos.

Esta noción cerrada de libertad es aquella que pregonan quienes dentro de una concepción clásica de liberalismo ponen por encima de cualquier otra cosa su derecho a hacer o dejar de hacer.

Pero alejado de la discusión de planteamientos ideológicos, lo que se aprecia fácilmente es que las nuevas realidades sociales y el desarrollo de los “desca” (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales), genera un choque entre dicha noción o concepción de libertad con los principios de igualdad y fraternidad.

De allí, surge el concepto de “*libertad republicana*”, que concibe dicho principio, pero en el contexto del conglomerado social y la mutua interrelación que existe entre los ciudadanos y de estos frente al poder público, lo que la hace mucho más compatible y congruente en su ejercicio con la igualdad y la fraternidad entre ciudadanos.

En la libertad republicana, el derecho es por sí un instrumento constitutivo de libertad, y en la cual se tiene por objeto evitar la arbitrariedad del poder público (por supuesto), pero también la arbitrariedad en el ejercicio de los sus derechos por parte de los ciudadanos.

Por ello cualquier planteamiento de estructuración de la organización social debe partir de este principio como eje articulador de un estado constitucional de derecho, garante de los derechos fundamentales en el cual se tome en cuenta la “*fraternidad*” como principio ordenador de la sociedad que se sustenta en el sentimiento que la comunidad es más importante que interés particular, así como lo estipula la Constitución Política de la República de Guatemala.

Ahora, como ya hemos establecido, la sola república y los principios que la caracterizan no son por sí mismas suficientes para garantizar al ciudadano el ejercicio de sus libertades inherentes de forma plena, se requiere de la intervención del órgano de control constitucional, en nuestro caso, la Corte de Constitucionalidad, que es un tribunal permanente de jurisdicción privativa cuya función esencial lo constituye la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la constitución y la ley de la materia.

Es claro que la protección de tales derechos puede implicar no solo la obligación del Estado de no interferir con el ejercicio de los derechos inherentes a la persona, sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas de parte del Estado para asegurar el ejercicio efectivo de la libertad, por ejemplo, protegiendo a los participantes de una manifestación contra la violencia física por parte de personas que puedan sostener opiniones opuestas, y a la vez, protegiendo el ejercicio de la libertad de locomoción y otros derivados o relacionados con aquellos de otras personas, labor por nada fácil de hacer y que requiere de mucha reflexión y entendimiento.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha dictado un sinnúmero de resoluciones y sentencias en las cuales, en su función y naturaleza garantista de los derechos fundamentales, ha cumplido con su labor, y entre estas puedo resaltar:

1. Con relación a la **libertad de acción**; puede consultarse la sentencia del 28 de enero de 2009 (expediente 3818-2008) en la cual resolvió que la libertad de acción se restringe cuando se pretende someter a cualquier persona a disposiciones que no estén fundadas en ley.

También la sentencia del 10 de marzo del 2020, (expediente 2567-2017) en la cual se reconoció que dentro del concepto “ley” contenido en la disposición fundamental (Constitución) tienen cabida además de las leyes ordinarias, entre otras clases de normas, los reglamentos municipales, deviniendo que la libertad de acción consagrada en la Constitución también puede estar limitada por aquellas prohibiciones.

2. En cuanto a la **libertad de opinión y expresión**: Sentencia del 3 de mayo de 2018 y sentencia del 19 de septiembre de 2020, en las cuales se reconoce que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, lo que comprende también el derecho a estar informado, y que la libertad de expresión es uno de los pilares de la democracia, ya que para que la formación de la opinión pública dinámica y plural, es indispensable contar con una sociedad suficientemente informada.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha afirmado que la libertad de expresión abarca a su vez el derecho a buscar y recibir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea por medio escrito u oral, o por cualquier medio.

3. En cuanto a la **libertad personal**: En las sentencias del 24 de septiembre de 1990, del 21 de mayo de 2008 y 21 de mayo de 2015, esta Corte ha manifestado que la libertad personal no deviene en un derecho absoluto, pues resulta factible la imposición de límites siempre y cuando estos sean acordes con los postulados constitucionales.
4. En cuanto a la **libertad de locomoción**: La Corte de Constitucionalidad ha reconocido en las sentencias del 2 de febrero del 2004, 4 de septiembre de 2019, 2 de junio de 2010, 10 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2015, que la locomoción de las personas es un derecho público subjetivo –y más propiamente de libertad pública– que pertenece a todo habitante que puede hacerlo en cualquier parte o lugar de uso común de la república destinado al tránsito de las personas.
5. En cuanto a la **libertad de locomoción y derechos de reunión y manifestación**: En este apartado que merece atención especial, debo resaltar lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad en el auto de fecha 26 de agosto de 2021 (recientemente) en el cual ha sido enfática en que en toda ocasión en la que se anuncie el ejercicio de reunión y manifestación públicas, el Organismo Ejecutivo, como mínimo debe proceder de acuerdo a las directrices que se mencionan en el mismo, entre las que se resaltan las medidas necesarias para garantizar dicho derecho, pero en el caso de calles y carreteras, debe adicionalmente coordinar e implementar acciones tendientes

a garantizar que los guatemaltecos realicen sus actividades diarias, sin que sean afectados por el ejercicio del derecho de manifestación, ello para que quienes lleven a cabo las manifestaciones lo hagan sin interrumpir el ejercicio de los accesos de los servicios de transporte comercial y de personas.

Asimismo deberá ser preservado el orden público con elementos de las fuerzas de seguridad debidamente uniformados, y el uso de la fuerza pública podrá utilizarse en casos absolutamente necesarios y excepcionales, es decir, cuando la reunión, como tal, deje de ser pacífica o hubiere indicios claros de una amenaza inminente de violencia grave.

Para preservar el orden y la seguridad, dispersar la reunión cuando esta cause grave perturbación como el bloqueo prolongado del tráfico y la perturbación sea grave y mantenida.

En cuanto al uso de armas, estas deben ser las menos letales, y siempre hacer todos los esfuerzos para limitar los riesgos a la seguridad física de las personas. Además, solo podrán utilizarse como último recurso, tras, por lo menos, una advertencia verbal para dar a los participantes en la reunión la oportunidad de dispersarse.

La Corte es muy clara también al indicar que el uso de la fuerza pública debe preverse cuando las circunstancias excepcionales así lo impongan, observando siempre los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, precaución y no discriminación.

En esta última resolución de la Corte, se puede apreciar de forma específica el rol del Tribunal Constitucional ante la amenaza a las libertades de los ciudadanos, en las condiciones que exigen las condiciones actuales modernas en las cuales, es necesario la protección no solo del derecho de unos por sobre el de otros, sino que contiene una ponderación equilibrada de acciones que se pueden tomar de manera excepcional, proporcional, legal y meditada, frente a la colisión de las libertades de unos con las libertades de otros, y no solo frente al poder público.

Concluyo presentando la idea que si bien es cierto, el ejercicio de los derechos inherentes a la persona humana deben ser protegidos en todo momento, como expresión democrática y del estado constitucional de derecho, también lo es, que esa protección no es exclusiva frente

al ejercicio de poder público por parte del Estado y sus instituciones, sino, a veces, también deben ponderarse y protegerse frente al abuso o uso de dichos derechos, cuando ella afecta a otros ciudadanos, estableciéndose una especie de acción horizontal de colisión de derechos, que los órganos constitucionalmente concebidos para su protección están llamados a resolver.

Conclusiones*

*Néster Mauricio Vásquez Pimentel***

Buenas tardes a cada uno de ustedes, hago propio el vocativo al inicio expresado, como miembro titular de la VIII Magistratura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, es un gusto compartirles las deducciones de este evento académico, denominado: **“El rol de los tribunales constitucionales en un sistema republicano”**.

Este evento, generó el espacio de intercambio y discusión de alto nivel, del papel de los Tribunales Constitucionales en un sistema republicano de gobierno, en la esfera de los derechos fundamentales que son el bastión del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Durante el desarrollo de este Congreso, se vislumbra que, en nuestro sistema republicano de gobierno, la Corte de Constitucionalidad es determinante, debido a que, al emitir fallos congruentes, revestidos de imparcialidad y debidamente fundamentados, vela por el estricto cumplimiento de la Constitución Política de la República de Guatemala, así como por resguardar las garantías y derechos fundamentales individuales de la población en general, la independencia judicial y la constitucionalidad de las leyes.

* Conclusiones del Congreso Internacional de Derecho Constitucional “El Rol de los Tribunales Constitucionales en un Sistema Republicano” presentadas por el magistrado Vásquez Pimentel el 23 de septiembre de 2021.

** Magistrado de la Corte de Constitucionalidad. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Maestro en Derecho Penal, egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Docente Universitario en Licenciatura, Maestría y Doctorado. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Vocal IX. Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, período 2018-2019. Presidente de la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia, período 2015-2016. Presidente de la Sala Quinta de la Corte de Apelaciones, Ramo Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del Departamento de Quetzaltenango, período 2009-2014. Abogado litigante (1995-2009). Agente fiscal en la Fiscalía Distrital del Ministerio Público del Departamento de Huehuetenango/ Agente auxiliar del Ministerio Público del Departamento de Cobán, Alta Verapaz (1993-1995).

Es por ello que, después de haber desarrollado los tres ejes relativos a derechos y principios que constituyen el bastión en un sistema republicano de gobierno, a través de las conferencias y paneles de discusión en estos tres días de sesiones, **expongo las siguientes conclusiones:**

Panel 1: El Rol de los Tribunales Constitucionales en la Tutela del Derecho de Propiedad

El **Derecho de propiedad** ha evolucionado constantemente desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, desde la noción clásica y liberal hasta la concepción actual que adopta la Ley Fundamental guatemalteca; pues desde la primera Constitución de 1824 se garantizó que los derechos del hombre en sociedad son la libertad, igualdad, seguridad y propiedad.

Desde los primeros movimientos constitucionalistas se ha garantizado a la propiedad como un derecho inherente a la persona, para lo cual se han desarrollado determinados elementos, entre ellos, que la garantía al derecho de la propiedad facilite al propietario el uso y disfrute de sus bienes, que sirva para el progreso individual de las personas y coadyuve al desarrollo del país.

De esa cuenta, el amparo es la vía idónea para denunciar la violación al derecho de propiedad cuando se invoca la existencia de anomalías en el procedimiento registral, las cuales tienen como consecuencia una afectación directa a los derechos de los justiciables y, dado que el objeto de la justicia constitucional está encaminada a la protección del derecho humano, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado sobre determinadas limitaciones relativas al derecho a la propiedad.

Día 2. Panel 2: La separación de Poderes en un Sistema Republicano

En lo atinente a la **separación de poderes en un Sistema Republicano de Gobierno**, entendemos que la división de poderes es un mecanismo que no se puede separar del sistema republicano; también ha tenido diversas versiones, dependiendo el país de origen, en los presidencialismos y parlamentarismos.

Latinoamérica es un ejemplo en donde se ha demostrado que la tensión entre poderes es latente, pero lo importante es que esa tensión nunca sea disruptiva y violenta el equilibrio del sistema.

Esto quiere decir que, la separación de poderes no implica que no colaboren entre sí, pues cuando los tres poderes del Estado están de acuerdo con una política pública, tiene muchas posibilidades de triunfar; sin embargo, esa colaboración no debe significar intromisión o subordinación, pues la distancia en el poder, es un indicador del apoyo, la resistencia y la posibilidad de éxito y de cambio en una sociedad.

Conferencia: La Independencia Judicial: Estado actual y desafíos a los que se enfrenta como pilar fundamental del Estado de Derecho

En lo concerniente a la **independencia judicial**, esta posee un significado jurídico y político, al no ser exclusivamente, una manifestación del poder público, porque posee relevancia en las decisiones de los otros poderes estatales.

No existe libertad, si el poder judicial no está separado del poder legislativo y el poder ejecutivo, por ello, la independencia judicial forma parte de la construcción de un sistema republicano y democrático, que permite asegurar la libertad de los individuos.

Evitar la intromisión de los poderes legislativo y ejecutivo en su labor de impartir justicia, así como de sujetos externos, permite que ese valor supremo se administre con estricto apego a Derecho, sin ningún tipo de injerencia interna o externa, ya que su función debe ser orientada únicamente por la Constitución y las leyes. En el caso de Guatemala la Asamblea Nacional Constituyente dispuso que la función de defensa del orden constitucional le corresponde a la Corte de Constitucionalidad, como un tribunal constitucional autónomo e independiente de los poderes del Estado, tarea imparcial, independiente y vital en la República.

La independencia judicial es un principio institucional de la democracia y de un Estado Constitucional de Derecho. Opera tanto frente a poderes formales como fácticos, para asegurar que los jueces actúen y resuelvan observando solamente la Constitución y las leyes, pues son los auténticos guardianes del Estado de Derecho.

Es vital el respeto a la independencia judicial, aunque con esta se limite los demás poderes estatales, para que los mismos no interfieran con la función jurisdiccional. Razón por la que, el proceso de selección, la seguridad jurídica en el ejercicio del cargo y las garantías de retiro y jubilación de quien imparte justicia, debe revestirse de garantías que otorguen certeza en el desempeño de la impartición de justicia.

Por último, los tribunales constitucionales deben cumplir su función de control del poder público de forma razonable y sujetándose siempre a los límites establecidos en la misma Constitución y las leyes, ya que deben respetar el ejercicio de las atribuciones que le corresponden a cada uno de los poderes del Estado, no pudiendo sustituirlos o invadir aquellas funciones que les son propias. Asimismo, los jueces constitucionales, como parte de su independencia judicial, deben fallar con estricto apego a Derecho, preservando el sentido social y democrático de su labor, alejándose de los elogios o críticas que pudieran realizarles determinados sectores de la sociedad, por la decisión proferida.

Día 3. Panel 3: Las amenazas a la Libertad en un Sistema Republicano y el rol del Tribunal Constitucional

La libertad de expresión constituye un elemento fundamental de la democracia, que permite a los ciudadanos obtener información y conocer varios puntos de vista acerca de los distintos problemas sociales, económicos y políticos, lo cual, a su vez, hace posible la discusión e intercambio libre de ideas en una sociedad democrática.

Actualmente existen diversas amenazas a la libertad de expresión, una de las cuales es el sectarismo de los mismos grupos sociales, que pretenden que solo se permita la difusión de ideas acordes a sus principios o valores, evitando la libre discusión e intercambio de opiniones; además, otra amenaza es el aumento de publicaciones o transmisión de información sesgada y malintencionada dirigida a afectar a determinados funcionarios públicos o actores sociales relevantes que, supuestamente amparados en la libertad de expresión, pretenden desestabilizar o aumentar la conflictividad sobre distintos problemas que aquejan a la sociedad.

El derecho a la libertad en un régimen republicano es vital para el desarrollo de la sociedad, la finalidad de la justicia constitucional es

proteger los derechos y las libertades de todos, evitando que el ejercicio abusivo de un derecho afecte el goce de los derechos de los demás ciudadanos; en ese sentido, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que en ejercicio de la libertad de acción nadie está obligado a acatar disposiciones que no estén fundadas en ley; en cuanto a la libertad de expresión se ha considerado que es el derecho a estar informado como parte de la vida en una sociedad democrática.

Finalmente, jurisprudencia reciente de la Corte de Constitucionalidad estableció que era legítimo el derecho a manifestar, pero que también era obligación del Estado proteger el derecho de libre locomoción y movilización de los demás ciudadanos, pues no podría tutelarse un derecho dejando de lado los demás derechos que asisten a todos los miembros de la sociedad.

En un sistema republicano y democrático la función de los tribunales constitucionales es vital para mantener un equilibrio del poder; sin embargo, actualmente en varios países latinoamericanos se vive un panorama en que los regímenes presidencialistas están gobernando junto a una mayoría parlamentaria que permite una concentración de poder que no es sana en un régimen republicano y democrático.

Sumando lo anterior a las grandes desigualdades sociales, las emergencias sanitarias y económicas de la pandemia, ocasiona que se agraven los conflictos sociales, políticos y sociales que tradicionalmente han aquejado a las sociedades.

Por eso, cuando los problemas que sufren los ciudadanos llegan a conocimiento de los tribunales constitucionales debe comprenderse que es porque las demás instituciones estatales han fallado en su función de garantizar y proteger los derechos, por lo que es necesario dar respuestas y soluciones integrales a esos grandes conflictos, ya que su finalidad es que los derechos de la Constitución se materialicen y no solamente se encuentren plasmados de manera formal, lo cual no necesariamente implica que se atribuyan o sustituyan las funciones de los poderes estatales, sino que su finalidad es asegurar que estos cumplan sus obligaciones constitucionales.

II. Artículos

Derecho internacional de los derechos humanos, fuente de obligaciones para el sistema normativo guatemalteco

International human rights law, source of obligations for the Guatemalan regulatory system

*Juan Arnulfo Vicente Gudiel**
*Leslie Argentina Véliz Arriaga***

Resumen

A partir de la recepción que el Estado de Guatemala ha hecho a nivel constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha venido generando, en forma paulatina, una transformación muy significativa en las fuentes del sistema normativo guatemalteco.

El presente artículo aborda tal variación, afirmando que, esta metamorfosis resulta de la sumatoria de sistemas jurídicos de protección de derechos humanos (sistema universal y sistema interamericano) a los que pertenece el Estado de Guatemala, los cuales, al ingresar al sistema jurídico nacional forman una nueva estructura de protección a los derechos humanos, tomando, al bloque de constitucionalidad como una herramienta interpretativa idónea para integrar y armonizar la normativa nacional e internacional. Asimismo, se analiza las obligaciones y deberes internacionales que surgen de la recepción constitucional de los tratados y convenios de derechos humanos, así como, la importancia de un efectivo control de convencionalidad para el cumplimiento de las responsabilidades adquiridas soberanamente por el Estado.

Palabras clave: Sistemas Normativos, Derechos Humanos, Bloque de Constitucionalidad, Control de Convencionalidad, Obligaciones internacionales.

* Abogado y Notario por la UMG, Magister Artium en Derecho Constitucional por la UMG, Pensum cerrado en la Maestría en Derecho Procesal Constitucional, Juez de Paz e investigador independiente.

** Abogada y Notaria por la UMG, Magister Artium en Derecho Constitucional por la UMG. Asesora Jurídica de Entidades Financieras, Abogada litigante e Investigadora independiente.

Abstract

From the reception that the State of Guatemala has made at the constitutional level of International Human Rights Law, a very significant transformation has been gradually generated in the sources of the Guatemalan normative system.

This article addresses such variation, stating that this metamorphosis results from the summation of the legal systems for the protection of human rights (universal system and inter-American system) to which the State of Guatemala belongs, which, upon entering the national legal system, form a new structure for the protection of human rights, taking, as, the constitutionality block as an ideal interpretive tool to integrate and harmonize national and international regulations. Likewise, the international obligations and duties that arise from the constitutional reception of human rights treaties and conventions are analyzed, as well as the importance of an effective control of conventionality for the fulfillment of the responsibilities acquired sovereignly by the State.

Keywords: *Regulatory Systems, Human Rights, Constitutionality Block, Conventionality Control, International Obligations.*

SUMARIO

Introducción; 1. Orígenes de la universalidad y la transformación del sistema normativo; 2. La fuente de los deberes estatales en cuanto a los Derechos Humanos; 3. Las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos; 4. El Control de Convencionalidad y su relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales; 5. Conclusiones; 6. Referencias.

Derecho internacional de los derechos humanos, fuente de obligaciones para el sistema normativo guatemalteco

International human rights law, source of obligations for the Guatemalan regulatory system

*Juan Arnulfo Vicente Gudiel
Leslie Argentina Véliz Arriaga*

Introducción

El presente artículo hace un estudio de las relaciones que existen entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. De esa cuenta, el mismo tiene por objeto evidenciar cómo este último ha venido a transformar el sistema normativo guatemalteco a través de la consolidación del bloque de constitucionalidad, mismo que está íntimamente relacionado con el control de convencionalidad, el cual, se constituye en una garantía para la debida aplicación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que incorpora tal figura, así como, en un mecanismo para garantizar la coherencia de las normas y los actos estatales con las obligaciones internacionales adquiridos por el Estado en esta materia.

Conforme lo anterior, el texto trata de ilustrar que ese cambio o transformación ha sido paulatino y que se ha generado por la sumatoria de los sistemas normativos de protección (universal e interamericano) a los que pertenece el Estado de Guatemala.

Para arribar a tal afirmación, este escrito expone y analiza, en forma somera, los orígenes de la universalidad en la protección de los derechos humanos. Asimismo, se citan ciertos factores que posiblemente han influido en dicho cambio y que desencadenaron en la creación pretoriana del bloque de constitucionalidad en Guatemala. Por ejemplo, se

evalúa la apertura que la Constitución hace respecto de los derechos que no reconoce explícitamente, así también, la interpretación evolutiva efectuada por la Corte de Constitucionalidad en cuanto a los tratados internacionales de derechos humanos, lo que desencadenó en la creación del bloque de constitucionalidad. Estos últimos elementos se evalúan desde la jurisprudencia de dicho tribunal constitucional.

Finalmente, se precisa cómo esta transformación ha venido a constituirse en una nueva fuente de obligaciones de índole internacional para el Estado de Guatemala. En ese sentido, se ponen de manifiesto las implicaciones que a nivel nacional supone la consolidación del bloque de constitucionalidad, tal es el caso de los deberes de respeto, garantía, no discriminación y deber de adecuación, así como, de la relevancia que tiene el control de convencionalidad en el cumplimiento de tales obligaciones. Esto último, se analiza desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Orígenes de la universalidad y la transformación del sistema normativo

El carácter universal de los Derechos Humanos parte del reconocimiento convencional que se ha hecho de los mismos a través de diversos tratados o convenciones que se han suscrito en el ámbito internacional.

Esta reafirmación, ha hecho que los Derechos Humanos sean considerados “universalmente válidos del contexto social, político y cultural en el que operan los diferentes regímenes de derechos humanos existentes en diferentes regiones del mundo” (De Sousa Santos Boaventura, 2019, pág. 35)

Cierta narrativa, así como, indiscutibles sucesos históricos han sido precursores para el establecimiento del actual régimen de protección de los Derechos Humanos. Por ejemplo, “el derecho natural de Aristóteles y los filosóficos estoicos, el universalismo cristiano, el derecho natural (y eventos de índole constitucional, como) la Declaración de Independencia de Estados Unidos (1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789, Francia) ...” (De Sousa Santos Boaventura, 2019, pág. 10) son parte del resultado de la actual tutela de los Derechos Humanos.

Sin embargo, eventos como la Segunda Guerra Mundial y el impacto del Holocausto, fue lo que provocó el surgimiento directo de la protección universal de los Derechos Humanos. Inicia así, el proceso de humanización y socialización del derecho internacional, el cual se articula en favor de la dignidad humana y empieza a propiciar las condiciones favorables para considerar a las personas como verdaderos sujetos del derecho internacional y como portadores de derechos que el Estado debe proteger. (Mejía Rivera, 2018, pág. 44)

Este nuevo régimen de protección supranacional de los Derechos Humanos ha venido a transformar, al menos, normativamente, el sistema jurídico de los Estados a nivel mundial. En este sentido, Luis Andrés Fajardo (2013, pág. 240) afirma, que “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos determinó una nueva estructura normativa para los países, lo que supuso una transformación en las fuentes del derecho.”

De hecho, esta transformación o reestructuración surge como consecuencia de los compromisos internacionales que los Estados adquieren cuando ratifican o se adhieren a un tratado o convenio internacional en materia de Derechos Humanos. Por lo tanto, es a partir de este momento que los Estados quedan compelidos a establecer y adecuar un sistema jurídico nacional de promoción y protección a los Derechos Humanos que sea conteste con el del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este punto, es menester resaltar que el cumplimiento efectivo de estas obligaciones internacionales que son adquiridas por parte de los Estados, en forma voluntaria, se satisface a través del ejercicio adecuado del control de convencionalidad. Efectivamente, este mecanismo se ha convertido hoy en día en una “institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos... en el derecho interno de los Estados parte...” (Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 2015, pág. 9)

Por otra parte, es de advertir que la adecuación y conformidad del derecho estatal al Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha provocado (y continúa provocando) tensiones a lo interno de los Estados, quienes en ocasiones se resisten a transformar sus fuentes normativas a la luz de lo que prescriben los derechos humanos en el ámbito convencional.

Afirma, Luis Andrés Fajardo (2013) que la metamorfosis normativa provocada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a lo interno de las fuentes jurídicas de los Estados no se ha producido desde el ámbito legislativo, dado que, el organismo estatal encargado de decretar y reformar las leyes no ha mostrado un esfuerzo por desarrollar el contenido de los Derechos Humanos. Por el contrario, la transformación viene del proceso de constitucionalización de los tratados y convenciones internacionales que se está efectuando en los Estados desde el ámbito jurisprudencial a través de la actividad interpretativa de los jueces constitucionales, quienes, por medio del *bloque de constitucionalidad* les han dado un papel protagónico a los derechos humanos al interior de los Estados.

Por su parte, el Estado de Guatemala no ha sido la excepción al respecto, dado que, la Corte de Constitucionalidad a partir de la sentencia de fecha diecisiete de julio de dos mil doce, dictada dentro del expediente 1822-2011 de inconstitucionalidad general parcial por omisión, empezó a definir el contenido y alcance de dicho *bloque*. En consecuencia, comenzó por indicar que se incorpora (a la Ley Suprema) la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes de la persona, los cuales, aunque no son parte del texto formal de la Constitución responden al concepto de dignidad humana.

En concreto, es por el *bloque de constitucionalidad* que los tratados y convenios en materia de derechos humanos tienen aplicabilidad directa en los Estados y exigibilidad por parte de los ciudadanos para hacer efectivo el goce de los derechos y libertades ahí reconocidos. Sin embargo, este efecto se produce en virtud que tales normas internacionales no solo se ven integradas a la Constitución, con esta misma jerarquía jurídica, sino que a su vez se les dota de carácter procesal, es decir, que también sirven de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. Es por esto, que la Corte de Constitucionalidad establece que “es factible formular planteamiento de inconstitucionalidad que se apoyen en el señalamiento de que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general confronta lo dispuesto en los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad.” (Inconstitucionalidad General de Ley, 2016)

Como consecuencia, se puede aseverar que la variación de las fuentes normativas en el escenario guatemalteco se ha venido dando

poco a poco, siendo diversos los factores que han influido en ello. Por ejemplo, uno de estos es la apertura que la Constitución Política de la República de Guatemala permite en los artículos 44 y 46 respecto de aquellos Derechos y Libertades que no se encuentran reconocidos explícitamente en el texto magno. Por ende, esta apertura fue la que permitió la consolidación constitucional de los sistemas internacionales de protección de los Derechos Humanos a lo interno del Estado guatemalteco, por lo tanto, ahora es deber de los jueces (entre otros funcionarios públicos) buscar la conformidad de las fuentes normativas internas (así como de las políticas públicas) con las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En otras palabras, esta consolidación trajo como resultado el compromiso obligatorio de que se verifique en todo ámbito un efectivo control de convencionalidad. Entendiendo esta como aquella garantía jurídica-procesal (indispensable) para la debida aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual implica la observación de estos elementos en la aplicación de normas substantivas y procesales por los órganos jurisdiccionales nacionales. (Amparo en única instancia, 2019)

Otro factor que ha sido preponderante en la reivindicación de los derechos reconocidos internacionalmente es el rol que ha desempeñado la Corte de Constitucionalidad. En efecto, esta al apartarse de las reglas del formalismo jurídico se ha convertido en un actor fundamental a la hora de interpretar, aplicar e incluso modular las normas relativas a la protección de los Derechos Humanos. (Fajardo Arturo, 2013, pág. 246). Sin embargo, debe tomarse en cuenta que esta forma de interpretación no plantea ni supone una mutabilidad caprichosa del texto fundamental (Cordón Aguilar, 2019, pág. 114), sino que propone amoldar, es decir, evolucionar el texto de la Constitución, conforme a las necesidades y exigencias imperantes en la comunidad. Todo ello, con el objeto de proveer respuesta, desde la Constitución, a los conflictos y problemas de la sociedad en cada momento histórico. (Cordón Aguilar, 2019, pág. 112)

En este sentido, la Corte de Constitucionalidad para dar respuesta a los conflictos y problemas jurídico-constitucionales generados por el tema de los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales, ha tenido que ir variando y/o evolucionando, en forma paulatina, el sentido de la norma o texto constitucional desde la *ratio decidendi* de sus fallos, ello con el fin de hacer efectivo en el ámbito nacional la

vigencia y goce de tales derechos. Esto es evidente, por ejemplo, en la sentencia del expediente 1822-2011, en donde el mencionado Tribunal indicó que:

En anteriores oportunidades, la Corte de Constitucionalidad ha negado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos sean parámetro para ejercer el control de constitucionalidad (expediente 334-95)... Sin embargo, en otros fallos, este mismo tribunal constitucional, como garante de la supremacía constitucional, se ha apoyado en tratados internacionales en materia de derechos humanos... reconociendo su fuerza normativa (expediente 929-2008). De acuerdo con lo resaltado en los párrafos anteriores, para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad... Es por ello por lo que, por vía (de la interpretación) de los artículos 44 y 46, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad...

Según lo analizado, se arguye que es por la interpretación evolutiva que aparece en el escenario constitucional la doctrina del *bloque de constitucionalidad*, con la que se empezó a integrar paulatinamente a la Constitución un conjunto normativo internacional de protección a los derechos humanos, a los que se les dio el mismo rango del texto magno¹. En otras palabras, la interpretación que la Corte de Constitucionalidad hizo con relación a los preceptos 44 y 46 de la Constitución, permitieron evolucionar, transformar e integrar el sistema normativo nacional con todos aquellos derechos y libertades que no figuran formalmente en el contenido o texto de la Constitución Política.

En congruencia con lo expuesto, se afirma que nada obsta para que una interpretación desarrollada por el Tribunal Constitucional en un período de tiempo posterior varíe el sentido que la misma Corte ha dado a la norma con anterioridad, de forma que este ulterior intérprete tome en consideración aquellas condiciones de la realidad no apreciadas o no existentes en el momento anterior. (Cordón Aguilar, 2019, pág. 114)

¹ Entre otras cosas, este conjunto normativo internacional, se integra con: i) *instrumentos generales* como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos; ii) *instrumentos particulares* como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el Derecho Económicos, Sociales y Culturales, etc.; iii) *instrumentos específicos*, que se refieren a problemas puntuales como la discriminación, la tortura, la corrupción, etc. (Gozaini, 2017, pág. 277)

Entonces, el reconocimiento y consolidación del *bloque de constitucionalidad* hizo que el mismo se convirtiera en fuente imperativa en el derecho interno guatemalteco, es por lo que, tanto jueces como demás empleados y funcionarios públicos están obligados a sujetar sus actos a las prescripciones de este. En este mismo contexto, la Corte de Constitucionalidad (Apelación de Sentencia de Amparo, 2015) ha puntualizado que

la sujeción del orden jurídico interno a los preceptos de la Constitución, implica que tanto los órganos del Estado, como los particulares, estén obligados a interpretar (y aplicar) las normas en coherencia con los principios y postulados que emanan de dicha Ley fundamental, así como del resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad.

Asimismo, según Bobbio, citado por Luis Andrés Fajardo, el bloque cumple una cuádruple finalidad, siendo estas:

i) (sirve de) regla de interpretación respecto de las dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas. (2013, pág. 259)

Aunado a lo anterior, de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, puede argüirse que el bloque de constitucionalidad en Guatemala cumple las siguientes funciones: i) es una herramienta (que sirve) de recepción del derecho internacional de los derechos humanos; ii) garantiza la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores adquiridos por el Estado en materia de Derechos Humanos, y iii) sirve de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. (Inconstitucionalidad General de Ley, 2016)

Por otra parte, en cuanto a la integración del bloque de constitucionalidad, se puede decir que en Guatemala el mismo está integrado por las normas de derechos humanos existentes a nivel nacional (Por ejemplo: Constitución Política), por las normas del Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos y por las normas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, a estas normas internacionales, se debe integrar la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual también forma parte del bloque de Constitucionalidad. Este intelecto ha sido sostenido por la

Corte de Constitucionalidad en los expedientes 3340-2013 y 3438-2016, donde ha puntualizado que:

...dada la figura del bloque de constitucionalidad, es de obligada observancia lo preceptuado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, por estar sometidos (el Estado de Guatemala) a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta obligatoria la observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la Convención y su alcance... (Apelación de Sentencia de Amparo, 2014) (Inconstitucionalidad General de Ley, 2016)

Analizado lo previamente relacionado, se afirma que la transformación del sistema normativo nacional se puede observar al tomar en consideración lo que señala Eugenio Bulygin con relación a los sistemas jurídicos (2021). En este sentido, se asevera que la sumatoria de los sistemas internacionales de protección a los que pertenece el Estado de Guatemala han venido a constituir un nuevo orden jurídico de defensa y garantía para los derechos humanos, el que se ampara a través de la figura del bloque de constitucionalidad, lo que supuso un cambio radical en el sistema de fuentes del derecho en Guatemala.

Ahora bien, un sistema de protección, como lo es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se refiere a aquel complejo de mecanismos, procedimientos y normas internacionales que son producto del desarrollo y fortalecimiento de este sistema en la región. (Faúndez Ledesma, 2004, pág. 27). Por su parte, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos señala que el Sistema Interamericano posee dos sentidos, uno orgánico y otro normativo. El primero, conglomerará órganos de protección (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en tanto que el segundo reúne todos aquellos tratados, convenciones, protocolos, etcétera, creados desde el seno de este sistema. (2020, pág. 1)

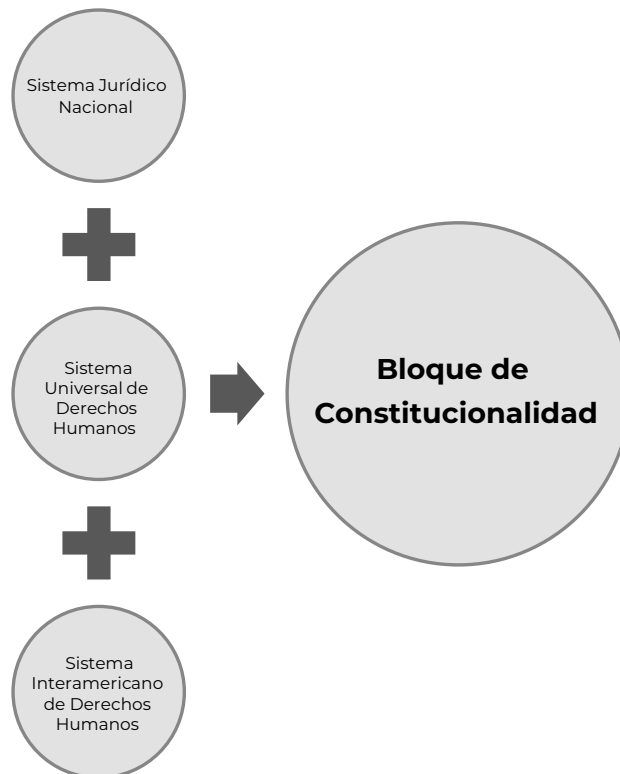
Con relación al Sistema Universal, Renata Bregaglio, dice que “este sistema consiste en un conjunto de mecanismos orientados a proteger los derechos de todas las personas (a nivel universal). (2021, pág. 92)

Conforme lo anterior, se puede argüir que ambos sistemas de protección, como lo son el universal e interamericano, se estructuran con los mismos elementos, siendo estos: el orgánico o institucional, el normativo

y el procedimental, por lo que, es a través de estos componentes que promueven la defensa y garantía de los derechos que se reconocen desde el seno de sus sistemas.

Mencionado lo anterior, se puede afirmar que si se suma el sistema jurídico nacional de protección a los derechos humanos (constituido por la Constitución Política, entre otras leyes internas) más las normas de los sistemas interamericano y universal (de los que el Estado de Guatemala es parte) se está frente a un nuevo sistema armónico de protección a los derechos humanos cuya observancia y aplicación resulta obligatoria en los diversos ámbitos de actuación del Estado (legislativo, administrativo y jurisdiccional). De ahí la preponderancia del bloque de constitucionalidad en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, porque su vigencia brinda una mejor garantía de respeto a los Derechos Humanos.

Gráfico 1
Origen del bloque de constitucionalidad



Fuente: De los autores

Como ya se indicó, “todo órgano del Estado está en (el deber) de interpretar las normas jurídicas en coherencia con los principios y postulados que emanan (no solo) de la Ley Fundamental (sino) del resto de normas (internacionales) que conforman el bloque de constitucionalidad”. (Inconstitucionalidad General, 2018). En otras palabras, una vez incorporado el instrumento internacional en materia de derechos humanos al bloque de constitucionalidad, su observancia y aplicación deviene en obligatoria e inmediata para el aparato estatal, siendo el ejercicio del control de convencionalidad *ex officio* el mecanismo pertinente para dicho cometido. Sin embargo, a esto debe apuntarse que, si el Estado de Guatemala falta al cumplimiento de los deberes que emanan de las normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y a consecuencia de tal inobservancia resulta la violación de los derechos que estos reconocen, entonces, los sistemas internacionales de protección devienen en complementarios y/o subsidiarios. En efecto, tanto el sistema universal como el interamericano “ofrecen una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados.” (Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 2015, pág. 39). En otras palabras, el carácter subsidiario conlleva que los sistemas internacionales actúen como última ratio cuando el sistema nacional de protección ha fallado en brindar la tutela y salvaguarda debida a los derechos de las personas. (Steiner & Uribe, 2014, pág. 7)

2. La fuente de los deberes estatales en cuanto a los Derechos Humanos

La incorporación soberana y voluntaria de los Estados a los Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos, ha venido a generar implicaciones importantes a nivel nacional. En efecto, tales implicaciones surgen de los mismos tratados y convenios internacionales, los cuales se traducen en fuentes originarias de las obligaciones en materia de derechos humanos que los Estados deben de cumplir de buena fe.

Estas obligaciones se encuentran claramente delineadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y son: deber de respeto, deber de garantía, deber de no discriminación y deber de adecuación.

Asimismo, es menester apuntar que estas obligaciones buscan asegurar la vigencia de las normas internacionales en el ámbito interno o estatal. Es decir, lo que se pretende es que el Estado actúe cotidianamente conforme a tales deberes a fin de efectivizar los derechos humanos que se han reconocido mediante aquellos documentos convencionales que se han ratificado.

Para el caso guatemalteco, el origen de estas obligaciones internacionales se encuentra en los diversos sistemas a los que pertenece.

Con relación al Sistema Universal, las obligaciones se derivan de los siguientes tratados de Derechos Humanos:

1. Declaración Universal de Derechos Humanos.²
2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificada mediante decreto número 69-87 de fecha 30 de septiembre de 1987.
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificada mediante decreto número 9-92 de fecha 30 de septiembre de 1987.
 - 3.1 *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificada mediante decreto número 69-87 de fecha 30 de septiembre de 1987.*
4. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, ratificada mediante decreto número 105-82 de fecha 30 de noviembre de 1982.
5. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada mediante decreto número 49-82 de fecha 29 de junio de 1982.

2 Según el Derecho Internacional Clásico solo los tratados o pactos adquieren fuerza obligatoria, a diferencia de las declaraciones (como la presente) las cuales solo forman parte de una aspiración de deseos, sin consecuencia de obligatoriedad jurídica. Sin embargo, en materia de Derechos Humanos esta situación ya está superada. En efecto, hoy en día esta Declaración Universal tiene fuerza jurídica obligatoria desde que así lo dispuso en 1968 la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán. Entonces, aunque la misma no posee un decreto de ratificación, ello no es óbice para considerarla como un instrumento generador de obligaciones internacionales.

- 5.1 *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, ratificada mediante decreto número 59-2001 de fecha 22 de noviembre de 2001.*
6. Declaración de los Derechos del Niño.
7. Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada mediante decreto número 27-90 de fecha 10 de mayo de 1990.
- 7.1 *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, ratificada mediante decreto número 76-2001 de fecha 11 de diciembre de 2001.*
- 7.2 *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados, ratificada mediante decreto número 01-2002 de fecha 23 de enero de 2002.*
8. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificada mediante decreto número 52-89 de fecha 12 de octubre de 1989.
- 8.1 *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificada mediante decreto número 53-2007 de fecha 7 de noviembre de 2007.*
9. Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, ratificada mediante decreto número 5-2003 de fecha 6 de febrero de 2003.
10. Convención sobre los Derechos de todas las Personas con Discapacidad, ratificada mediante decreto número 59-2008 de fecha 30 de septiembre de 2008.
11. Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificada mediante decreto número 9-96 de fecha 5 de marzo de 1996.

Con relación al Sistema Interamericano, las obligaciones se derivan de los siguientes tratados de Derechos Humanos:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” ratificada mediante decreto número 6-78 de fecha 30 de marzo de 1978.
 - 2.1 *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, ratificada mediante decreto número 127-96 de fecha 27 de noviembre de 1996.*
3. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ratificada mediante decreto número 64-86 de fecha 11 de noviembre de 1986.
4. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, ratificada mediante decreto número 69-94 de fecha 15 de diciembre de 1994.
5. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ratificada mediante decreto número 18-96 de fecha 28 de marzo de 1996.
6. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada mediante decreto número 26-2001 de fecha 30 de mayo de 2002.

Los anteriores Tratados, Convenios, Pactos y Protocolos (de ambos sistemas jurídicos internacionales) se constituyen en la agenda básica que el Estado de Guatemala debe cumplir, de buena fe, frente a los Derechos Humanos. En consecuencia, es en este punto, en donde cobran especial importancia las obligaciones que emanan del ámbito convencional.

³ Según el Derecho Internacional Clásico solo los tratados o pactos adquieren fuerza obligatoria, a diferencia de las declaraciones (como la presente) las cuales solo forman parte de una aspiración de deseos, sin consecuencia de obligatoriedad jurídica. Sin embargo, en materia de Derechos Humanos esta situación ya se ha superado. En efecto, hoy en día esta Declaración es un instrumento de cumplimiento obligatorio para los miembros de la Organización de los Estados Americanos. Así ha sido resuelto en Resolución 3/87 del caso 9647 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3. Las obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos

Es muy importante tener en cuenta que, el cumplimiento efectivo de los derechos humanos reconocidos a través de los tratados y convenios internacionales debe partir con tratar de entender y conocer cuáles son las obligaciones que los Estados tienen frente a estos. De esa cuenta, en la medida que el Estado actúe en función de respetar, garantizar y no discriminar tales derechos estará cumpliendo con los compromisos que tiene frente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como bien es sabido, los tratados y convenios internacionales previo a desarrollar los derechos humanos reconocidos, establecen, en un primer punto, los deberes a los que se sujetan los Estados que lo ratifican. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, decreto 6-78 del Congreso de la República de Guatemala, que en el artículo 1 establece las obligaciones generales de respeto, garantía y no discriminación y en el artículo 2 establece el deber de adecuación de las disposiciones legislativas o de cualquier otro carácter conforme a lo que prescribe dicha Convención. Luego, del artículo 3 al 26 desarrolla los derechos que se ven protegidos⁴.

Por otra parte, es de mencionar que, los deberes u obligaciones se encuentran íntimamente relacionados con los derechos humanos que se reconocen en el tratado o convenio. Es por lo que, cada vez que se ve vulnerado un derecho reconocido convencionalmente, se estará siempre frente al incumplimiento de uno de los deberes internacionales que le competen al Estado Parte. En efecto, cada vez que se ventila un caso ante la jurisdicción del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el órgano jurisdiccional de dicho sistema vinculará la violación del derecho o los derechos con el incumplimiento de los deberes internacionales adquiridos en forma soberana por el Estado. A forma de ejemplo, se cita uno de los párrafos de la sentencia dictada en el caso *Chinchilla Sandoval versus Guatemala*, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que

4 Estos derechos son: Reconocimiento de la personalidad jurídica, Vida, Integridad personal, Prohibición de la esclavitud y la servidumbre, Libertad personal, Legalidad y retroactividad, Indemnización, Honra y dignidad, Libertad de conciencia y de religión, Libertad de pensamiento y de expresión, Rectificación o respuesta, Reunión, Asociación, Familia, Nombre, Niñez, Nacionalidad, Propiedad privada, Circulación y residencia, Derechos políticos, Igualdad ante la ley, Protección judicial, Desarrollo progresivo.

225. Por las razones anteriores, la Corte declara que el Estado (de Guatemala) es responsable por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales de garantizar los derechos a la integridad personal y a la vida, reconocidos en los artículos 5.1 y 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de la señora María Inés Chinchilla Sandoval... (2016)

Por lo anterior, resulta indispensable abordar los deberes y obligaciones generales a efecto de comprender y entender en qué consisten cada uno de ellos.

1. La obligación de respeto conlleva que el Estado se abstenga de interferir en el ejercicio de los derechos reconocidos en los tratados y convenios. Es decir, consiste en que el Estado cumpla con lo que la norma convencional establece, en el sentido de abstenerse de actuar para no perjudicar los derechos y libertades. Por ejemplo: no debe ejecutar arbitrariamente (respeto del derecho a la vida), no debe torturar (respeto del derecho a la integridad personal), no debe contaminar el agua (respeto del derecho a un medioambiente sano y a la salud), no debe establecer cuotas obligatorias en el sistema educativo que impiden a los niños recibir educación primaria gratuita (respeto del derecho a la educación). (Mejía Rivera, 2018, pág. 83)
2. La obligación de garantizar conlleva que el Estado (ya no se abstenga) sino que actúe en función de efectivizar el pleno ejercicio de los derechos humanos. Es decir, este deber prescribe que el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos. Mejía Rivera, entre otras cosas, dice que, la obligación de garantizar tiene una naturaleza positiva e implica el deber estatal de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público lo cual incluye la adopción de las medidas legislativas o de otro carácter que se señalan en el artículo 2. (2018, pág. 84). También, hay que agregar que los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobada mediante resolución 60/147 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005, en el artículo II señala que los alcances de la

obligación de garantizar, incluye, entre otros, los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación a los derechos humanos ocasionada por el Estado o por los particulares.

- 2.1 Con relación al deber de prevención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Defensor de Derechos Humanos y otros versus Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C-283, señaló en el párrafo 139 que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. (2014)
- 2.2 En cuanto, a la obligación de investigar, el Tribunal Interamericano, en el Caso de la Masacre de Pueblo Bello versus Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, señaló en el párrafo 143 que la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales. (2006)
- 2.3 Con respecto al deber de sancionar, la Corte Interamericana, en el Caso Bámaca versus Guatemala. (Fondo) Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, señaló en el párrafo 211 que esta obligación implica el enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por

la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares. (2000)

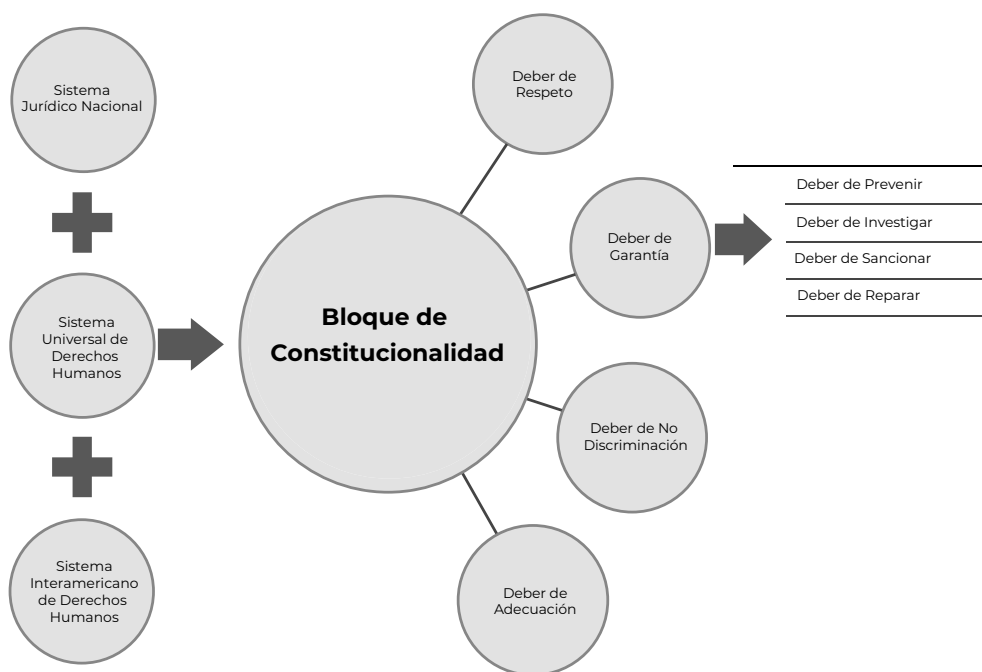
2.4 Finalmente, Ferrer Mac-Gregor y Pelayo Möller señalan que, con relación al deber de reparar la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que este es un principio de derecho internacional, ya que toda violación a una obligación convencional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. Así, ha sostenido que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*); lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior, la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. (2019, pág. 48)

3. El deber de no discriminación permaneció dormido durante varios años en el Pacto de San José (Ferrer Mac-Gregor & Pelayo Möller, 2019, pág. 51) En efecto, a partir del caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) versus Venezuela (2008) se empezó a distinguir y dejar en claro la función de las cláusulas de igualdad consagradas en los artículos 1.1. y 24 del Pacto de San José. En dicha sentencia, se consideró que, la diferencia entre [ambos] artículos radica en que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, mientras que el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, violaría el artículo 1.1. y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, violaría el artículo 24. (2019, pág. *Ibidem.*) De lo descrito puede decirse que la no discriminación posee un doble entendimiento. En efecto, en el artículo 1.1 la no discriminación es aquel principio a partir del cual todos los derechos que protege la Convención Americana sobre Derechos Humanos se deben de reconocer por igual a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. Empero, con relación al artículo 24, la no discriminación, se

refiere al derecho que todas las personas tienen a ser tratados o tratadas por igual. Sin embargo, este trato igualitario debe de tomar en cuenta los aspectos diferenciadores que existen entre los miembros de la sociedad. De ahí que hoy en día se hable del enfoque diferenciado en materia de derechos humanos.

4. Finalmente, el deber de adecuación no es más que el ejercicio práctico del control de convencionalidad. Esta obligación, contenida en el artículo 2 del Pacto de San José, decreto 6-78 del Congreso de la República, conlleva una doble actuación. En primer lugar, exige al Estado la obligación de emitir normas legislativas, reglamentarias, entre otras, que sean contestes o conformes con las de dicha Convención. En segundo lugar, exige al Estado que suprima (es decir, derogue y/o abrogue) todas aquellas normas legislativas, reglamentarias, entre otras, que contrasten o disientan con las disposiciones del Pacto de San José. En concreto, el deber de adecuación busca que esa nueva emisión normativa o bien la supresión de la ya existente, armonice la normativa nacional con la internacional, por lo que, en la medida que ello se cumpla, los derechos protegidos por la Convención serán efectivos.

Gráfico 2
Origen de los deberes internacionales



Fuente: De los autores

4. El control de convencionalidad y su relación con el cumplimiento de las obligaciones internacionales

El control de convencionalidad es un mecanismo desarrollado en el seno del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que en los últimos años ha venido a constituirse en un elemento o herramienta indispensable para que los Estados puedan cumplir fielmente con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

En efecto, el control de convencionalidad permite materializar a lo interno de los Estados las obligaciones y/o deberes que se originan a partir de la ratificación y/o adhesión de un tratado o convenio internacional. En ese sentido, dicho control puede contribuir en mucho a asegurar que [la Convención Americana y otros convenios] generen sus efectos propios (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados. (Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 2015, pág. 49). En coherencia con esto, la Corte de Constitucionalidad ha señalado que el control de convencionalidad es:

Aquella garantía jurídica-procesal (indispensable) para la debida aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual implica la observación de estos elementos en la aplicación de normas sustantivas y procesales por los órganos jurisdiccionales nacionales..." (Amparo en única instancia, 2019)

Lo anterior evidencia la importancia que el control de convencionalidad representa en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, por esto, la Corte ha sido reiterativa en sus sentencias sobre el deber de efectuar tal control para que no se conculquen derechos humanos.

Bajo este entendido y en congruencia de lo que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Cabrera Montiel vs. México, 2013) la Corte de Constitucionalidad ha puntualizado que "al control de convencionalidad, todos los tribunales están supeditados para la búsqueda de una tutela judicial efectiva." (Amparo en única instancia, 2019). Y que su ejercicio "se debe realizar *ex officio* por todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes." (Amparo en única instancia, 2018)

Como consecuencia, cuando la Corte de Constitucionalidad en el ejercicio de su función jurisdiccional ha comprobado que se ha

inobservado e irrespetado el bloque de constitucionalidad y los principios en materia de derechos humanos que de este emanan, ha obligado a que se verifique el ejercicio del control de convencionalidad. Esto en virtud que ningún juez ni magistrado se encuentran exentos de su ejercicio. Así, por ejemplo, en la parte resolutive de la sentencia dictada dentro del expediente 2779-2016, expresó:

Para el cumplimiento de los efectos positivos de esta decisión, la autoridad objetada deberá: a) ... b) realizar el análisis correspondiente, interpretando las normas jurídicas ordinarias pertinentes, conforme al control de convencionalidad, los principios rectores en materia de derechos humanos y la tutela a los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad... (Amparo en única instancia, 2019)

Es decir, que el control de convencionalidad implica que los jueces nacionales deben necesariamente realizar una ‘interpretación convencional’ que consiste “en determinar si la normativa interna aplicable específicamente al caso objeto de estudio es compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...” (Amparo en única instancia, 2019)

Por otra parte, también es menester señalar que los retos y desafíos que se han originado con el ejercicio del control de convencionalidad son complejos, dado que, en (muchas) ocasiones su correcta aplicación a lo interno de los Estados ha generado tensiones. Por ejemplo, el discurso sobre la violación de la soberanía estatal, por la aplicación efectiva de tratados de derechos humanos, es algo que está presente en el escenario guatemalteco. A manera de guisa, en forma reciente, se interpretó la facultad legislativa contenida en el artículo 171 inciso g) constitucional, en la cual la Corte de Constitucionalidad estableció que dicha prerrogativa debía ejercerse, entre otras cosas, con “...ii) los cánones regionales y universales establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en normas imperativas de ius cogens, sobre la materia –control de convencionalidad– iii) (observando) las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado de Guatemala a través de la adopción de tratados o convenciones” (Amparo en única instancia, 2021).

Como se denota, hoy en día, la aplicación de los derechos humanos reconocidos internacionalmente está permeando todo el aparato estatal

a través de la figura del bloque de constitucionalidad, por lo que en aras de efectivizar tales derechos deberá armonizarse las funciones públicas con los deberes adquiridos a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conforme lo anterior, se puede afirmar que el control de convencionalidad es la herramienta y/o mecanismo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el cumplimiento *ex officio* de los deberes de respeto, garantía, no discriminación y deber de adecuación a los que está compelido, entre otros, el Estado de Guatemala.

5. Conclusiones

Finalmente, se afirma que la adhesión del Estado de Guatemala a los sistemas normativos de protección (universal e interamericano) de derechos humanos ha transformado la estructura normativa interna del país. Asimismo, que la confluencia o reunión de dichos sistemas en un único y armónico sistema de protección ha venido a nutrir, completar y actualizar el contenido de los Derechos Humanos a lo interno del Estado a través de la figura del bloque de constitucionalidad. Como consecuencia, esta situación ha implicado el surgimiento de nuevas obligaciones estatales para Guatemala, como lo son: el deber de respeto, deber de garantía, deber de no discriminación y deber de adecuación, los cuales deben de ser observados en todas las funciones públicas (legislativa, administrativa y judicial) a fin de cumplir con los compromisos adquiridos a través del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el cumplimiento de estas obligaciones, encuentra estrecha vinculación la función del control de convencionalidad, la cual es una herramienta o garantía (que junto a los mecanismos de justicia constitucional) puede coadyuvar a efectivizar los derechos humanos reconocidos convencionalmente. Por esta situación, su ejercicio se debe verificar por todo el aparato estatal con carácter *ex officio* y conforme a las competencias que a cada uno les han sido asignadas. Es de esta forma como el Estado guatemalteco dará un cumplimiento de buena fe a las obligaciones convencionales que ha asumido por haber ratificado los instrumentos normativos del sistema universal y del sistema interamericano de derechos humanos.

6. Referencias

Amparo en única instancia, 5181-2017 (Corte de Constitucionalidad 7 de Marzo de 2018).

Amparo en única instancia, 2779-2016 (Corte de Constitucionalidad 12 de Junio de 2019).

Amparo en única instancia, Expedientes acumulados 682-2019 y 1214-2019 (Corte de Constitucionalidad 9 de Febrero de 2021).

Apelación de Sentencia de Amparo, 3340-2013 (Corte de Constitucionalidad 18 de Diciembre de 2014).

Apelación de Sentencia de Amparo, 3137-2015 (Corte de Constitucionalidad 23 de Diciembre de 2015).

Bregaglio, R. (17 de Septiembre de 2021). Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos. Obtenido de https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos_humanos/BREGAGLIO_R._2008._SISTEMA_DE_PROTECCION_DE_LOS_DDHH.pdf

Bulygin, E. (15 de julio de 2021). Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. Obtenido de <https://doxa.ua.es/article/view/1991-n9-algunas-consideraciones-sobre-los-sistemas-juridicos>

Caso Bámaca vs. Guatemala, SerieC_70 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2000).

Caso Cabrera Montiel vs. México, Supervisión de cumplimiento de sentencia Serie_C 220 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Agosto de 2013).

Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, SerieC_312 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Febrero de 2016).

Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, SerieC_140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 31 de Enero de 2006).

Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala, SerieC_283 (Corte Interamericana de Derchos Humanos 28 de Agosto de 2014).

- Cordón Aguilar, J. C. (2019). Sobre la interpretación constitucional: entre el originalismo y el evolucionismo. *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala* #69, 107-119.
- De Sousa Santos Boaventura, S. M. (2019). *El Pluriverso de los Derechos Humanos, la diversidad de las luchas por la dignidad*. Mexico: Edicionesadal, S. A.
- Fajardo Arturo, L. A. (2013). El Derecho Internacional de los Derechos Humanos como fuente principal del Derecho Colombiano. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 239-272.
- Faúndez Ledesma, H. (2004). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Costa Rica.
- Ferrajoli, L. (2013). *Democracia y Garantismo*. Trotta, S. A.
- Ferrer Mac-Gregor, E., & Pelayo Möller, C. M. (2019). *Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Segunda Edición*, 19-105.
- Gozaíni, O. A. (2017). *Control Constitucional y de Convencionalidad*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.
- Inconstitucionalidad General, 4942-2016 (Corte de Constitucionalidad 13 de Marzo de 2018).
- Inconstitucionalidad General de Ley, 3438-2016 (Corte de Constitucionalidad 8 de Noviembre de 2016).
- Inconstitucionalidad General Parcial por Omisión, 1822-2011 (Corte de Constitucionalidad 17 de Julio de 2012).
- Instituto Interamericano de los Derechos Humanos. (2015). *Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia*. San José, C.R.
- Intituto Interamericano de Derechos Humanos. (2020). *El Derecho Interamericano de los Derechos Humanos. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (págs. 1-14). San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Mejía Rivera, J. (2018). Diez cuestiones actuales sobre Derechos Humanos. Querétaro, México: Instituto de Estudios Constitucionales.

Steiner, C., & Uribe, P. (2014). Introducción General. Comentario a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Primera Edición, 1-17.

Límites al poder constituyente: los artículos pétreos de la Constitución de la República de Guatemala y el rol de la soberanía popular

*Limits to the constituent power: the rigid clauses of
the Constitution of the Republic of Guatemala
and the role of popular sovereignty*

*Herbert Rocaél Girón Lemus**

Resumen:

La soberanía es el poder supremo dentro de todo Estado y, conforme al principio democrático, en el Estado moderno se ha ubicado dicho poder en el pueblo como su detentador. Es un poder supremo que determina su propio orden jurídico y político que lo rige. A pesar de ello, existen constituciones que contienen cláusulas pétreas, entendidas estas como prohibiciones impuestas por el poder constituyente para reformar ciertas disposiciones constitucionales, aspecto que parece contradictorio con la supremacía del soberano y el principio democrático del Estado. Es oportuno por ello cuestionar la legitimidad de las cláusulas pétreas constitucionales, corroborar si la Constitución de la República de Guatemala las contiene y finalmente, analizar el rol que la soberanía popular tiene respecto a tales disposiciones.

Palabras clave: artículos pétreos; reforma constitucional; poder constituyente.

* Abogado y Notario por la Universidad Francisco Marroquín; Maestro en Derecho Tributario y candidato al Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de San Carlos de Guatemala; Abogado Defensor en el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala; abogado litigante y catedrático universitario.

Abstract:

Sovereignty is the supreme power within every state and, according to the democratic principle, in the modern state this power corresponds to the sovereign people as its holder. It is a supreme power that determines its own legal and political order that governs it. Despite this, there are constitutions that contain stony clauses, understood as prohibitions imposed by the constituent power to reform certain constitutional provisions, an aspect that seems contradictory to the supremacy of the sovereign and the democratic principle of the state. It is therefore appropriate to question the legitimacy of the constitutional stony clauses, to corroborate whether the Constitution of the Republic of Guatemala contains them and finally, to analyze the role that popular sovereignty has with respect to such provisions.

Keywords: *rigid clauses; constitutional reform; constituent power.*

SUMARIO

Introducción; 1. El poder constituyente y su naturaleza; 2. La soberanía popular, el poder constituyente y la Constitución; 3. Poder constituyente y reforma constitucional; 4. Las constituciones rígidas y pétreas; 5. El rol del soberano ante los artículos pétreos; 6. Conclusión; 7. Bibliografía.

Límites al poder constituyente: los artículos pétreos de la Constitución de la República de Guatemala y el rol de la soberanía popular

Limits to the constituent power: the rigid clauses of the Constitution of the Republic of Guatemala and the role of popular sovereignty

Herbert Rocael Girón Lemus

Introducción

El poder constituyente consiste en la facultad suprema que ejerce la comunidad social al momento de organizar jurídica y políticamente un Estado a través de la emisión de una constitución, en cuyo caso se conoce como poder constituyente originario; o bien, de mantener actualizado dicho texto constitucional conforme al contexto histórico y cultural para preservar su legitimidad, situación en la que se conoce como poder constituyente derivado. No obstante, en ambas situaciones este poder es una manifestación del conglomerado humano que detenta el poder soberano y que una vez constituido el Estado se conoce como soberanía popular, en aplicación del principio democrático.

La soberanía es el poder supremo dentro del Estado, ejercido por el pueblo, mismo que tiene la facultad de autodeterminar su orden político y jurídico a través de la constitución o su reforma. Ello toda vez que el poder constituyente, es una manifestación del poder soberano. Sin embargo, existen constituciones que aparentemente contienen cláusulas pétreas, las cuales son disposiciones que prohíben la reforma de la constitución en cuanto a ciertos contenidos. De esta forma aparece una aparente contradicción entre el carácter supremo y absoluto que

implica el ejercicio de la soberanía y el carácter supremo del poder constituyente originario.

Con la presente investigación se pretende abordar dicha aparente contradicción y dar respuesta a dos cuestionamientos. El primero, determinar la posibilidad que el poder constituyente ordinario limite al soberano a través de la inclusión de cláusulas pétreas. El segundo, respecto a si la Constitución de la República de Guatemala contiene cláusulas pétreas. Ambos problemas serán analizados desde el rol que ejerce el soberano en el Estado, desde la perspectiva del principio democrático.

Este trabajo parte de la siguiente hipótesis: la Constitución Política de Guatemala no contiene cláusulas pétreas, pero sí un mecanismo de doble revisión que refuerza su rigidez. Sin embargo, este mecanismo de doble revisión no vulnera el principio democrático, toda vez que el soberano en ejercicio de su autodeterminación y sin que ello implique un rompimiento del orden constitucional, tiene la facultad de actualizar los preceptos constitucionales conforme a los principios políticos y jurídicos que mejor se ajusten a sus intereses.

El presente trabajo consta de cinco partes interrelacionadas que contribuyen a la comprobación de la hipótesis. La primera parte pretende explicar la naturaleza del poder constituyente, tanto en su faceta originaria como derivada. En la segunda parte se analizará la naturaleza de la soberanía popular y la relación que existe entre ella, el poder constituyente y la Constitución. Seguidamente en la tercera parte se abordará lo relativo a la reforma constitucional desde la perspectiva del poder que el soberano ejerce en la misma.

Las siguientes dos partes serán las que abordarán el meollo de la investigación, tomando como base el contexto teórico dado por las primeras tres partes. Así, en la cuarta parte se tratará la tipología constitucional enfocada en las constituciones rígidas y las pétreas. Para ello se analizará la naturaleza de las cláusulas pétreas. Por último, se hará énfasis en las disposiciones constitucionales que contienen mecanismos de doble revisión y se contrastarán con las cláusulas pétreas. Ello será útil para determinar el rol que el pueblo soberano tiene ante los aparentes artículos pétreos, conforme al principio democrático y la función legitimadora del poder constituyente.

1. El poder constituyente y su naturaleza

Para comprender el poder constituyente y su naturaleza, es oportuno hacer relación con la naturaleza social del ser humano como ser político que se interrelaciona con sus pares para la consecución de sus fines.¹ Desde los contractualistas como Locke se ha destacado que el ser humano, pese a vivir en un estado de libertad, voluntariamente ha cedido parte de dicha autonomía para reunirse en sociedad con sus semejantes en búsqueda de la protección de su propiedad en un sentido amplio.²

De esta manera, en palabras de Rousseau, el individuo pierde su libertad natural en aras de alcanzar en su asociación una nueva libertad de carácter civil que le permite proteger de forma más efectiva sus derechos naturales.³ Esta nueva entidad adquiere existencia propia, así como una voluntad propia que deviene de la conjugación de las múltiples voluntades de sus integrantes.⁴ Modernamente, a esta entidad se le ha denominado Estado y como soberanía popular a la máxima expresión de poder que emana de dicha voluntad general y unitaria.

Sin embargo, este acto constitutivo de la sociedad civil en una organización política con existencia propia requiere, además de un consenso, de un poder integrador de diversos elementos. Es así como surge la relevancia de hablar del poder constituyente, entendido como el que se ejerce por la comunidad de hombres para conformar y organizar un Estado. Por tanto, sus detentadores son los seres humanos que se agrupan en una sociedad políticamente organizada, siendo necesario ahondar en la naturaleza de este.

No obstante, es pertinente comprender antes al poder constituyente conforme a una estructura de pensamiento fijada en conceptos. El poder constituyente puede entenderse como una atribución que le es inherente a la comunidad organizada, en ejercicio de la soberanía popular, para organizarse de forma jurídica y política a través de una constitución y dar nacimiento con ello a un nuevo Estado.⁵ Surge así la

1 Aristóteles, *La Política* (España: Ediciones Istmo, 2005), 45.

2 John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (España: Alianza Editorial, 2000), 28.

3 Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984), 19.

4 Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (México: Fondo de Cultura Económica, 2017), 101.

5 Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas* (Colombia: Editorial Temis, 2003), 346.

estrecha conexión entre poder constituyente y soberanía, ya que este poder es ejercido por la comunidad organizada como una expresión de su voluntad política dirigida a organizar al Estado y definir sus características.⁶

El poder constituyente por tanto es un poder organizativo e integrador. Lo primero porque es ejercido por una comunidad para dar forma jurídica y política a una nueva entidad conocida como Estado. Lo segundo, en cuanto a que funge como una fuerza jurídica y política que cohesiona elementos divergentes, pero necesarios para hablar de un Estado, siendo estos la colectividad de seres humanos, un territorio, el poder político; todo lo cual permite dotar de autonomía y existencia propia al Estado como un sujeto de derecho y obligaciones ante la comunidad internacional.⁷

El poder constituyente puede entenderse como la fuerza cohesiva de los elementos del Estado, ejercido por los integrantes de la nueva comunidad política y que proviene de la misma, a través de un medio concreto, para establecer las reglas de organización del mismo Estado.⁸ Este medio concreto es la constitución, medio a través del cual se canaliza el poder constituyente, con el fin de organizar conforme a principios jurídicos y políticos al Estado. Por tanto, la esencia del poder constituyente es su naturaleza integradora y organizativa, aspecto en el que han coincidido la mayor parte de los teóricos.

Ahora bien, hasta el momento se ha hecho referencia especialmente al poder constituyente de índole originaria por su relevancia para la conformación del Estado. Sin embargo, el poder constituyente también puede ser ejercido, no solamente por una comunidad sociológica y política sino también por el pueblo soberano de un Estado ya conformado. En este caso el poder no se ejerce para organizar e integrar, sino más bien para modificar o alterar bajo parámetros legítimos y válidos esta estructura jurídica y política conocida como Estado. Se habla por lo tanto de un poder constituyente originario, así como de un poder constituyente derivado.

6 René Arturo Villegas Lara, *Teoría de la Constitución* (Guatemala: Ediciones y Servicios Gráficos El Rosario, 2017), 69.

7 Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, Conferencia Internacional Americana, Uruguay, 1933, artículo 1.

8 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 238.

El poder constituyente originario es el primigenio que funge como acto fundacional de un Estado y por tanto tiene una naturaleza extra-jurídica e ilimitada, toda vez que no tiene una norma jurídica que le antecede como base. Este poder constituyente es el que precisamente se encarga de dar nacimiento al Estado e integra sus elementos. Sin embargo, también se ha reconocido que el poder constituyente originario también puede darse en aquellas situaciones donde se da la refundación del Estado. Ello entendido como el acto por el cual se modifica la estructura jurídica y política del Estado a tal punto que conlleva al nacimiento de un nuevo régimen y por tanto este poder refundador funge sin límites previos.⁹

Por tal motivo existen divergencias en cuanto a si el poder constituyente nace en un único momento y se extingue en el acto fundacional o si, por el contrario, permanece latente y puede resurgir en caso de la refundación del Estado en cuanto a sus principios jurídicos y estructura política. Ante la falta de consenso, es oportuno enfocarse en las características de este poder constituyente originario, para poder diferenciarlo del poder constituyente derivado.

En cuanto al poder constituyente derivado, el mismo se limita a la revisión y modificación de la constitución que, según lo señalado previamente, es el medio a través del cual se ejerce el poder constituyente originario para organizar jurídica y políticamente al Estado.¹⁰ Por su naturaleza, este poder se encuentra limitado por el poder constituyente originario tanto en cuanto a su función como a su naturaleza, ya que los alcances del mismo son dados por la misma constitución y su naturaleza no es constitutiva sino más bien actualizadora.

En todo caso, debe resaltarse la función legitimadora que funge el poder constituyente en sus dos vertientes. El principio democrático se ha considerado como el principio político inmanente a las constituciones modernas y que caracterizan al constitucionalismo. Es en el ejercicio del poder constituyente, sea originario o derivado puesto que en ambos casos es ejercido por el pueblo soberano, como se pone en práctica dicho principio.¹¹

9 Ibidem, p.359

10 Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vásquez Martínez, *Constitución y orden democrático* (Guatemala: Editorial Universitaria, 1984), 153.

11 Rubén Martínez Dalmau, «El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo», *Revista General de Derecho Público Comparado*, No.11 (2012), 8.

La función legitimadora es relevante en cuanto a la organización del Estado a través de una constitución y las posteriores modificaciones que esta pueda sufrir. Dentro de las concepciones sobre la constitución a las que hacía referencia García-Pelayo, se encuentra la normativa y la sociológica, siendo esta última la que hace énfasis en la legitimidad.¹² La concepción sociológica implica la legitimidad y por ende efectividad que tiene la constitución en el contexto social. Sin esta característica, la constitución no será efectiva en cuanto a su cumplimiento y por tanto no podrá sobrevivir por mucho tiempo.

Por ende, el principio democrático que se pone de manifiesto en el ejercicio del poder constituyente es esencial para legitimar tanto la constitución fundante del Estado, como para llevar a cabo las reformas que adecuarán la constitución al contexto social que por naturaleza es cambiante con el transcurso del tiempo. De ello se infiere que una de las características del poder constituyente es su efecto legitimador del orden jurídico y político del Estado.

En cuanto al resto de sus características, se menciona su naturaleza extraordinaria y suprema en cuanto al alcance de sus funciones. Es un poder extraordinario toda vez que el mismo no está enfocado en gobernar sino más bien en organizar y mantener la legitimidad del orden jurídico y político del Estado, como se señaló.¹³ Con relación a su naturaleza suprema, se dice que el poder constituyente tiene un génesis extrajurídico, toda vez que el mismo no tiene como antecedente otro poder o límite de carácter legal o político. En cambio, es este poder el que limita a los demás al enmarcar el Estado en un ámbito particular.¹⁴

En conclusión, el poder constituyente es una atribución que deviene de la voluntad de una comunidad social que de manera voluntaria y originaria fija los parámetros jurídicos y políticos para el establecimiento de un Estado y que, una vez existe este, mantiene la legitimidad de dicho orden a través de la posibilidad de reformarlo conforme a los parámetros dados por el poder constituyente originario. Es un poder de naturaleza extrajurídica y más bien política, cuyos límites son dados de forma autónoma en virtud del principio de autolimitación, guiado por

12 Manuel García-Pelayo, *Constitución y Derecho Constitucional* (España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1948), 68.

13 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 347.

14 *Ibid.*, 356.

el objetivo de servir a los intereses de esa comunidad social de la cual proviene.

2. La soberanía popular, el poder constituyente y la constitución

La relación entre soberanía popular, poder constituyente y constitución es manifiesta. Anteriormente se señaló que el poder deviene de la comunidad política que en ejercicio de su poder soberano conforma e integra al Estado. En tal sentido es conveniente diferenciar entre el poder constituyente y la soberanía popular, así como la etapa en la cual durante el nacimiento y vida del Estado se hacen manifiestos cada uno de estos poderes.

No obstante, previo a ello se debe diferenciar entre los distintos enfoques que se le ha dado a la soberanía, puesto que, si bien la soberanía es única, esta puede entenderse en dos facetas interrelacionadas. Estas son la soberanía interna y la soberanía externa, cuya diferencia radica en los efectos de esta. En cuanto la soberanía interna hace alusión al poder interno del Estado como el máximo de todos, la externa se perfila desde la perspectiva de las relaciones de dicho Estado con los demás de la comunidad internacional.¹⁵

El principio democrático ha permitido entender que el máximo poder dentro del Estado radica en la comunidad social de los seres humanos que lo habitan. Es decir, este conglomerado detenta un poder sin límites legales que da nacimiento al Estado y una vez constituido, se mantiene latente para gobernar a través de diversos mecanismos políticos, especialmente la democracia representativa en el caso de Guatemala.¹⁶ Ello se hace alusión específicamente a la soberanía interna.

Por otra parte, la soberanía externa se refiere a ese mismo poder máximo dentro del Estado, que para ser coherente y evitar que exista otro poder ejercido por otro Estado que pueda inmiscuirse en sus asuntos, se ha reconocido que cada uno de los Estados en la comunidad internacional es soberano.¹⁷ De ahí proviene la relevancia de los principios

15 Raymond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 82.

16 Rafael Oyarte, «Limite y limitaciones al poder constituyente», *Revista Chilena de Derecho*, Vol.25 Núm.1 (1998), 67.

17 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 33.

consagrados en la Carta de las Naciones Unidas como lo son la soberanía e independencia de los Estados y la proscripción a la intervención en los asuntos internos de otros Estados.

La soberanía exterior es una manifestación de la soberanía interna, pero vista desde el enfoque de las relaciones internacionales en una comunidad global. El análisis de este poder permite comprender que, si se le permitiera a un Estado ejercer un poder superior dentro de otro Estado, ello sería contrario a la soberanía nacional, toda vez que existiría otro poder superior al pueblo. Por tal motivo, existe un consenso en cuanto a que la soberanía es una, pero puede verse desde dos perspectivas.

Ahora, una vez tratado el tema de la soberanía interna y externa, es importante contrastarla y relacionarla con el poder constituyente, puesto que este también es un poder ilimitado y supremo; aspecto que puede crear confusión respecto a la naturaleza de ambos. Si bien existen diversas perspectivas, a juicio del autor la diferencia radica esencialmente en el momento histórico en el cual se ejercen estos poderes por la comunidad social.

La postura dominante sostiene que la soberanía es el poder absoluto y supremo dentro de la organización política estatal. Por sus caracteres, el poder soberano permite la toma de decisiones, si bien a través de representantes por el principio de representación democrática, en cuanto al ordenamiento jurídico e instituciones que regirán en el Estado, incluyendo el régimen político dominante.¹⁸ Desde este enfoque la semejanza con el poder constituyente originario se evidencia aún más.

Sin embargo, la diferencia radica en que el poder soberano es un atributo extrajurídico que le corresponde a la comunidad social incluso antes de la conformación del Estado. Por ello el poder soberano es preexistente a la misma constitución y el Estado y es un fenómeno de naturaleza política y sociológica, no jurídica.¹⁹ Por el principio político democrático, dominante en la cultura occidental moderna, se ha sostenido que este poder supremo recae en la comunidad social, entendida como pueblo o voluntad general desde la perspectiva de Rousseau.²⁰

18 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 223.

19 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 70.

20 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 360.

El poder constituyente también corresponde al propio pueblo conforme al principio democrático y es el que se ejerce por el soberano –pueblo– al momento de fundar y organizar al Estado como comunidad de carácter política y jurídica. El poder constituyente por tanto es una manifestación específica del poder soberano, cuyo propósito principal es el nacimiento de una nueva entidad política.²¹ En una relación de conexión, el poder constituyente deviene de la soberanía, siendo por tanto una manifestación de ella.

Se dice por ello que la diferencia radica en el momento histórico en el cual se analiza, ya que al momento de constituirse el Estado puede verse que el poder constituyente y la soberanía se pueden traslapar, pero en realidad, el poder constituyente es solo una aplicación particular del poder soberano. Una vez constituido el Estado, el poder constituyente queda latente en el soberano –pueblo– y posteriormente al momento de darse una reforma a la Constitución podrá surgir nuevamente en su manifestación derivada, misma que también es una aplicación particular de la soberanía popular.

Algunos autores como Navarrijo consideran que antes del nacimiento del Estado no puede hablarse de soberanía, puesto que este es un atributo propio del Estado conforme a la teoría del Estado y los elementos constitutivos del mismo. Sostiene por tanto que al momento de ejercerse el poder constituyente originario no existe aún el Estado, siendo este un poder distinto a la soberanía, toda vez que esta nace hasta el momento mismo del nacimiento del Estado.²²

No obstante, bajo esta postura, la soberanía devendría como consecuencia del poder constituyente originario, asimilándolo a un poder constituido toda vez que según se indicó anteriormente, el poder constituyente es ilimitado, supremo y absoluto. Ahora bien, el problema con esta postura se pone de manifiesto al considerar que el poder constituyente, según se ha abordado previamente, no se extingue en el acto fundacional, sino que permanece latente para el momento en que sea necesaria una reforma constitucional.

Conforme a esta perspectiva, existiría una contradicción entre poder constituyente y soberanía popular, ya que no puede afirmarse que ambos poderes son supremos, ilimitados y absolutos, en aplicación

21 García Laguardia y Vásquez Martínez, *Constitución y orden democrático*, 154.

22 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 363.

del principio lógico de identidad y el de no contradicción. La solución más adecuada conforme a los principios jurídicos y políticos propios del constitucionalismo moderno es reconocer que el poder constituyente tiene como génesis la voluntad de la comunidad social y que es esta la que conforma la voluntad general de la que hablaba Rousseau y otros contractualistas.²³

La soberanía por tanto es un poder que constituye y gobierna, porque reúne tanto al poder constituyente en sus dos facetas como a los poderes constituidos, todos ejercidos a través de representantes designados en congruencia con el principio democrático y concretamente, la democracia representativa o bien participativa como lo es en el caso de los plebiscitos o referéndums populares. Esto a su vez dota al poder soberano de legitimidad social, congruente con la función legitimadora que ejerce el poder constituyente y que reafirma la conexión entre ambos conceptos.

La función legitimadora de la soberanía popular o del poder constituyente al momento de la organización del Estado y la reforma de la constitución se pone de manifiesto con la concordancia del contenido normativo de la constitución y los valores e intereses del pueblo soberano, haciendo referencia nuevamente a la concepción sociológica de la constitución de García-Pelayo.²⁴ Debe recordarse que la soberanía popular radica en el conglomerado social y no particularmente en cada individuo, por lo que la participación del conglomerado es esencial.

Dado que la constitución es dictada por el soberano en ejercicio del poder constituyente, es coherente que la misma recoja dichos principios y valores sociales y culturales o por lo menos debería hacerlo. Por tanto, considerando que la constitución es un pacto político y jurídico, es indispensable la participación de los diversos sectores que conforman la sociedad, para que la misma pueda gozar de legitimidad y superar así la mera concepción normativa de la constitución.²⁵

La relación entre soberanía, poder constituyente y constitución se hace patente, toda vez que esta última es el producto final. Dado que la constitución proviene del pueblo soberano en ejercicio del poder

23 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 236.

24 García-Pelayo, *Constitución y Derecho Constitucional*, 73.

25 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 74.

constituyente originario, se ha atribuido a la misma el ser un texto jurídico y político de carácter democrático y que goza de legitimidad, en principio, salvo cuando la misma proviene de ciertos sectores no representativos de la sociedad. Sin embargo, si bien puede darse este fenómeno, ello implicaría denominar constitución a un texto que no recoge los principios jurídicos y políticos propios del constitucionalismo liberal moderno.²⁶

3. Poder constituyente y reforma constitucional

En las líneas anteriores se ha hecho énfasis en el poder constituyente en su faceta originaria. Sin embargo, el poder constituyente también tiene una faceta derivada que toma relevancia en los momentos en que se procede a la reforma del texto constitucional. Esta función es ejercida por el soberano a través del poder constituyente, pero que, dadas las limitaciones establecidas en el momento fundacional del Estado, toma la naturaleza de un poder derivado y limitado por el originario.

Surge así una nueva disyuntiva en cuanto a la posibilidad que el soberano se limite a sí mismo en ejercicio del poder constituyente para llevar a cabo las reformas al texto constitucional que en el futuro sean oportunas. Desde una aproximación superficial ello parecería contradictorio, tomando en cuenta que se ha señalado que el pueblo soberano es el que ejerce tanto el poder constituyente originario como derivado, sobre todo si se considera que la soberanía es un poder absoluto e ilimitado. No obstante, la explicación se halla en la misma función legitimadora que debe ejercer el soberano respecto a la constitución.

La concepción sociológica de la constitución hace énfasis en el elemento legitimador de la misma, toda vez que se pretende no solo la validez formal de este texto sino su efectividad en la aplicación de la realidad. La constitución será legítima y eficaz cuando la misma sea respetada y ello será posible por ser el producto de un pacto que ha involucrado a los diversos sectores de una comunidad social heterogénea.

La misma teoría contractualista que explica el nacimiento del Estado lo hace desde el enfoque que este es el producto de un pacto político, dado en un tiempo específico, por una comunidad social en

²⁶ Martínez Dalmau, «El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo», 10.

concreto. Por tal motivo, dado que la comunidad social está destinada a cambiar conforme al paso del tiempo, integrar nuevos miembros e incluso, cambiar sus valores y principios; es que se justifica la necesidad de adecuar conforme al paso del tiempo la constitución a estos nuevos valores.²⁷

Por ello se ha sostenido que las constituciones buscan garantizar la función legitimadora que proviene de la soberanía popular no solo a través de la autodeterminación que se pone de manifiesto al constituir el Estado, sino también, hacerlo a través de los cambios de consenso que se pueden dar conforme al paso del tiempo, en especial aquellos que se dan entre diversas generaciones. Claro está que, para no derivarse totalmente del sentimiento común originario, toda vez que no se pretende la formación de un nuevo Estado o régimen político, se regula bajo ciertos límites formales el ejercicio de esta atribución del soberano.²⁸

Este es el papel que funge el poder constituyente derivado, el de mantener actualizado el texto constitucional con relación a los cambios de consenso generacionales, situación que lejos de implicar una limitación al soberano más bien pretende el mantenimiento del orden jurídico y político que se produjo en el acto fundacional.²⁹ Ahora bien, estos cambios por su naturaleza deben ser actualizadores y en mira al reforzamiento de la legitimidad de la Constitución. Esta es la razón por la cual el poder constituyente derivado está limitado por parámetros formales y sustanciales dados por el poder constituyente originario.

El maestro Villegas Lara es partidario de esta postura teórica generalizada, ya que ha apuntado que el poder constituyente originario es la primera manifestación del poder soberano que ejerce la comunidad sociológica no organizada jurídicamente a través del Estado.³⁰ Es un poder originario porque no tiene un antecedente previo ni límite formal o sustancial de carácter jurídico, sino únicamente obedece a los valores que motivan a los individuos a asociarse en la búsqueda de su seguridad, como indicaba Hobbes, o para la protección de su propiedad, según Locke y Rousseau.

27 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 77.

28 Rubén Hernández Valle, «El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, No.37 (1993), 146.

29 Oyarte, «Límite y limitaciones al poder constituyente», 71.

30 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 71.

Conviene diferenciar por qué se habla de una reforma constitucional y no de una nueva constitución, aspecto que conlleva al contraste entre las dos facetas del poder constituyente. Para comprender mejor este concepto, conviene hablar del orden constitucional, entendido como el régimen político y jurídico que caracteriza a un Estado particular y que está dado por el texto constitucional. Según este orden se mantenga o no, así será la faceta del poder constituyente que interviene.

Una reforma constitucional implica la actualización del texto para con ello ayudar a mantener el orden constitucional conforme a la concepción sociológica y legitimadora. Esta es una función propia del poder constituyente derivado. Por el contrario, cuando este orden es destruido o sustituido completamente por otro, ya no es posible hablar de una reforma sino del surgimiento de un nuevo orden constitucional, cuyo objetivo no es mantener actualizado el anterior, sino el establecer un nuevo régimen político.³¹ Esta última labor le corresponde al poder constituyente originario y de ahí la justificación de las limitaciones del poder constituyente derivado.

Es razonable que, si la Constitución surge en un momento histórico concreto y bajo un contexto social y cultural específico, con el paso del tiempo este contexto cambie, por lo que, en aras de evitar una pérdida de legitimidad, es indispensable mantener actualizado el texto constitucional. Esta actualización es la que se encomienda al poder constituyente derivado y el objetivo es lograr la continuidad del consenso político jurídico originario. Sin una posibilidad de reforma, ante la pérdida de legitimidad del texto constitucional, el mismo podría ser blanco de golpes revolucionarios a veces violentos, provenientes de esa falta de legitimidad.³²

Por tal razón y según se señaló oportunamente, lejos de una limitación a la soberanía popular, el poder constituyente derivado debe ser visto como el mecanismo para lograr mantener vigente y legítimo el orden constitucional sin la necesidad de recurrir a mecanismos extrajurídico o incluso antijurídicos. Ahora bien, esto no implica que el soberano en algún momento pueda llevar a cabo un cambio total del paradigma constitucional, aspecto que, si bien no es deseable por implicar un

31 Humberto Nogueira Alcalá, «Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile», *Estudios Constitucionales*, Vol. 4, Núm. 2 (2006): 441.

32 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 78.

rompimiento del orden constitucional, no es imposible sobre todo si se considera el carácter supremo y absoluto de la soberanía popular, como se tratará luego.

También conviene mencionar que el principio democrático se encuentra inmerso en el poder constituyente derivado, aspecto que refuerza su función legitimadora. Basta con observar cómo en la mayoría de los textos constitucionales, de los cuales el de Guatemala no se excluye, que el proceso de reforma constitucional es ejercido a través de mecanismos de democracia directa y participativa o bien, a través de la democracia representativa.

Así, por lo general el soberano suele facultar a un órgano constituido, como lo son los parlamentos y órganos legislativos para llevar a cabo el proceso de reforma constitucional a través de métodos de democracia representativa. Adicionalmente, existen ordenamientos constitucionales cuyas reformas son llevadas a cabo por mecanismos de democracia directa y participativa, como lo son los plebiscitos y referéndums populares.³³ Lo importante es resaltar que en ambos procedimientos, el poder constituyente derivado es el que se ejerce por el soberano del Estado.

Con relación a la República de Guatemala, nuestra Constitución prevé una combinación de ambos mecanismos de reforma, lo cual a juicio del autor garantiza de mejor manera la función legitimadora del poder constituyente y el ejercicio del principio democrático. Según sean las disposiciones constitucionales a reformar, el mecanismo puede implicar una asamblea que representa al soberano, o bien la necesidad de refrendar las reformas a través de un procedimiento consultivo en ejercicio de la democracia directa representativa.

4 Las constituciones rígidas y pétreas

El presente trabajo surge con la necesidad de dar respuesta a dos cuestionamientos teóricos. El primero radica en determinar si es posible que el poder constituyente originario limite al soberano a través de la inclusión de cláusulas pétreas cuyo objetivo es evitar la reforma de ciertas disposiciones constitucionales. El segundo, en identificar si la

³³ Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 262.

Constitución de la República de Guatemala contiene o no este tipo de cláusulas pétreas.

Para dar respuesta a estos cuestionamientos, se ha partido de la hipótesis que la Constitución Política de Guatemala no contiene cláusulas pétreas sino más bien un mecanismo de doble revisión que refuerza la rigidez de la Constitución, pero sin que ello implique una violación al principio democrático y función legitimadora que ejerce el soberano a través del poder constituyente. A partir de esta parte, este trabajo haciendo uso de los contenidos previos, se enfocará en la verificación de la hipótesis.

Conviene recordar que el constitucionalismo liberal moderno surge y se sustenta sobre la base de dos principios esenciales, uno jurídico que radica en la supremacía constitucional y otro político que consiste en el principio democrático. Ello es lo que diferencia las constituciones enfocadas en la limitación del poder público para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las mayorías de aquellos regímenes autoritarios que utilizan la constitución como una fachada para fundamentar su poder, aun cuando pueda ser en detrimento de las libertades individuales.³⁴

Sin embargo, en lo que concierne a las tipologías constitucionales y en especial, considerando el enfoque de la presente investigación, surge la necesidad de abordar los distintos tipos de constitución según su flexibilidad o rigidez para ser reformado. Por tal motivo y dado que en las líneas anteriores se ha expresado la función legitimadora que ejerce el poder constituyente derivado y en congruencia con los principios democrático y de supremacía constitucional, es oportuno relacionar ello con la tipología constitucional conocida como rígida y pétrea.

Una constitución es rígida, se dice, cuando sus disposiciones que emanan del poder constituyente originario están destinadas a ser modificadas solo luego que se cumpla con ciertos procedimientos especiales. Es decir, en estos casos el poder constituyente originario restringe de manera más grave al poder constituyente derivado, toda vez que cualquier modificación debe cumplir con ciertos requisitos formales y materiales que fungen como limitaciones.³⁵

34 Javier Ruipérez Alamillo, «Principio democrático y federalismo, el poder constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No.3 (1999): 523.

35 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 323.

Importante es diferenciar entre un procedimiento engorroso de reforma y una prohibición de reforma, dado que las constituciones rígidas lo que buscan no es vedar la reforma sino, en congruencia con la función legitimadora del poder constituyente derivado, restringir el poder de reforma para que el mismo no sea abusado y que su ejercicio tampoco se desvíe radicalmente del orden constitucional decretado por el soberano al momento fundacional del Estado. Claro está que esta limitación no puede ser contraria al principio democrático y la necesidad de mantener la legitimidad de la constitución.³⁶

También es oportuno mencionar que toda constitución nace con un ánimo de permanencia que, si bien no puede ser perpetuo para evitar una pérdida de legitimidad de esta, sí tiende a perdurar en el tiempo para darle mayor estabilidad al orden jurídico y político del Estado. Es más, la esencia del principio democrático radica en reconocer el pluralismo que existe en la comunidad sociológica y la importancia que los diversos sectores se involucren no solo para mantener vigente la constitución, sino para actualizarla conforme a los cambios respecto a los valores de la sociedad en que rige.³⁷

La rigidez constitucional se relaciona con el principio de supremacía constitucional, pero debe diferenciarse entre ambos. El hecho que una constitución sea rígida o flexible en cuanto a su reforma no afecta el principio de supremacía constitucional. Ahora bien, con el principio de supremacía constitucional lo que se pretende es evitar una modificación tácita a la constitución en los supuestos en que una norma legal de inferior jerarquía contenga disposiciones materiales contrarias al texto constitucional.

Para garantizar la rigidez de la constitución, es indispensable que el procedimiento de reforma contenga límites procedimentales y materiales, aspectos que a su vez funcionan como limitaciones al poder constituyente derivado.³⁸ Si el poder constituyente derivado no tuviera tales restricciones, no podría hablarse de una constitución rígida, sino flexible en cuanto a su reforma. Como puede observarse, aún si el poder constituyente derivado no tuviera limitaciones, ello no afectaría los principios democráticos y de supremacía constitucional.

36 Ignacio Colombo Murúa, «Cuestiones en torno al análisis formal de los límites explícitos a las reformas constitucionales», *Cuadernos Universitarios*, Núm.3 (2010); 90.

37 Hernández Valle, «El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional», 153.

38 *Ibid.*, 148.

Es importante considerar el rol que tiene el poder constituyente derivado en aquellos Estados que cuentan con una constitución flexible. En ese caso, podría afirmarse que el poder constituyente derivado no tiene limitaciones rígidas y, por tanto, la diferencia con el poder constituyente originario se desvanece. Lo que se pretende resaltar es que aun cuando el poder constituyente derivado no tiene limitaciones, con ello no se afecta el orden constitucional siempre y cuando sean respetados los principios de supremacía y el democrático.

Asimismo, el poder reformador de la constitución si bien está limitado en los Estados con constituciones rígidas, se ha indicado que tal limitación es congruente con la función legitimadora del poder constituyente. Ello toda vez que la reforma permite hacer frente al cambiante contexto social, cultural y político de la comunidad social, lo que permite que el texto constitucional sea acorde a los valores de la sociedad y con ello garantizar su legitimidad y efectividad.³⁹ En otras palabras, la limitación sirve como garantía de estabilidad y permanencia.

Ahora bien, algunos Estados cuentan con otro tipo de constitución conocidas como pétreas, que difieren sustancialmente de las rígidas. Se dice que estas constituciones son aquellas cuyo contenido no admite reforma alguna y que pretenden, de manera irreal a juicio del autor, ser perpetuas e inmutables. Sin embargo, este tipo de constituciones son escasas y a duras penas se pueden contar con algunos ejemplos de ellas a nivel mundial, como lo son las constituciones rusa y hondureña.⁴⁰

En el intento de petrificar el orden constitucional, el poder constituyente originario no solo anula la posibilidad de existencia de un poder constituyente derivado, sino que también extingue a futuro la permanencia del mismo régimen toda vez que eventualmente la constitución perderá su legitimidad y efectividad. A consideración del autor, una constitución con vocación perpetua ignora la concepción sociológica de la misma, así como el rol que desempeña el pueblo soberano en el Estado.

39 Nogueira Alcalá, «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional», 239.

40 Colombo Murúa, «Cuestiones en torno al análisis formal de los límites explícitos a las reformas constitucionales», 86.

Adicionalmente, el principio democrático también se pierde en este tipo de constituciones, dando espacio a regímenes más autoritarios que se alejan de la concepción liberal del constitucionalismo. La razón de ello es que una constitución pétrea obvia los cambios culturales, políticos y sociales que se pueden dar a lo largo de las generaciones, cayendo en el error de vedar al pueblo soberano el ejercicio de su autodeterminación.⁴¹

Al no poder actualizar la constitución conforme a los valores sociales, es cuestión de tiempo encontrar que se darán cambios, pero los mismos se harán a través de mecanismo extrajurídicos o incluso antijurídicos. De esta manera con la petrificación de las disposiciones constitucionales se cae en la paradoja de extinguir la constitución, tarde o temprano, cuando la intención era garantizar su perpetuidad.

5. El rol del soberano ante los artículos pétreos

Se ha indicado que la soberanía es el máximo poder que se ejerce dentro de cada Estado y que por su naturaleza es ilimitado y absoluto. Se ha reconocido también que, en aplicación del principio democrático, este poder es atribuido a la generalidad, entendida esta como pueblo o nación desde la perspectiva de Rousseau. De igual manera, se ha abordado la conexión que existe entre la soberanía y el poder constituyente originario e, incluso, señalado que en el momento fundacional del Estado estos parecen coincidir cuando realmente esta deriva aquella.

Por tal razón, es válido cuestionarse respecto a la legalidad y legitimidad de las cláusulas pétreas constitucionales, toda vez que su existencia es contraria no solo a la naturaleza de la soberanía estatal como el máximo poder dentro del Estado, sino también respecto al principio democrático del Estado que se extiende a la autodeterminación de la nación en cuanto a su ordenamiento político y jurídico. Así como el pueblo es el único titular de la soberanía, también es el único facultado para adoptar su constitución y adaptarla a los principios y valores que lo caracterizan.⁴²

41 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 369.

42 Ruipérez Alamillo, «Principio democrático y federalismo, el poder constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado», 528.

Las cláusulas pétreas constitucionales son aquellas disposiciones que no admiten, en ninguna circunstancia ni procedimiento, la modificación o alteración de su contenido. Por tal motivo implican un verdadero obstáculo a la actualización del texto constitucional.⁴³ El poder constituyente originario, por tanto, al momento de fundarse el Estado petrifica el contexto social, cultural y político de la época en el texto constitucional, vedando cualquier intento posterior de actualización.

Las cláusulas pétreas, en palabras de Ramella se basan en la concepción errónea de la inmutabilidad de los contextos humanos en los que se desarrollan los textos constitucionales. Además, implican una violación al principio democrático porque vedan el derecho a las siguientes generaciones de autodeterminar su orden jurídico y político dentro del Estado. Finalmente, lejos de mantener la estabilidad del orden constitucional, más bien propician a movimientos violentos con el fin de modificarlo por medios antijurídicos, dado que no se contempla la actualización pacífica y conforme al orden establecido.⁴⁴

De igual manera, estas cláusulas pétreas son contrarias al concepto mismo de la soberanía popular y su naturaleza como poder supremo dentro del Estado. Las cláusulas pétreas implícitamente reconocen la existencia de un poder superior al pueblo, el cual ni siquiera es contemporáneo al mismo. A consideración del autor, ello deviene del error de considerar al pueblo como un colectivo abstracto que no se sitúa dentro de un contexto temporal, social y cultural concreto, que por naturaleza es mutable. En cambio, pareciera que se asimila al pueblo con el existente al momento de fundarse el Estado, descontextualizándolo por completo.

Fue el mismo Bodin quien al tratar el concepto de soberanía como el poder supremo dentro del Estado, señaló que las únicas limitaciones al mismo eran de orden extralegal como lo es la ley natural. En tal sentido, señaló que era incompatible con la soberanía el establecer obstáculos a las generaciones futuras en cuanto al ejercicio de este poder supremo,⁴⁵ reconociendo así que el titular de la soberanía es el pueblo conforme al contexto temporal que le es propio a cada generación.

43 Colombo Murúa, «Cuestiones en torno al análisis formal de los límites explícitos a las reformas constitucionales», 74.

44 Oyarte, «Limite y limitaciones al poder constituyente», 75.

45 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 357.

Conviene aclarar que las cláusulas pétreas no son una manifestación de la rigidez constitucional. Una cuestión es establecer limitaciones a la revisión del contenido de la constitución en aras de pretender con ello su estabilidad por un plazo mayor, pero sin violentar con ello el principio democrático ni el ejercicio del poder soberano.⁴⁶ Aspecto distinto es eliminar por completo esta posibilidad, haciendo con ello inoperante el ejercicio de la participación democrática y sobre todo contradictorio con el concepto mismo de soberanía popular.

El argumento principal sobre el cual se tienden a justificar la existencia de cláusulas pétreas constitucionales radica en que la constitución es la expresión de una ideología muy concreta que caracteriza al régimen político en el cual se desarrolló la constitución.⁴⁷ Por tanto, dicha expresión debe respetarse y la única manera en que puede cambiarse no es por medio de una reforma constitucional, sino a través de la abrogación total de la constitución y su sustitución por otra. No obstante, ello se alcanza únicamente a través de mecanismos anti-jurídicos porque necesariamente implica el rompimiento del orden constitucional.⁴⁸

A juicio del autor, dicho argumento no es contundente, ya que implica el reconocimiento que la constitución obedece al contexto social, cultural y político propio de la generación que en ejercicio de la soberanía ejerce el poder constituyente originario y, a su vez, reconoce que ese contexto puede variar conforme al tiempo. Adicionalmente, pese a reconocerse dicho extremo, sostienen que no es posible actualizar la constitución para evitar la pérdida de su legitimidad. Por el contrario, prefieren el rompimiento del orden constitucional a través de mecanismos antijurídicos.

Es preferible una postura más moderada que busca conciliar el ejercicio del poder constituyente originario y derivado, sin violentar el ejercicio de la soberanía popular ni el principio democrático del Estado moderno. Conforme a esta postura, se dice que las cláusulas pétreas fungen como una autolimitación del poder del soberano en ejercicio del poder constituyente, considerando el contexto específico en el cual nace la constitución. No obstante, dicha autolimitación

46 Humberto Nogueira Alcalá, «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional», *Revista Ius et Praxis*, No.1 (2009): 244.

47 Hernández Valle, «El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional», 150.

48 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 358.

no puede extenderse al soberano en las futuras generaciones, por lo que las mismas podrán ser aceptadas o no por el poder constituyente derivado, pero que de ninguna manera debería restringirlo a perpetuidad.⁴⁹

Surge la pregunta en torno de qué manera se puede lograr alcanzar esta postura más moderada, misma que busca conciliar la estabilidad del texto constitucional y a su vez no limitar al soberano. Sostienen algunos autores que esta conciliación puede darse a través de los mecanismos de doble revisión. Ello consiste en reformar previamente las normas procedimentales que establecen las limitaciones de reforma en ciertas materias, para luego en otro proceso de reforma constitucional, reformar las normas materiales que en un principio se pretendían reformar.⁵⁰

Una aproximación general podría hacer creer al lector que esta solución se fundamenta en un fraude constitucional, toda vez que de alguna manera se está evadiendo la aparente finalidad de las cláusulas constitucionales que limitan las reformas extendidas a ciertas materias. No obstante, ello no es así y para poner de manifiesto ello es conveniente distinguir entre cláusulas pétreas y aquellas que buscan petrificar a través de mecanismos de doble revisión.

Adicionalmente, conforme a lo expuesto hasta el momento, es importante considerar que al interpretar las normas que contienen mecanismos de doble revisión se debe hacer a la luz del principio democrático y la naturaleza de la soberanía popular. En las siguientes líneas se abordarán tales aspectos para luego alcanzar la conclusión respecto a si la Constitución de Guatemala contiene normas pétreas propiamente dichas, así como el rol que la soberanía popular tiene ante estas cláusulas.

En cuanto al primer punto, las normas que petrifican a través de mecanismos de doble revisión no son pétreas en el sentido propio de las mismas. Estas normas son aquellas que, si bien contienen disposiciones que en principio no pueden ser modificadas, no se refieren a ellas mismas como irreformables, haciendo viable su reforma constitucional

49 Nogueira Alcalá, «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional», 249.

50 *Ibid.*, 246.

a través de los mecanismos legales correspondientes.⁵¹ Surge así un mecanismo de doble revisión que logra conciliar por una parte la estabilidad de las disposiciones constitucionales, pero sin limitar de forma absoluta el principio democrático y la naturaleza del poder soberano como supremo.

Debe considerarse que toda constitución nace con un ánimo de permanencia y perpetuidad, razón por la cual es lógico que contengan disposiciones que dificultan su procedimiento de reforma, sobre todo en las constituciones rígidas. Sin embargo, ello no debe ser ajeno al principio democrático del Estado moderno, que reconoce la importancia y necesidad que sea el pueblo soberano, el que participe en la toma de decisiones que conciernen al régimen jurídico y político del Estado.⁵² Por tal razón, el hecho que una constitución no incluya disposiciones respecto a su reforma total, ello no debería entenderse como una prohibición a que ello suceda, en especial si se considera la función legitimadora que debe tener el poder constituyente derivado.

Como lo indicó Schmitt al hablar de las tipologías constitucionales, toda ley surge como una manifestación de la voluntad del pueblo y por tanto se encuentra envuelta de un contexto social, cultural y político concreto. Sin embargo, debe reconocerse que dicho contexto es momentáneo y cambiante, por lo que esa voluntad mayoritaria también es momentánea. En tal sentido, dado que el pueblo es el soberano, tiene la facultad de conservar o modificar por completo el orden establecido, según sea su voluntad contextualizada en la época actual.⁵³

No reconocerse esta facultad al soberano de cambiar su constitución sin estar sujeto a limitaciones perpetuas que una comunidad social pudo haber establecido en una época pasada implicaría no solo una contradicción con la naturaleza suprema del soberano, sino que implicaría reconocer que la misma constitución lleva inmerso un génesis anti-democrático que propugna por procedimientos de hecho, en su mayoría violentos, para lograr un cambio.⁵⁴

El mismo Sieyés también lo señaló, al indicar que la nación entendida como el pueblo soberano actualmente, no puede prohibirse ni sustraerse

51 Colombo Murúa, «Cuestiones en torno al análisis formal de los límites explícitos a las reformas constitucionales», 84.

52 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 368.

53 Juan Pablo Bohórquez Montoya, «El poder constituyente, fundamento de la democracia: Carl Schmitt», *Papel Político*, Vol.11, Núm.2 (2006), 543.

54 Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 373.

del derecho de ejercer su voluntad suprema, así como tampoco del derecho de cambiar dicha voluntad cuando el contexto y su interés así lo amerite. Por tanto, el pueblo soberano tiene la facultad de darse un orden, pero también de cambiarlo, puesto que su voluntad es suprema e ilimitada.⁵⁵

La Constitución Política de Guatemala, a juicio del autor, no contiene disposiciones pétreas. En cambio, contiene una norma –artículo 281– cuya finalidad es tender a la petrificación de ciertos principios políticos a través del mecanismo de la doble revisión. En tal sentido, es factible proceder a la reforma de dicha norma conforme a los procedimientos constitucionales, sin que ello implique un fraude constitucional. Por el contrario, tal posibilidad es permitida en coherencia con el principio democrático que inspira nuestra Constitución.

6. Conclusión

El poder constituyente, tanto originario como derivado, es una manifestación del poder soberano que radica sea en la comunidad social que conformará el Estado o del pueblo una vez el Estado se encuentra constituido. Por tanto, no existen contraposiciones entre poder soberano y constituyente, ya que este es una manifestación de aquel. La soberanía, conforme al principio democrático, radica en el pueblo y es un poder supremo, ilimitado y que ejerce una función legitimadora del orden jurídico y político del Estado, sea al momento de establecer la constitución o al actualizarla conforme al contexto oportuno.

El poder constituyente originario, manifestación de la soberanía que radica en la comunidad social, puede establecer legítimamente limitaciones a la reforma constitucional con el objetivo de dotar de estabilidad y continuidad al pacto social. Sin embargo, estas limitaciones funcionan como autolimitaciones al poder soberano, considerando su naturaleza suprema. Es por ello que la limitación debe entenderse como aplicable al soberano en el contexto existente al momento de fundarse el Estado, pero no puede ser obligatoria para las futuras generaciones, toda vez que ello implicaría negar el carácter soberano del pueblo.

55 Nogueira Alcalá, «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional», 234.

No es legítima la limitación que el soberano hace al ejercer el poder constituyente originario, consistente en vedar al soberano posterior a actualizar la constitución al contexto de su época. Tales prácticas atentan contra el principio democrático que reconoce la importancia de la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas y jurídicas dentro del Estado. Adicionalmente, tales limitaciones implican una contradicción con el poder supremo del soberano para determinar el régimen político y jurídico que debe regirlo y, además, fomentan la pérdida de legitimidad de la constitución al no permitir actualizarla al contexto histórico y valores propios de cada generación.

Por tal motivo, la existencia de cláusulas pétreas en las constituciones no es usual y son contados los casos a nivel global que las contiene. Su existencia implica una negación al principio democrático, lo cual hace propicio el funcionamiento de regímenes autoritarios. Lo que realmente existen son cláusulas que buscan una mayor estabilidad y permanencia de la constitución con base en los mecanismos de doble revisión.

Los mecanismos de doble revisión son deseables, ya que sirven para garantizar que los cambios en las constituciones se deban a verdaderos intentos de mantener la legitimidad de la constitución, a través de la actualización de su contenido. Es decir, promueven la existencia de cambios, conforme al principio democrático y en congruencia con la naturaleza suprema del poder soberano, pero evitan a su vez cambios ilegítimos que solo obedezcan a los intereses de facciones particulares de la población.

La República de Guatemala ha adoptado en su constitución un mecanismo de doble revisión y no cláusulas pétreas, lo cual coincide con el principio democrático que inspira nuestro Estado. Es por ello por lo que el pueblo soberano, cuando sea el momento oportuno y conforme a su interés legítimo, podrá llevar a cabo las reformas necesarias para adecuar su régimen político al contexto histórico y cultural de la época en que dicho cambio sea conforme a su interés. Esto permitirá mantener la legitimidad de la constitución sin violentar el orden constitucional a través de mecanismos de hecho. Por tanto, la hipótesis planteada en la investigación se comprueba.

7. Bibliografía

Aristóteles. La Política. España: Ediciones Istmo, 2005.

Convención sobre los Derechos y Deberes de los Estados, Conferencia Internacional Americana, Uruguay, 1933.

Nogueira Alcalá, Humberto. «Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional», *Revista Ius et Praxis*, No.1 (2009): 229-262.

Nogueira Alcalá, Humberto. «Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile», *Estudios Constitucionales*, Vol. 4, Núm.2 (2006): 435-455.

Colombo Murúa, Ignacio. «Cuestiones en torno al análisis formal de los límites explícitos a las reformas constitucionales», *Cuadernos Universitarios*, Núm.3 (2010); 73-104.

Ruipérez Alamillo, Javier. «Principio democrático y federalismo, el poder constituyente como único soberano posible en el Estado políticamente descentralizado», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No.3 (1999): 517-558.

Locke, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil. España: Alianza Editorial, 2000.

García Laguardia, Jorge Mario y Vásquez Martínez, Edmundo. Constitución y orden democrático. Guatemala: Editorial Universitaria, 1984.

Rousseau, Juan Jacobo. El contrato social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

Bohórquez Montoya, Juan Pablo. «El poder constituyente, fundamento de la democracia: Carl Schmitt», *Papel Político*, Vol.11, Núm.2 (2006): 525-556.

García-Pelayo, Manuel. Constitución y Derecho Constitucional. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, 1948.

Oyarte, Rafael. «Límite y limitaciones al poder constituyente», *Revista Chilena de Derecho*, Vol.25 Núm.1 (1998): 65-84.

- Carré de Malberg, Raymond. *Teoría General del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Villegas Lara, René Arturo. *Teoría de la Constitución*. Guatemala: Ediciones y Servicios Gráficos El Rosario, 2017.
- Hernández Valle, Rubén. «El poder constituyente derivado y los límites jurídicos del poder de reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, No. 37 (1993): 143-158.
- Martínez Dalmau, Rubén. «El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo», *Revista General de Derecho Público Comparado*, No.11 (2012): 1-15.
- Hobbes, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. Colombia: Editorial Temis, 2003.

La protección de datos personales en relación con el derecho a la salud en Guatemala

The protection of personal data in relation to the right to health in Guatemala

María Elena Méndez Anzueto*

Resumen

El avance de la tecnología, la acumulación de datos y lo que se conoce como las plataformas digitales, transmiten un exceso de información que implican la existencia de una serie de datos personales que se encuentran interconectados. Esas transformaciones han traído consigo efectos positivos y, a la vez, negativos; muestra de ello es lo concerniente al tratamiento de datos personales, ámbito en el que la tecnología ha propiciado que los servicios de los órganos legitimados para su manejo sean más rápidos y eficientes, pero también que puedan ser fácilmente compartidos, posibilitándose así peligrosas intromisiones de terceros en la esfera de la privacidad personal.

Ante ese panorama, la protección de los datos personales es una necesidad, pues las personas requieren de mecanismos que les permitan acceder, rectificar, corregir y oponerse al manejo indebido de la información que les concierne. Dicha circunstancia no debe de ser ajena a las cuestiones de salud, la sociedad actualmente requiere de una modernización en el manejo del historial clínico, que facilite el acceso, las consultas y los desplazamientos de los pacientes, lo que manifiesta una gran ventaja, pues con el solo hecho de acceder al historial clínico digital del paciente, el médico tratante puede analizar o requerir los resultados de pruebas e imágenes para llegar a un diagnóstico, aún si se encuentra a distancia.

Asimismo, cuando el cuadro clínico lo amerite, es factible requerir varias opiniones médicas a la vez, con el fin de obtener un mejor resultado. En la actualidad la mayoría de los hospitales y centros asistenciales, cuentan con este tipo de datos,

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Desde 1995 labora en la Corte de Constitucionalidad, donde ha ejercido los cargos de Abogada Asesora, Jefa de la Unidad de Gaceta y Jurisprudencia, Secretaria General Adjunta, Coordinadora de Presidencia de la Unidad de Análisis y de Viabilidad y de la Comisión de Precalificación, ambas de la Corte de Constitucionalidad. Maestría en Justicia Constitucional, Doctoranda en Derecho Internacional Constitucional. Catedrática Auxiliar Universitaria. Adherente al Instituto de Justicia Constitucional.

pero aun así es necesario que se desarrolle una normativa especial que regule el manejo y administración de este tipo de datos.

Palabras clave: datos personales, salud, expediente clínico.

Abstract

The advancement of technology, the accumulation of data and what is known as digital platforms transmits an excess of information that implies the existence of a series of personal data that are interconnected. These transformations have brought with them both positive and negative effects; as a positive effect we can mention the processing of personal data, an area in which technology has led to mechanisms that are faster and more efficient for its management, but as a negative effect, this information can be easily shared, enabling dangerous interference by third parties in the field of personal privacy.

Given this panorama, the protection of personal data is a necessity, since people require mechanisms that allow them to access, rectify, correct, and oppose the improper handling of information that concerns them. These circumstances should not be kept out of health issues, society currently requires a modernization in the management of the clinical history, which facilitates access and consultations on patients, matter that manifests a great advantage, because with the mere fact of accessing the digital clinical history of the patient, the attending physician may analyze or require the results of tests and images to reach a diagnosis, even if he or she is at distance.

Also, when the clinical diagnose allows it, is feasible to require several medical opinions at the same time, to obtain a better result. Currently, most hospitals and healthcare centers have this type of data, but it is still necessary to develop a special law that regulates the management and administration of this type of data.

Keywords: personal data, health, clinical record.

SUMARIO

Introducción; 1. Datos personales; 2. El reconocimiento del derecho a la salud; 3. El reconocimiento del derecho a la salud en Guatemala; 4. Protección a la vida privada y datos personales en Guatemala; 5. Historial clínico digitalizado; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía.

La protección de datos personales en relación con el derecho a la salud en Guatemala

The protection of personal data in relation to the right to health in Guatemala

María Elena Méndez Anzueto

Introducción

Los tiempos actuales se han caracterizado por los incesantes cambios en el ámbito de las comunicaciones en el que los productos tecnológicos tienen un indiscutible protagonismo. Es así como el avance de la tecnología, la acumulación de datos y lo que se conoce como las plataformas digitales, transmiten un exceso de información que implican la existencia de una serie de datos personales que se encuentran interconectados.

Esas transformaciones han traído consigo efectos positivos y, a la vez, negativos; muestra de ello es lo concerniente al tratamiento de datos personales, ámbito en el que la tecnología ha propiciado que los servicios de manejo de datos sean más rápidos y eficientes, pero también que puedan ser fácilmente compartidos, posibilitándose así peligrosas intromisiones de terceros en la esfera de la privacidad personal. Dicho proceso incontrolable de producción, acceso, distribución y acumulación de datos ha dejado a las personas desprotegidas y a la voluntad del uso que le quiera dar el poseedor de estos, por lo tanto, se ha creado la necesidad de regularlos.

Debido a la globalización y la modernización de las tecnologías la necesidad de precisar de mecanismos que permitan acceder a verificar y oponerse al manejo de la información no puede ser ajena

a las cuestiones de salud. La sociedad actualmente requiere de una modernización en el manejo del historial clínico, que facilite el acceso, las consultas y los desplazamientos de los pacientes, lo que manifiesta una gran ventaja, pues con el solo hecho de acceder al historial clínico digital del paciente, el médico tratante puede analizar o requerir los resultados de pruebas e imágenes para llegar a un diagnóstico, aún si se encuentra a distancia.

Asimismo, cuando el cuadro clínico lo amerite, es factible requerir varias opiniones médicas a la vez, con el fin de obtener un mejor resultado. En la actualidad la mayoría de los hospitales y centros asistenciales, cuentan con este tipo de datos, pero aun así es necesario que se desarrolle una normativa especial que regule el manejo y administración de este tipo de datos.

A continuación, se analizará la protección de datos personales en relación con el derecho a la salud que existen en Guatemala, en primer término, se abordará algunos conceptos que se encuentran relacionados con el tema siendo algunos de ellos el “derecho a la autodeterminación informática”, “derecho a la autodeterminación informativa” o “protección de datos personales”. Seguidamente se hará una pequeña reseña sobre el reconocimiento al derecho a la salud en Guatemala y por último se analizará la protección de la vida privada y datos personales que en la actualidad existe en Guatemala.

1. Datos personales

1.1 Concepto

En primer término, se estima necesario abordar algunos conceptos que se encuentran relacionados con el tema directamente y así comprender de mejor manera qué se concibe y comprende por derecho a la protección de datos. En la doctrina no existe uniformidad para referirse al derecho de la protección de datos personales, algunos autores le denominan “derecho a la autodeterminación informática”, “derecho a la autodeterminación informativa” o “protección de datos personales”, sin embargo, el término utilizado en la actualidad es protección de datos personales.

Como primer punto es importante establecer qué se entiende por información, pues de dicho término es que surge esta temática, para Idalberto Chiavenato, información “es el conjunto de datos con un significado, que reduce la incertidumbre o que aumenta el conocimiento de algo”.¹ Para otros, la información “es un conjunto de datos acerca de algún suceso, hecho o fenómeno, que organizados en un contexto determinado tiene su significado, cuyo propósito puede ser el de reducir la incertidumbre o incrementar el conocimiento acerca de algo.”²

La Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, Decreto 57-2008, en su artículo noveno define al derecho de acceso a la información pública como: “El derecho que tiene toda persona para tener acceso a la información generada, administrada o en poder de los sujetos obligados descritos en la presente ley, en los términos y condiciones de la misma. Es una garantía constitucional que permite que se respete el derecho de las personas de poder acceder o no a la información pública”.³

Por ende, se puede concluir que el derecho a la información pública es un derecho fundamental que todo individuo posee en una sociedad democrática, por medio del cual tiene el derecho de buscar, impartir, difundir y de recibir información generada, administrada o en poder de los diferentes entes del Estado, que manejen fondos públicos; así como de opinar libremente sobre ello; asimismo, tiene el derecho de acceder a la información que se encuentre en bases de datos, registros públicos o privados, sobre sí mismos o sus bienes en forma accesible y si fuere el caso, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

En cuanto a los conceptos relativos a los datos personales y al derecho de acceso a la información pública, estos han tenido diversas regulaciones, algunos cuerpos legislativos se han centrado en el tema del acceso a fuentes de información pública o en la transparencia de la función pública y otros han contemplado al habeas data como una garantía constitucional. Se han hecho numerosas conceptualizaciones

1 Chiavenato, Idalberto, *Introducción a la Teoría General de la Administración*, (Séptima Edición. McGraw-Hill Interamericana, 2006), Pág. 110

2 Promonegocios.net. *Definición de Información*, (México: 2008), <https://www.promonegocios.net/mercadotecnia/definicion-informacion.html> (consulta 10/11/2019).

3 Decreto 57-2008, de 22 de octubre, de Acceso a la Información de Guatemala. Artículo 9.

sobre *habeas data*, pero de manera sencilla y clara. El autor José Luis Rodríguez Álvarez, indica que “podemos decir que se refiere a un tipo de acción constitucional de libre ejercicio para cualquier ciudadano que considere que sus datos personales están siendo manipulados indebidamente y sin su autorización en una base de datos o registro informático, por parte de una persona natural jurídica. Su fin es la corrección o eliminación de dichos datos”.⁴

Asimismo, se estima oportuno hacer referencia a otros términos que van íntimamente ligados con el presente tema, tales como, el derecho a la intimidad, derecho a la autodeterminación y por último de datos personales; para ello, se hará énfasis en un fallo de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que define y analiza dichos términos, el que a su vez consolida una definición de dato personal.

El fallo en mención es la STC 1356-2006, de once de octubre de dos mil seis, en el que se analiza el amparo promovido por una persona que reclamó contra una entidad mercantil privada que comercializa información por medio de una página web. Se adujo vulnerados los derechos a la intimidad, a la privacidad y al honor. La sentencia es la primera en la que la Corte de Constitucionalidad tuteló jurisdiccionalmente el derecho a la protección de datos, utilizando la denominación “*derecho a la autodeterminación informativa*”. A continuación, se transcribirán las partes conducentes del citado fallo, en el que se describen los conceptos antes relacionados.

En cuanto al derecho a la intimidad, dicho Tribunal, en el texto de la STC 1356-2006, de once de octubre de dos mil seis, estableció que a raíz de los actuales avances tecnológicos en la transmisión de información por medios de comunicación, la protección del citado derecho fundamental cada vez es más difícil de regular, es por ello, que estima que el mismo requiere de una protección jurídica específica en la que se contemplen y desarrollen aspectos que atenten en el ámbito social, contra

4 García, Aristeo. *Protección de datos y de habeas data. Una visión desde Iberoamérica*. (Madrid: Agencia Española de Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), acceso 09-09-2021, https://www.academia.edu/13519719/Protecci%C3%B3n_de_datos_personales_y_Habeas_data._una_visi%C3%B3n_desde_Iberoam%C3%A9rica

la personalidad y honra de una persona, tanto en el ámbito de la vida privada personal como la familiar.⁵

Otros autores como Emilia Zaballos Pulido, estiman que el concepto de intimidad ha evolucionado de una idea basada en la propiedad privada y la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, dicha autora al describir el derecho a la intimidad indica que es aquella *“esfera de la interioridad que permanece inaccesible a las personas que nos rodean. Todo individuo necesita contar con este tipo de refugio de intimidad inexpugnable en el que distinguimos simultáneamente una condición de la personalidad individual y de la social”*⁶

Al referirse la Corte de Constitucionalidad, al reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa del individuo, en el texto de la STC 1356-2016, de once de octubre de dos mil seis, lo describió como aquel que permite y garantiza a toda persona a tener el control frente a terceros sobre el uso, transmisión y automatización de sus datos más íntimos, así como su tutela ante el mal uso de los mismos.⁷

Con relación a la denominación de este derecho subjetivo, Pablo Lucas Murillo de la Cueva establece que, aun cuando el derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de datos personales están interrelacionados, dichos conceptos contemplan dos aspectos que los diferencian, el primero de ellos, desarrollado por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, al que describen como la facultad que tiene

5 Corte de Constitucionalidad. STC 1356-2006, de once de octubre de dos mil seis. *“...Los derechos a la intimidad y al honor requieren de una protección jurídica especial que posibilite, a su vez, una protección social del ‘yo’ de cada persona en el ámbito jurídico de los demás. Esto debe impedir que, bajo subterfugios, pueda darse a conocer a terceros diversas situaciones calificadas por el conglomerado social como deshonrosas, atentatorias de la honra personal, la propia estimación y el buen nombre o reputación de una persona y que afecten a ella en su propia individualidad; derechos estos últimos que son propios de los principales atributos de la persona humana: la personalidad...No es ajeno al conocimiento de este tribunal que el derecho a la intimidad propugna por un mínimo respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que es aquél que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo aquéllas en las que sea el propio particular quien autorice su divulgación. También es insoslayable que la intromisión a este derecho puede alcanzar niveles insospechados con el avance de la tecnología actual y la transmisión de información por medios de comunicación masiva. Los avances de la tecnología informática generan a su vez una dificultad en cuanto a proteger adecuadamente el derecho a la intimidad y a la privacidad de una persona individual.”*

6 Pulido, Emilia. *“La protección de datos personales en España: Evolución Normativa y Criterios de Aplicación”*. (Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 2013).

7 Corte de Constitucionalidad. STC 1356-2006, de once de octubre de dos mil seis, dicha Corte al describir al derecho a la autodeterminación lo definió como aquel: *“...cuyo goce posibilita a éste un derecho de control sobre todos aquellos datos referidos a su persona y, a su vez, le garantiza la tutela debida ante un uso indebido (es decir, sin su autorización) y con fines de lucro, por parte de un tercero, de todos aquellos datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, con los cuales se integra una información identificable de una persona; información que cuando es transmitida a terceras personas sin los pertinentes controles que permiten determinar su veracidad o actualización, puedan causar afectación del entorno personal, social o profesional de esa persona causando con ello agravio de sus derechos a la intimidad y al honor...”*.

todo sujeto de consentir de forma informada y libre el uso por terceros de sus datos y, el segundo, acogido por la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al que definen como el conjunto de medios jurídicos por medio de los cuales se desarrolla dicho derecho.⁸ Respecto a la definición de dato personal, la Corte de Constitucionalidad en la parte considerativa de la STC 1356-2016, de once de octubre de dos mil seis, al conceptualizarlo indicó “... En la definición de ‘dato personal’, debe considerarse como tales todos aquéllos que permitan identificar a una persona, y que posibiliten de ésta la determinación de una identidad que a ella pueda reputarse como propia”.⁹

Asimismo, los datos de carácter personal están definidos en los *Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Americanos*, como “cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable, expresada en forma numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, alfanumérica, acústica o de cualquier otro tipo. Se considera que una persona es identificable cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente, siempre y cuando esto no requiera plazos o actividades desproporcionadas”.¹⁰ También se les ha definido como toda aquella información relativa al individuo que lo identifica o lo hace identificable; estos datos le dan al individuo: identidad, lo describen, establecen su origen, edad, lugar de residencia, trayectoria

8 Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. *El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales*. (España: Azpilcueta), cuadernos de Derecho, No. 20, s.f. Disponible línea: <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/20/20043058.pdf> (Consultado el 21 de marzo de 2020).

9 Corte de Constitucionalidad. STC 1356-2006, de once de octubre de dos mil seis, dicha Corte al definir el dato personal indicó: *Esta determinación puede devenir, por citar algunos ejemplos, de un número de identificación o bien por uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social, etc. ii. La protección de la persona respecto de sus datos personales que son objeto de automatización, debe ser consecuencia de la observancia de una obligación general de protección de derechos humanos que resultan particularmente vulnerables, precisamente si tales datos pueden ser objeto de tratamiento a través de tecnología informática. De ahí que toda regulación o disposición que de tales datos se haya de realizar, debe respetar, como condición ineludible, el contenido esencial del derecho a la dignidad humana. En íntima relación con lo anterior, también debe entenderse que la expresión ‘protección de datos personales’, conlleva que el destinatario de la protección antes indicada debe ser la persona cuyos datos personales son objeto de tratamiento automatizado, protección que abarca, en sentido amplio, desde el momento de la obtención de tales datos hasta la utilización para dominio público de aquéllos. Se acota que el alcance de esa protección debe determinarse, en principio, en razón de la trascendencia social o interés social legítimo de esos datos personales. [...] debe permitir, a su vez, a la persona: a) el derecho a la actualización de sus datos; b) el derecho a la rectificación por información errónea, incompleta o inexacta de sus datos; c) el derecho a la reserva (confidencialidad) de cierta información que sobre ella se obtenga, y que aun cuando ésta pueda ser legalmente requerida, se mantenga en grado de confidencialidad para terceras personas ajenas a la situación que motivó el requerimiento; y d) el derecho a la exclusión, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado, y que sea producto de noticias o datos que sólo a este último conciernan; exclusión que, para ser admitida, también debe tomar en cuenta los parámetros de trascendencia social o interés social legítimo antes indicados...”.*

10 *Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Americanos*, 2017 www.red.ipd.org (consultado 09/09/2021)

académica, laboral o profesional, entre otros. Además, también describen los aspectos más sensibles o delicados del individuo, como su forma de pensar, estado de salud, características físicas, ideología y vida sexual, entre otros aspectos distintivos.

2 El reconocimiento del derecho a la salud

El nacimiento del Derecho Constitucional trajo consigo una corriente denominada “constitucionalismo”, que implementó diversas instituciones cuya finalidad era la defensa de la persona individual y de los derechos inherentes al hombre; el cual –al extenderse por el mundo civilizado a partir de la Revolución Francesa– dio origen a los llamados “Estados de Derecho”, en los que los poderes públicos y sus actividades eran regulados por normas generales o constitucionales.

Dichos textos constitucionales contemplaban a su vez los denominados derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud. El reconocimiento de tales derechos se retrotrae al año 1945, en la ciudad de San Francisco California, Estados Unidos de América, cuando recién finalizada la Segunda Guerra Mundial, los pueblos de las Naciones Unidas, reafirmaban su compromiso con el resguardo de los derechos fundamentales del hombre con el fin de lograr avances sociales y económicos de todos los pueblos.

El jurista Roberto Molina Barreto expone que, posteriormente, el 10 de diciembre de 1948, en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, mediante el punto III de la Resolución número 217 de la Asamblea General de las Naciones Unidas se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmando la necesidad del progreso social. Dicho documento en sus primeros artículos enuncia los llamados derechos individuales y continúa con los denominados económicos, sociales y culturales, entre ellos, el de salud. Casi veinte años después nacen dos instrumentos internacionales de suma importancia como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconocen los derechos económicos, sociales y culturales, entre estos, el derecho a la salud.¹¹

¹¹ Molina Barreto, Roberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. (Guatemala: Opus Magna Constitucional Guatemalteco. Tomo II. Ideart Estudio, 2011), Pág. 15

Como se advierte, la salud no siempre fue considerada o reconocida como un derecho, esta afirmación se sustenta en las circunstancias históricas que reflejaron las dificultades para consagrarlo como tal; sin embargo, hoy en día se encuentra reconocida como un derecho fundamental, el cual se caracteriza por ser un derecho en sí mismo y además, por ser una condición que habilita el ejercicio de otros, debido a que este, depende e interactúa con otros derechos como, la vida, la alimentación, la vivienda, dignidad humana, educación, entre otros. Por ello, en la actualidad, este se reconoce en varios textos constitucionales, así como en una gran cantidad de instrumentos internacionales.

En Guatemala, el derecho a la salud se encuentra reconocido, como un derecho humano social, al que define como todo aquel que la Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce a las personas por el hecho de ser humanos, como miembros e integrantes de la sociedad; y a la vez, como el conjunto de obligaciones que la misma Carta Magna impone al Estado, con el fin de que tanto esos derechos como estas obligaciones protejan efectivamente a los diferentes sectores de la población.

3. El reconocimiento del derecho a la salud en Guatemala

Los antecedentes históricos de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la legislación guatemalteca, se remiten al año de 1944, después del derrocamiento del General Jorge Ubico, momento histórico en el que se promulgó la llamada “Constitución de la Revolución”, que tomó en cuenta las corrientes constituyentes posteriores a la Segunda Guerra Mundial e incorporó, entre otros, el Régimen de Seguridad Social, mediante la creación del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), según la Ley Orgánica de dicho Instituto (Decreto 295 del Congreso de la República el 30 de octubre de 1946).¹²

Los primeros textos constitucionales que rigieron la República de Guatemala reconocieron derechos fundamentales de contenido individual y político, propios de aquella época, entre ellos, el derecho a la salud. La Constitución de la República de Guatemala de 1879, reforma de 1935, establecía: *“Art. 16: Las autoridades de la República están instituidas para mantener a los habitantes en el goce de sus derechos que*

¹² Molina, *Los derechos económicos...*, Pág. 19

son: La libertad, la igualdad y la seguridad de la persona, de la honra y de los bienes. El interés social prevalece sobre el interés particular. Es función del Estado conservar y mejorar las condiciones generales de la existencia y bienestar de la Nación, manteniendo el estado sanitario en el país y procurando la elevación del nivel de cultura y probidad de sus habitantes, el incremento de la riqueza pública y privada, el fomento del crédito y de la previsión y asistencia social y la cooperación del capital y el trabajo”¹³.

En las constituciones de 1956 y 1965, no se muestra un mayor avance en materia de derechos económicos, sociales y culturales y no es sino hasta la promulgación de la actual Constitución de 1985, que el tema social y de salud cobra relevancia, al establecer en los artículos 1º, 2º, 93, 94 y 95, lo relativo al derecho de salud, al que reconoce como un derecho humano social, a su vez establece la obligación del Estado de velar por la salud y asistencia social, por medio de sus instituciones quienes desarrollarán acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social; asimismo, reconoce a la salud como bien público y regula el control de calidad de productos alimenticios, farmacéuticos, químicos y de todos aquellos que puedan afectar la salud y bienestar de los habitantes.¹⁴

4. Protección a la vida privada y datos personales en Guatemala

La cultura de los países latinoamericanos en cuanto al acceso a la información pública por años ha sido de resguardar y mantener en secreto la mayoría de información, las administraciones públicas tienden a burocratizar y a retrotraer la información. Esta realidad se encuentra arraigada en nuestros países, por eso es necesario que con la implementación de una Ley de Acceso a la Información se lleven a cabo capacitaciones a funcionarios y empleados públicos con el fin de lograr una apertura en la cultura y transparencia de gobierno. Asimismo, se debe de fortalecer al ciudadano para que se interese en los asuntos públicos y empiece a ejercer el derecho de acceso a la información.

¹³ Corte de Constitucionalidad, *Digesto Constitucional*. (Guatemala: Editorial Serviprensa. 2001), pág.296.

¹⁴ *Ibid.*, pág.654.

La aprobación de la Ley de Acceso a la Información Pública en Guatemala ha representado un hecho sin precedentes para el proceso de fortalecimiento y consolidación del sistema político, al generar marcos normativos que promuevan una administración pública, siendo esto la base de un sistema transparente, abierto y democrático. Tras el proceso de transición a la democracia que se llevó a cabo en Guatemala, después de la época del conflicto armado, la aprobación de la referida ley se constituyó en uno de los pocos procesos de reforma estructural que se ha registrado en el Estado de Guatemala durante los últimos años. La evolución de un Estado acostumbrado a la secrecía, la discrecionalidad y el ocultamiento del ejercicio del poder, a uno que fomente y fortalezca el acceso a la información pública, ya sea de manera oficiosa o tras una solicitud, es un hecho extraordinario para un sistema en donde el secreto ha sido la regla y no la excepción.

De conformidad con la legislación guatemalteca, datos personales, son todos aquellos que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como hábitos personales, de origen racial, étnico, e ideológico y político. Así como, los estados de salud físicos o psíquicos, situación familiar, etc.¹⁵

Para Ernesto Villanueva, el “derecho a la vida privada o a la intimidad personal, es en principio, uno de los límites clásicos del derecho a la información pública, salvo que existan intereses preponderantes de orden colectivo que justifiquen de manera legítima una intrusión en este derecho personalísimo”.¹⁶

Es por ello por lo que la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala, resguarda el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de los datos personales de los particulares, en el artículo 9, el cual contempla la diferencia entre datos personales y sensibles. Los primeros los describe como aquellos, que permiten identificar a un individuo: nombre, dirección, fecha de nacimiento, nacionalidad y los segundos los define como las características físicas o morales o a circunstancias de la vida privada, tales como hábitos, origen racial y étnico, ideologías, creencias religiosas, estados psíquicos y preferencias sexuales.

¹⁵ Decreto 57-2008, de 22 de octubre Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala. Artículo 9.

¹⁶ Villanueva, Ernesto. *Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica*. (México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003).

Asimismo, al referirse al habeas data, le define como la garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos y la finalidad a que se dedica esta información, así como su protección, corrección, rectificación o actualización. La normativa también contempla el caso de datos impersonales. Estos son los que se recolectan con fines estadísticos sin que los individuos puedan ser identificados, por lo tanto, no pueden ser objeto de reserva o confidencialidad.¹⁷

En cuanto al consentimiento expreso de las personas para autorizar a las autoridades a difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en el ejercicio de sus funciones, la ley establece que dichas entidades públicas pueden hacerlo, siempre y cuando, cuenten con el consentimiento expreso de las personas a las que hacen referencia. El consentimiento es un mecanismo que garantiza el derecho de la persona a que no se vulnere su privacidad, su patrimonio, su seguridad y dignidad.

A su vez, la ley prohíbe la creación de archivos de datos sensibles. Sin embargo, faculta a entidades de servicio, como hospitales o instituciones de previsión, para que registren información sensible siempre que esta coadyuve a un efectivo diagnóstico y tratamiento de pacientes o afiliados, y haya un compromiso de confidencialidad.

De lo antes relacionado, se concluye que la referida ley de cierta manera contempla la protección de la vida personal y privada, ya que regula la diferencia entre datos personales y sensibles, define el habeas data, contempla el caso de datos impersonales, hace referencia al consentimiento expreso de las personas para autorizar a las autoridades a difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en el ejercicio de sus funciones y prohíbe la creación de archivos de datos sensibles. Cabe señalar que la ley no es extensiva a los registros de entidades privadas.

En Guatemala se han presentado dos iniciativas de ley con el objetivo de que el Congreso de la República, apruebe una Ley de Protección de Datos Personales, sin embargo, ninguna de las dos ha prosperado. A continuación, brevemente se hará referencia a cada una de ellas.

¹⁷ Decreto 57-2008, de 22 de octubre Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala. Artículo 9.

4.1 Iniciativa de Ley de Protección de Datos Personales Número 4090 de 20 de agosto de 2009

Los representantes del pueblo, Mariano Rayo Muñoz, Gustavo Ernesto Blanco Segura y compañeros, presentaron al Congreso de la República de Guatemala, la iniciativa de ley número 4090 cuyo fin era aprobar la Ley de Protección de Datos Personales, dicho documento contempla en el apartado de los “Principios básicos para la protección de los datos”, los diversos aspectos relacionados con el derecho de las personas respecto del manejo de sus datos, reconociendo los deberes de obtención del consentimiento del afectado, calidad, seguridad y cesión de los datos, categorías de datos que requieren de una protección mayor a la regla general, como los datos sensibles y establece las garantías efectivas de acceso a la información personal, corrección, supresión y actualización de la misma.

En su artículo 3 describe como datos sensibles, aquellos que revelen *“origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida sexual y antecedentes delictivos, operaciones bancarias, registros tributarios, aduaneros o relativos a actividades económicas”*. Asimismo, en el artículo 5, establece lo referente al consentimiento del interesado e indica que el titular de los datos deberá dar por sí o por su representante legal o apoderado el consentimiento para la entrega de los datos, salvo que la ley disponga otra cosa dentro de los límites razonables. No obstante, dicha iniciativa no regula específicamente los datos de los pacientes ni el trato que se les da a los mismos, únicamente incluye de manera general los datos de información biomédica o genética.

4.2 Iniciativa de Ley de Protección de Datos Personales Número 5921 de 9 de junio de 2021

El diputado Aníbal Estuardo Samayoa Alvarado, presentó al Congreso de la República, la iniciativa de Ley de Protección de Datos Personales Número 5921, el 9 de junio de 2021, documento por medio del cual manifestó la necesidad de que en Guatemala exista una legislación a favor de la protección de datos, para garantizar toda la data que se genera, haciendo énfasis en los datos personales que son considerados como sensibles.

En dicho instrumento se define a los datos sensibles, como aquellos que se refieren a la esfera íntima de su titular o cuya utilización indebida puedan dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este. De manera enunciativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, creencias o convicciones religiosas, filosóficas y morales; afiliación sindical, opiniones públicas, datos relativos a la salud, a la vida íntima, preferencia u orientación sexual, datos genéticos o datos biométricos, entre otros, dirigidos a identificar de manera inequívoca a una persona física.

En el artículo 5 contempla lo referente al consentimiento del titular de los datos personales y establece que quien recopile datos personales deberá obtener el consentimiento expreso de la persona titular, el cual puede ser por escrito o de forma electrónica. Estipulando claramente que dichos datos personales deben de utilizarse para los fines determinados, explícitos y lícitos para los cuales hubieran sido autorizados al momento de su recolección. Aunado a ello, establece que dicho consentimiento deberá ser previo, irrefutable y expreso. Al establecer los casos en los que no se requiere dicha autorización para el tratamiento de datos personales, hace referencia a los casos de urgencia médica o sanitaria.

Lo novedoso de esta iniciativa de ley es que contiene un capítulo que trata específicamente sobre los delitos contra el uso de datos personales y sugiere la reforma de los artículos 274 B y D del Código Penal de Guatemala, Decreto 17-73, referente al Cibercrimen y Registros Prohibidos. A su vez, adiciona el delito de Uso público de Datos Personales Falsos.

Sin embargo, dicha tutela tampoco contempla ni regula lo relativo a la protección de los derechos del paciente, el único antecedente en Guatemala que trata sobre dicha materia es la iniciativa de Ley 4282 del Congreso de la República que el diputado Armando Enrique Sánchez Gómez tituló como “Iniciativa que dispone aprobar la ley de los derechos del paciente y creación de la defensoría del paciente, para la reparación inmediata de daños derivados de la atención médica en los establecimientos de salud públicos y privados de la República de Guatemala”.¹⁸

¹⁸ Iniciativa de Ley 4282 del Congreso de la República la que el diputado Armando Enrique Sánchez Gómez tituló. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/1738

Dicho documento que tenía como fin delimitar y especificar la responsabilidad o mala práctica de los galenos, si bien, contemplaba una serie de principios o derechos de los pacientes, tales como, el derecho a la atención médica de buena calidad, derecho a la autodeterminación, derecho al secreto, derecho a la dignidad, derecho a la información, entre otros, su finalidad era otra, pues esta tenía como objeto *“establecer los Derechos del Paciente, crear la Defensoría del Paciente y fijar sus funciones, así como crear el Comité Técnico de Evaluación de Daños derivados de la atención médica, estableciendo el procedimiento para la tramitación de las quejas, evaluación de daños y la mediación como medio alternativo en la solución de conflictos”*,¹⁹ no obstante dicha iniciativa de ley no prosperó.

Llama mucho la atención, los argumentos expresados por el Diputado Armando Enrique Sánchez Gómez, al presentar la citada iniciativa de Ley, pues hace referencia a las consecuencias que algunas veces los pacientes sufren a raíz de un mal diagnóstico, la mala práctica de una cirugía o de un tratamiento médico equivocado, para ello, trajo a colación el caso de una menor que a los seis meses de nacida, por enfermedad común, ingresó a uno de los centros de salud, donde como parte de su tratamiento recibió una transfusión de sangre mediante la cual fue contaminada con VIH, situación que diecisiete años después, según manifiesta el diputado, las autoridades directivas y gerenciales de dicha institución aún no han resuelto, pues se niegan a atender la convalecencia de dicha menor.

Las circunstancias antes descritas, son parecidas a los hechos acontecidos en el caso *“González Lluy vs. Ecuador”*, en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 1 de septiembre de 2015, declaró responsable internacionalmente al Estado de Ecuador por ciertas violaciones de derechos humanos cometidas por el contagio con VIH a Talía Gabriela Gonzales Lluy cuando tenía tres años de edad. La Corte encontró que el Estado era responsable por la violación de los derechos a la vida e integridad personal, a la educación, y a la garantía judicial del plazo en el proceso penal en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. El caso de Guatemala no fue presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero de haberlo hecho, probablemente hubiera condenado al Estado por la violación al derecho a la salud.

19 *Ibid.*, Artículo 1. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/1738

Si bien, las situaciones antes descritas, no tratan sobre la protección de datos de carácter personal, dicha información podría en determinado momento considerarse como un dato sensible que requiere de un alto nivel de protección. La información sobre nuestro estado de salud, diagnósticos, pruebas médicas, tratamientos y demás, se ubica almacenada en lo que se denomina “historial clínico”, el cual se encuentra en los archivos o bases de datos de los centros de salud y hospitales, clínicas privadas y laboratorios, quienes, al ser los encargados de tratar este tipo de datos, son los que deben de garantizar al paciente su derecho de poder proteger su persona y sus datos.

Respecto a esta temática, en España existe la normativa denominada “Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, la cual reglamenta cuestiones como el derecho a la información sanitaria, el consentimiento informado, la documentación sanitaria, la historia clínica y demás información clínica. Asimismo, clasifica las formas de limitación de la capacidad y atribuye a los médicos la competencia de evaluarla. A su vez, recoge los principios rectores de la nueva bioética, como son el derecho a la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, las voluntades anticipadas, el derecho a la autonomía del paciente y su participación en la toma de decisiones, la negativa a tratamiento o la mayoría de edad para las decisiones sanitarias en los adolescentes.

En el artículo 7 contempla el “derecho a la intimidad” e indica que: *“1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por Ley. 2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos del paciente”*.²⁰

En Guatemala no existe una ley que contenga la protección de este tipo de información tan sensible como lo es el historial y la información clínica, –aspectos primordiales en el ámbito de la salud–, por lo que resulta insostenible que en pleno siglo XXI, a raíz del desarrollo de la informática, los avances genéticos y la globalización de la investigación

20 “Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”.

clínica, no se cuente con este tipo de instrumentos legales para poder lograr que a todo ser humano se le respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y se le resguarde a que nadie pueda acceder a ellos sin su previa autorización.

La obtención de los datos relativos a la salud de los ciudadanos debe de considerarse como especialmente protegidos, debiéndose establecer un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y especial cesión. El paciente tiene derecho a saber quién tiene acceso y qué datos son conocidos, igualmente tiene derecho a la rectificación de los datos en el caso de que no sean correctos.

En las instituciones de salud son muchas las personas que tienen acceso a la información clínica del paciente la que pertenece a la esfera más íntima de su personalidad, aunque dichos profesionales están limitados a difundir la referida información debido al secreto profesional y a la confidencialidad a la que tienen derecho todos los ciudadanos, surge la incertidumbre en qué casos esa privacidad puede ser quebrantada por el consentimiento del interesado o por imperativo legal.

Igualmente, surgen a debate algunos casos concretos planteados como dilemas éticos en los que es imprescindible para la protección de terceras personas, que ciertos datos no sean revelados, tales como el deseo del paciente de mantener en secreto su diagnóstico referente a una enfermedad venérea, su identidad de género, cuando una persona trans decide tener un cambio de sexo que no corresponde al que le fue asignado al momento de su nacimiento, o algún tratamiento psiquiátrico que pueda afectar a esa persona en determinada oportunidad, por ejemplo, al momento de aplicar a un trabajo o en el caso de que simplemente no desee que dicho diagnóstico sea revelado a sus familiares.

Como se advierte, la obligación de confidencialidad no afecta exclusivamente a los médicos que atienden al enfermo, sino a todo el personal sanitario y no sanitario, tanto de la institución como de las posibles empresas que trabajan dentro del hospital. En este sentido es de suma importancia que se realice un esfuerzo de parte de todas las estructuras sanitarias para adaptarnos a estos imperativos bioéticos y legales, pues, así como se ha estructurado y delimitado la protección de datos personales, debe de determinarse el manejo de este tipo de información. Si

bien es cierto, que nuestra Constitución tutela este tipo de información personal y que, mediante contratos privados con los centros y hospitales privados, se regula esta información, también lo es que no existe un marco legal que contemple y defina cómo debe de resguardarse esta información.

5. Historial clínico digitalizado

Martínez Aguado, al definir la historia clínica, indica: *“Es el soporte documental biográfico de la asistencia sanitaria de un paciente. Siendo el documento más privado que existe de una persona no en vano contiene todos los detalles más íntimos acerca de su personalidad, física, psíquica y social”*²¹

La finalidad de la historia clínica es la de facilitar la asistencia del paciente, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento del estado de salud. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico adecuado, la información obtenida en todos sus procesos asistenciales realizados por los servicios de salud, tanto en el ámbito de la atención primaria como de la especializada.

Es por ello por lo que dicho historial o documento es de suma importancia pues este se inicia en primer lugar, por parte del médico tratante o del personal de salud al momento de llevarse a cabo la entrevista médico-paciente, esto a través del interrogatorio, del examen físico y de los resultados tanto de los estudios de los laboratorios clínicos, como del diagnóstico de imágenes. En este se recoge la información necesaria para la atención del paciente. Es por ello que, la supresión y la verificación de datos, es relevante en el historial clínico pues dicha actitud podría afectar gravemente los futuros tratamientos médicos y en última instancia a la vida de las personas.

La globalización y la modernización de las tecnologías no puede ser ajena a las cuestiones de salud, la sociedad actualmente requiere de una modernización en el manejo del historial clínico, que facilite el acceso, las consultas y los desplazamientos de los pacientes, lo que manifiesta una gran ventaja, pues con el solo hecho de acceder al historial clínico digital del paciente, el médico tratante puede analizar o requerir los resultados

21 Martínez Aguado, L. *“Aspectos éticos de la historia clínica”*, (Granada: Comares, 2002), p 78

de pruebas e imágenes para llegar a un diagnóstico, aún si se encuentra a distancia. Asimismo, cuando el cuadro clínico lo amerite, es factible requerir varias opiniones médicas a la vez, con el fin de obtener un mejor resultado. En la actualidad la mayoría de los hospitales y centros asistenciales, cuentan con este tipo de datos, pero aun así es necesario que se desarrolle una normativa especial que regule el manejo y administración de este tipo de datos.

Así como el historial clínico digital posee varias ventajas, a su vez contempla algunas desventajas, las cuales, de haber una ley específica sobre el tema, podrían dilucidarse; entre estas desventajas se encuentran, el hecho de que los pacientes en realidad nunca llegan a tener el total conocimiento de quiénes y para qué fines puedan tener acceso a su expediente médico o historial clínico digital, si sus datos personalísimos están siendo utilizados para fines de investigación, o si por ejemplo, en época de una pandemia el acceso a dicho documento sea sin restricciones con el fin de buscar una cura total a la enfermedad que aqueje. Asimismo, surge la incertidumbre de que sí es al médico tratante al que le corresponde dicho historial por estar plasmados en ese documento sus conocimientos o si este le pertenece al paciente por contener sus datos más íntimos y personales o si el mismo es propiedad del centro de salud donde se encuentra archivado.

Dichas circunstancias, se encuentran debidamente reguladas en el artículo 18 de la “Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”, de España que establece los derechos de acceso a la historia clínica e indica que: 1. El paciente tiene el derecho de acceso, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos; 2. El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada; 3. El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas.

Y, por último, el inciso cuatro que trata sobre los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual solo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a ellos, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso, el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.

Asimismo, el artículo 19 de la referida Ley, contempla los Derechos relacionados con la custodia de la historia clínica y establece que el paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recolección, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad.

Como se advierte, las anteriores transcripciones reflejan y regulan todas las incertidumbres e interrogantes que surgen en cuanto al manejo y control del historial clínico, las cuales en Guatemala deben de esclarecerse mediante una Ley específica en la que debe de determinarse la información que debe de constar en dicho documento, ya sea de parte del médico tratante como del paciente, qué datos se deben de incluir y cuáles deben de excluirse, establecer el derecho de acceso del paciente a su historial, el consentimiento de este para el acceso de terceras personas, si sus datos pueden ser parte de una investigación científica o no, qué datos pueden revelarse y cuáles no, incluso después de la muerte, a quienes pueden otorgarse dichos datos personales y ante todo cuando el usuario o paciente puede solicitar la rectificación y cancelación de datos. En Guatemala es imprescindible que se elabore una Ley en materia de protección de datos personales y una Ley específica de datos personales en relación con el derecho a la salud.

6. Conclusiones

En el caso de Guatemala, la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto No. 57-2008, es la herramienta que acerca a los guatemaltecos al ejercicio del derecho de conocer y esclarecer todos los actos de la administración pública buscando así la transparencia y la eliminación de toda incertidumbre con relación al ejercicio del poder público.

Asimismo, contempla el derecho a la intimidad o el derecho a la protección de datos personales de los particulares y reconoce el derecho que tiene toda persona de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos y la finalidad a que se dedica esta información, así como su protección, corrección, rectificación o actualización.

No obstante ello, si bien es cierto, que nuestra Constitución tutela este tipo de información personal, también lo es que no existe un marco legal que contemple y defina cómo debe de resguardarse esta información, circunstancia que no es ajena a las cuestiones de salud, pues a raíz de la globalización la a sociedad actualmente requiere de una modernización en el manejo del historial clínico, que facilite el acceso, las consultas y los desplazamientos de los pacientes, sin embargo, en Guatemala aun cuando la ley de la materia prohíbe la creación de archivos de datos sensibles, la misma, faculta a entidades de servicio, como hospitales o instituciones de previsión, para que registren información sensible siempre que esta coadyuve a un efectivo diagnóstico y tratamiento de pacientes o afiliados, y haya un compromiso de confidencialidad.

Dicha acumulación y transmisión de datos se recolecta mediante contratos privados con los centros de salud y hospitales públicos y privados, quienes con el manejo de dicha información, generan, entre otros, el historial clínico digital, situación que precisamente genera mucha incertidumbre a las personas, pues al no existir una norma que regule el contenido, desarrollo y administración de dicho procedimiento, los pacientes no pueden tener control sobre la difusión de sus datos en el ámbito de una de las áreas más personales e íntimas del ser humano como lo es la salud. Si bien es cierto, que los médicos tratantes, como profesionales, están limitados a difundir la referida información debido al secreto profesional, surge la incertidumbre en qué casos esa privacidad puede ser quebrantada por el consentimiento del interesado o por imperativo legal.

Es por ello que, con el fin de dar respuesta a las cuestiones antes descritas, es de suma importancia que se realice un esfuerzo de parte de todas las estructuras sanitarias y del gobierno, para que en las políticas de Estado se elaboren leyes que coadyuven al desarrollo de normativas que contemplen estos imperativos bioéticos y legales, pues, así como se ha estructurado y delimitado la protección de datos personales, debe de determinarse el manejo de este tipo de información.

7. Bibliografía

- Corte de Constitucionalidad, *Digesto Constitucional*. (Guatemala: Editorial Serviprensa. 2001).
- Chiavenato, Idalberto. *Introducción a la Teoría General de la Administración*. (Séptima Edición. McGraw-Hill Interamericana, 2006)
- García, Aristeo. *Protección de datos y de habeas data. Una visión desde Iberoamérica*. (Madrid: Agencia Española de Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), acceso 09-09-2021, https://www.academia.edu/13519719/Protecci%C3%B3n_de_datos_personales_y_Habeas_data._una_visi%C3%B3n_desde_Iberoam%C3%A9rica
- Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. *El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales*. (España: Azpilcueta), Cuadernos de Derecho, No. 20, s.f. Disponible en línea: <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/20/20043058.pdf> (Consultado el 21 de marzo de 2020).
- Martínez Aguado, L. *Aspectos éticos de la historia clínica*, (Granada: Comares, 2002)
- Molina Barreto, Roberto. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. Guatemala: Opus Magna Constitucional Guatemalteco. Tomo II. Ideart Estudio., 2011)
- Promonegocios.net. *Definición de Información*. (México: 2008) <https://www.promonegocios.net/mercadotecnia/definicion-informacion.html> (consulta 10/11/2019).
- Pulido, Emilia. *La protección de datos personales en España: Evolución Normativa y Criterios de Aplicación*. (Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 2013).
- Villanueva, Ernesto. *Derecho de Acceso a la Información Pública en Latinoamérica*. (México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003).

Sentencias

Corte de Constitucionalidad. STC 1356-2006, de once de octubre de dos mil seis. www.cc.gob.gt

El Tribunal Constitucional Español, en el expediente 292/2000 emitido el 30/11/2000

Leyes

Constitución Política de la República de Guatemala

Decreto 57-2008, de 22 de octubre, Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala. www.infile.com

Iniciativa de Ley de Protección de Datos Personales Número 4090 de 20 de agosto de 2009. Congreso de la República de Guatemala. www.infile.com

Iniciativa de Ley de Protección de Datos Personales Número 5921 de 9 de junio de 2021. Congreso de la República de Guatemala. www.infile.com

Iniciativa de Ley 4282 del Congreso de la República “Iniciativa que dispone aprobar ley de los derechos del paciente y creación de la defensoría del paciente, para la reparación inmediata de daños derivados de la atención médica en los establecimientos de salud público y privados de la República de Guatemala”. Diputado Armando Enrique Sánchez Gómez www.congreso.gob.gt

Estándares de Protección de Datos Personales para los Estados Americanos, 2017 www.redipd.org (consultado 09/09/2021)

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188>

Docencia universitaria como criterio de elección de magistrados CC-USAC: consideraciones importantes

Professorship as condition for election as a Constitutional Court Justice: some very important considerations in the Guatemalan Case

William Gilberto Bobadilla López*

Resumen

Ciertos grupos sociales pretenden que los magistrados de la Corte de Constitucionalidad designados por la Universidad de San Carlos de Guatemala sean electos únicamente entre profesores titulares de dicha Casa de Estudios Superiores, pero tal postura es errónea, ilegal e ilegítima porque carece de base constitucional y, peor aún, contradecir normas de la propia Universidad, normas internacionales incorporadas por la Universidad, normas citadas por los propios defensores de esa postura, normas internacionales referidas a derechos humanos, normas constitucionales internas y normas penales domésticas, razón por la cual, es preciso que el máximo tribunal constitucional fije precedente en contrario, ordenando expresamente al Consejo Superior Universitario evaluar rigurosamente la idoneidad y honorabilidad de todos los profesores que participen, sin importar su categoría laboral o pertenencia institucional.

Palabras clave: Discriminación. Interpretación arbitraria de normas. Igualdad y No-discriminación.

* *Doctor en Ciencias Políticas y Sociología*, Universidad Pontificia de Salamanca; *Doctor en Derecho*, Universidad de San Carlos de Guatemala; *Candidato a Doctor en Seguridad Estratégica*, Universidad de San Carlos de Guatemala; *Candidato a Doctor en Educación*, Universidad de San Carlos de Guatemala. Investigador independiente. Correo electrónico para contacto con el Autor: infoderecho2002@yahoo.com

Abstract:

Certain interest groups call for the Constitutional Court's justices appointed by the University of San Carlos of Guatemala to be elected solely among full-tenured professors from that Institution of Higher Learning. That Proposal is flawed, illegal and illegitimate due to lack of constitutional provision that supports it and its direct contradiction of the University's internal regulations, of international norms and standards incorporated by the University, of foreign norms cited by the proponents themselves, of international norms referred to human rights, and of national constitutional and criminal norms. It's become essential that Highest Constitutional Court of the Land establishes a precedent by ordering the Higher Council of the University of San Carlos of Guatemala to dutifully appoint justices based on merit, not on job class or institutional membership of the participating professors.

Keywords: *Discrimination. Interpretation of the Law. Equality and Non-Discrimination.*

SUMARIO

Introducción; 1. Interpretación incorrecta y privilegio; 2. Interpretación correcta y Derecho a la Igualdad 3. Bibliografía.

Docencia universitaria como criterio de elección de magistrados CC-USAC: consideraciones importantes

***Professorship as condition for election as a
Constitutional Court Justice: some very important
considerations in the Guatemalan Case***

William Gilberto Bobadilla López

Introducción

Trascendió recientemente en redes sociales y en el sitio web de la Corte de Constitucionalidad, CC, una petición de amparo en única instancia (Expediente 3890-2021, Of. 5) dentro de la cual, dicha Corte instruyó al Consejo Superior Universitario de la USAC informar sobre cómo analizó y valoró el requisito de experiencia docente universitaria de los participantes a magistrados CC, período 2021-2026, cosa que, todos sabemos, dicho órgano no hizo siquiera (pese a exigirlo la Ley), y que ello puede causar que la CC decrete amparo provisional y ordene repetir el proceso de designación de magistrados CC por la USAC, escenario probable que hace oportuna la consideración de un criterio vital en la ponderación dicha experiencia, dadas sus profundas implicaciones, y que impone la fijación de *precedente*, que resulta necesario, de cualquier manera, se repita, o no, dicho proceso de elección.

Para analizar este tema aprovecho datos obtenidos mediante investigación *documental* (textos normativos y no-normativos), mediante los cuales presento al estimado lector las razones por las que cierta postura favorable a la elección de magistrados CC exclusivamente entre profesores titulares de la USAC es errónea, ilegal e ilegítima (objetivo

general), junto con cierto detalle sobre la forma en que la promueve, lo que hay detrás de ella, la forma en que lesiona a individuos, sociedad y Estado, y los motivos por los que es preciso e ineludible fijar precedente en su contra (objetivos específicos).

1. Interpretación incorrecta y privilegio

El Artículo 152 de la *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, ordena expresamente que los magistrados CC designados por USAC sean electos, preferentemente, entre personas con experiencia en docencia universitaria, disposición genérica que posibilita elegir entre profesores titulares y no titulares de USAC e, incluso, de otras universidades, pese a lo cual existe cierta pretensión reiterada (legal y mediáticamente), por diversos actores (unos más reconocidos que otros) sobre que se elija a tales magistrados exclusivamente entre profesores titulares de la USAC, porque “todos los magistrados CC nombrados por USAC a la fecha lo han sido, y ‘docente universitario’ significa, realmente, profesor titular USAC”.

Esta postura es errónea, ilegal e ilegítima, por muchas razones, entre las que puede mencionarse que no solo carece completamente de base por no existir norma constitucional alguna que contemple algo como eso, sino que, por el contrario, choca frontalmente con normas de la propia USAC, normas y estándares internacionales incorporados por USAC, normas utilizadas por los propios defensores de esa postura, normas constitucionales internas, normas internacionales de DDHH e, incluso, normas penales domésticas, como se ve a continuación.

1.1 ***Dicha pretensión “exclusivista” es desvirtuada por las propias normas USAC***

Quienes pretenden que tal elección entre el selecto grupo cuya relación laboral se rige por el *Reglamento de la Carrera Universitaria del Personal Académico* (Modificado por el punto Noveno, del Acta 27-2005 del Consejo Superior Universitario, de fecha 26/10/2005, en el

Artículo 11, literal b), olvidan (voluntariamente, quizá) que si bien dicho Reglamento define al profesor universitario como “*persona individual que forma parte del personal académico de USAC*” (Art. 5.4), al personal académico como, “*conjunto de profesionales graduados que, siendo titulares, realizan docencia, investigación, extensión y administración académica en USAC*” (Art. 5.3), y a la titularidad como categoría adquirida por ingreso a la carrera del personal académico (Art. 14), es muy claro en relación a que los profesores universitarios son titulares o no-titulares (Art. 10).

No es la única norma interna de la Universidad que lo aclara, por cierto, dado que también lo hace la propia *Ley Orgánica de la Universidad de San Carlos de Guatemala*, Decreto 325, al establecer que la docencia universitaria está a cargo de profesores honorarios, titulares y auxiliares (Art. 7º) y el personal docente integrado tanto por profesores designados por el CSU tras examen de oposición como por catedráticos especializados o técnicos extranjeros, contratados por la Universidad o el Gobierno (Art. 8º), y, todavía más, el *Reglamento del Personal Académico Fuera de Carrera* (Aprobado por el Consejo Superior Universitario en Punto Quinto del Acta No. 29-2001, y ampliado en Punto Décimo Sexto, del Acta No. 04-2003), que no solo enumera diversas subcategorías de profesorado universitario no-titular (visitante, afiliado, interino, técnico especializado, jubilado, postgrado) (Artículo 3), sino que, además, les atribuye muchos de los derechos, obligaciones y responsabilidades de los profesores titulares, entre otros:

- (1) *Libertad de cátedra (Art. 16.1);*
- (2) *Obligación de ejercer docencia, investigación y extensión de alta calidad (Art. 17.2);*
- (3) *Obligación de someterse a evaluaciones docentes (Art. 17.2);*
- (4) *Obligación de someterse a cursos de nivelación, en caso de ser mal evaluados (Art. 17.2);*
- (5) *Remuneración con base en cuota hora-diaria-mes del personal de carrera (Art. 24); y*
- (6) *Sujeción al régimen disciplinario establecido en el Estatuto de la Carrera Universitaria del Personal Académico (Capítulo IX).*

1.2 Esta pretensión exclusivista es desvirtuada, también, por normas y estándares internacionales incorporados por USAC y directamente relacionados a instrumentos internacionales suscritos por Guatemala, que constituyen Derecho blando (Soft Law) progresivamente transformado en Derecho duro (Hard Law) y Derecho nacional que reconfiguran la Educación Superior global

De lo anterior pueden referirse varios ejemplos:

1. La *Magna Charta Universitatum*, firmada en 1988 por 904 universidades de 88 países a la fecha (al momento, Universidad Francisco Marroquín, por Guatemala) y originalmente redactada para celebrar el Aniversario 900 de la Universidad Europea (modelo seguido por todas las universidades del país), establece que “[...] *la universidad es un lugar de encuentro privilegiado entre profesores –que disponen de la capacidad de transmitir el saber y los medios para desarrollarlo a través de la investigación y de la innovación– y estudiantes –que tienen el derecho, la voluntad y la capacidad de enriquecerse con ello [...]*” (*Principio fundamental 3 segundo párrafo*), cuestión que evidencia, *per se*, que “profesores universitarios” son todos los que ejercen docencia, investigación y extensión dentro de las universidades;
2. La *Declaración de Bolonia del 19 de junio de 1999*, firmada por los ministros de educación de 29 países europeos, que establece que los estudios universitarios son un sistema compuesto por dos niveles, a saber, *pregrado* y *postgrado* (párrafo 9), dentro de los cuales existen diferentes programas donde todos aquellos que imparten cátedra son, evidentemente, “docentes universitarios”;
3. El *Plan de Bolonia*, basado en la Declaración anterior, firmado por 47 Estados de Europa y creado dentro del marco del *Convenio de Reconocimiento de Lisboa (Convenio sobre Reconocimiento de Cualificaciones Relativas a la Educación Superior en la Región Europea)*, que fija estándares para la compatibilidad y aseguramiento de la calidad en los programas de estudios superiores de Europa por medio del establecimiento de un “Espacio de Educación Superior Europeo” que integra, a su vez y entre otros, un “sistema basado en dos ciclos (grado, postgrado)” y un “sistema de movilidad” por el cual, los docentes universitarios que trabajan en cualquiera de ellos, pueden

viajar y realizar intercambios diversos, como parte de una estrategia de internacionalización que sirve a la mejora de los procesos de enseñanza-aprendizaje (Programa ERASMUS); y

4. *El Plan Tuning*, por el cual, desde 2011, se incorpora a *Latinoamérica*,¹ *Guatemala* (vía Centro Nacional Tuning de Guatemala),² y la *Universidad de San Carlos de Guatemala* (vía División de Desarrollo Académico y Facultad de Agronomía) el esquema referido en el inciso anterior (Plan Bolonia) para crear un “Espacio de Educación Superior Latinoamericano” y “armonizar” los sistemas de educación superior de los países centroamericanos (Marco SICA).³

Todas estas normas y estándares *glocales* (diseños globales con detalles locales) entienden por– y reconocen como– profesores universitarios, a todos aquellos individuos que, en grado o postgrado, en universidades públicas o privadas, detentan las viejas prerrogativas medievales de *Libertad de Enseñar (Lehrfreiheit)* y *Libertad de Investigar (Freiheit der Wissenschaft)*, que, junto a la *Libertad de Aprender (Lernfreiheit)* de los estudiantes, constituyen el núcleo de la autonomía universitaria protegida, entre otros, por los Artículos 82 y 85 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por eso, cuando el Artículo 152 de la Ley de Amparo se refiere a “docencia universitaria”, hace alusión directa a *Libertad de Cátedra* (Art. 71 de la Constitución), derecho fundamental de todos los profesores universitarios, dentro o fuera de carrera, de universidades públicas o privadas, que no sólo es elemento identitario que todos los estados están obligados a reconocer, proteger, facilitar, fortalecer y optimizar para garantizar la calidad de ciencias y artes, sino, aún más, componente básico de la dignidad humana de quien la detenta, es decir, todo profesor, sin distinción de puesto (Arts. 13, 10, 1 de la *Carta de DDHH de Unión Europea*; 19 del *Pacto Internacional de DD. y PP.*, 19 del *Pacto Internacional de DD. EE., SS. y CC.*, entre otros), estando esa dignidad también está protegida por otros principios más amplios y abarcadores como la Garantía de condiciones equitativas de trabajo y la Prohibición general de medidas legislativas o administrativas

1 Tuning América Latina. *Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina*. (Bilbao: Universidad de Deusto / Universidad de Groningen, 2007), 11.

2 “Centro Nacional Tuning de Guatemala”, Tuning América Latina, acceso 3 de agosto 2021, http://www.tuningal.org/index.php?option=com_content&view=article&id=114&Itemid=123.

3 Domingo Pérez Brito. *Homologación de carreras* (Ciudad de Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2019), 19.

generadoras de inequidad, ambas claramente abordadas en la *Recomendación UNESCO relativa a la condición del personal docente de la enseñanza superior de 1997* que puntualiza, por un lado, que “[...] el personal docente de la enseñanza superior debería gozar de: [...] un sistema eficaz, justo y equitativo de relaciones laborales dentro de la institución, compatible con los instrumentos internacionales [...]” (Sección 46), y por otro, que “[...] la titularidad, cuando este régimen exista, o su equivalente funcional, deberá garantizarse en la medida de lo posible, incluso cuando se modifique la organización de la institución o sistema de enseñanza superior, o se introduzca cambios en éstos, y deberá concederse tras un período razonable de prueba a quienes reúnan una serie de condiciones objetivas previamente determinadas en materia de docencia, labor intelectual o investigación, a juicio de un órgano académico, o realicen un trabajo de extensión a la comunidad satisfactorio a juicio de la institución de enseñanza superior. [...]” (Sección 43b).

Ambas disposiciones, referidas a un problema central en la Educación Superior plenamente vigente en la USAC contemporánea, son pertinentes al examen de esta pretensión exclusivista, porque en dicha *Alma Mater*, los profesores universitarios *fuera* de carrera, ejercen docencia universitaria igual que los profesores titulares, pero en una situación de desigualdad e injusticia lesiva de derechos fundamentales que es perpetuada por la propia Universidad de San Carlos de Guatemala, entre otros, mediante la irremediable separación que hace entre “profesores titulares” regidos por el *Reglamento de la Carrera Universitaria del Personal Académico* que gozan de plenitud de derechos (ascensos, aumentos, incentivos, sabáticos, subvenciones, participación en política universitaria, etc.), y “profesores visitantes afiliados, interino, técnicos especializados, y de postgrado”, que están regidos por el *Reglamento del Personal Académico Fuera de Carrera*, no tienen esos derechos, y no tienen posibilidad alguna de tenerlos, salvo que ingresen a la carrera académica mediante procesos de *oposición*, poco frecuentes y altamente politizados, que una de muchas formas de uso indebido de procedimientos administrativos para asegurar inequidad que, ahora, se intenta extrapolar al proceso de elección de magistrados CC, para magnificar, todavía, el *status quo* de unos pocos profesores titulares USAC ya muy privilegiados a lo interno de dicha Universidad frente a todos los demás (participación exclusiva en el gobierno universitario, por ejemplo).

1.3 Esta pretensión de “elección exclusiva entre profesores titulares USAC” es desvirtuada, incluso, por los mismos ejemplos presentados legal y mediáticamente en su defensa

Esto es visible, v.g., en cierta alusión (muy diseminada) a que la calidad de docente universitario es requisito especial para integrar el Tribunal Constitucional en Italia y España –que si bien totalmente cierta desde un punto de vista *genérico*– respectivamente, “*professori ordinari di università in materie giuridiche*” (Artículo 135 Constitución italiana 2012) y “*profesores de universidad*” (Art. 159 inc. 2 Constitución española 1978) –no lo es, en absoluto, en el sentido restringido que se le pretende dar (“docente universitario es lo mismo que profesor titular de la Universidad Estatal”), dado que, en estos mismos países con los que se pretende ejemplificar (ambos signatarios del *Plan de Bolonia*), dicha categoría (“docente universitario”) está integrada, como en Guatemala, por *profesores de carrera y fuera de carrera*, cosa fácil de corroborar mediante rápido cotejo del solo caso de España (Arts. 56 y 48 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades).

1.4 Esta pretensión de “elección exclusiva entre profesores titulares USAC” procura la aplicación de normas desfasadas de rango menor que benefician a postulantes privilegiados, pero perjudican ilegal e ilegítimamente los derechos humanos todos los demás participantes, además de contravenir la Ley penal

Esto es visible en escritos legales y publicaciones sociales diversos que coinciden en citar los Artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica USAC ya referidos para procurar que el CSU designe a los magistrados CC de *entre* dichos profesores titulares USAC, siendo su afirmación invariable que “*la docencia universitaria está a cargo de los profesores titulares designados por el Consejo Superior Universitario tras calificación méritos en exámenes de oposición*”, y que ello es así desde 1947 (año de aprobación de dicha norma), siendo esta última alusión especialmente útil porque permite demostrar que, por el contrario, esta norma ordinaria vieja, de 74 años de vigencia, emitida en un contexto socio-histórico totalmente diferente (la Universidad no era aún “de masas” y no estaba integrada todavía por escuelas facultativas y centros regionales que carecen de representación en el Consejo Superior Universitario simplemente por no existir al momento de su aprobación),

resulta totalmente inadecuada como base legal de dicha pretensión, porque aparte de anacrónica, es generadora (por desalineación con la realidad social que debe regir) de múltiples formas de discriminación que violentan hoy el Principio democrático dentro de la Universidad de San Carlos de Guatemala y son contrarias al modelo universitario salamantino y a la Reforma universitaria de Córdoba (1918) que históricamente inspiraron la organización de dicha Universidad, y la hicieron referente regional, en su momento.

Dicha argumentación exclusivista no puede ser aceptada por el hecho notorio que dicha Universidad tiene sentida necesidad de reformas legales y administrativas que eliminen las numerosas formas de discriminación que existen dentro de ella y son causadas, en buena parte, por esa Ley orgánica y otras normas internas (reglamentarias, etc.), siendo, por ello, ilegítimo pretender la aplicación de la normativa de la Universidad de San Carlos que favorece a los docentes universitarios titulares y que genera discriminaciones entre el personal académico que deben ser eliminadas, no ampliadas, cuestión a la que aluden directamente:

(1) Normas conducentes de la Convención UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, que: (1) equipara las discriminaciones en la esfera de la enseñanza con violación de derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Considerando 1); (2) entiende como “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia que tenga por finalidad o efecto alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y especialmente colocar a una persona o a un grupo de personas en situación incompatible con la dignidad humana (Artículo 1.1.d); y (3) establece que los estados han quedado comprometidos a eliminar y prevenir la discriminación la esfera de la enseñanza, cuestión que implica derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas, y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza (Artículo 3);

(2) normas conducentes de la Recomendación OIT/UNESCO relativa a la situación del personal docente de 1966, que establece que el “[...] personal docente debería estar protegido eficazmente, contra los actos arbitrarios que atenten contra su situación profesional [...]” (Punto 46); y

(3) el Derecho de igualdad ante la Ley, el Derecho de igualdad en dignidad y derechos, y el Derecho a la no-discriminación contemplados tanto en el Artículo 24 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, como en los Artículos 1 y 2 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, y que, por disposición constitucional, tienen preeminencia sobre cualquier Derecho interno (Art. 46 de la Constitución).

Resulta ilegal e ilegítimo, entonces, pretender tal interpretación de los Artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica USAC, no solo porque es errónea, como se ha analizado al inicio, sino, porque, además, contradice burdamente la obligación de Interpretación *extensiva* de la Ley establecida en el Artículo 2º de la Ley de Amparo, que claramente establece que “[...] *Las disposiciones de esta Ley 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 [...]*”; y

Resulta ilegal, finalmente, porque su aplicación, de esa manera, implicaría discriminación ilícita por parte del Consejo Superior Universitario y, ello, comisión de delito, sea como *Resolución violatoria a la Constitución* o como *Discriminación*, según regulan, respectivamente, los Artículos 423 y 202 bis inciso c del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

2. Interpretación correcta y Derecho a la Igualdad

La consideración jurídica de lo anterior por la CC se justifica directamente en la importancia del reconocimiento y protección de los DDHH por las instancias nacionales que tienen que garantizarlos, en este caso, el máximo tribunal constitucional que no debe tener mayor problema para hacerlo por los muchos referentes directos que tiene y numerosas disposiciones internacionales que lo posibilitan y alientan:

(1) Por un lado, cualquier persona con argumentos pertinentes y/o con interés personal puede ser oída cuando presenta sus consideraciones mediante solicitud escrita (Arts. 44 numeral 1 y 62 numeral 3 del *Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*) dado que los mismos juegan un “[...] *papel relevante al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia [...]*”; y

(2) Por otro, los mismos órganos jurisdiccionales pueden invitar a cualquier persona sin interés en el asunto, o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a presentar observaciones por escrito o a participar en la vista (Artículo 36 numeral 2 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*), pudiendo ser individuos, organizaciones o, incluso, estados los que pueden presentar observaciones, orales o escritas, si resultan convenientes a la determinación de la causa (Regla 103 numeral 1 de las *Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roma*).

Existe, además, un fundamento constitucional propio que la justifica igualmente sobre la base de su trascendencia general, a partir del siguiente agregado de principios:

- (1) *Participación ciudadana* (Art. 30 de la Constitución Política de la República de Guatemala –CPRG-);
- (2) *Principio democrático* (Art. 46 CPRG);
- (3) *Transparencia del debate judicial* (Art. 29 CPRG);
- (4) *Debido proceso* (Art. 12 CPRG);
- (5) *Garantía de plena vigencia de los derechos humanos en el orden institucional* (Preámbulo CPRG);
- (6) *Preeminencia de los tratados y convenios sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala sobre el Derecho interno* (Art. 46 CPRG); y
- (7) *Nulidad ipso iure de leyes, disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen derechos humanos* (Art. 44 CPRG).

La crisis constitucional por la que atravesamos impone que ni la Corte de Constitucionalidad ni la Sociedad guatemalteca se olviden que los criterios legales y legítimos de elección son *idoneidad* y *honorabilidad*, no privilegio laboral ni filiación alguna.

El *Derecho a la Igualdad y No-discriminación* de todos los eventuales postulantes obliga, por el contrario, a tener siempre presente que la *idoneidad* es algo concreto (nunca algo abstracto o quimérico) que resulta simplista definir como mera aptitud y suficiencia técnica, dado que implica *condiciones* (físicas, morales, sociales) y *valores*⁴ múltiples,⁵ que no solo deben ser comprobados vía una compleja in-

4 Entre otros: "identificación con el interés nacional", "respeto por la dignidad humana", "lealtad en el proceder", "sensibilidad por las necesidades comunitarias", "probidad en la función", "cumplimiento diligente de deberes", etc.

5 Marcelo José Schreginger. "La idoneidad como condición estructural del sistema republicano constitucionalizado y la legitimación para su exigibilidad", *Revista Derechos en Acción* 4, no. 12, (2019): 223-224.

tegración de medios disponibles,⁶ sino, todavía, resulta *irrazonable* concebir, siquiera, como atributos poseídos “exclusivamente” por un pequeño segmento de profesores universitarios (docentes titulares de la USAC, en este caso).

Debe recordarse siempre que la Constitución ordena claramente otorgar los cargos públicos a atención a *méritos de capacidad, idoneidad*⁷ y *honradez*⁸ (Art. 113 CPRG), y, en el específico caso de los magistrados CC, tras constatar la *honorabilidad* (Art. 270 inc. d CPRG),⁹ y que estas disposiciones que no solo dejan fuera de toda discusión la pretensión exclusivista examinada, sino que, más aún, corroboran plenamente que un paso significativo en el respeto al *Derecho a la Igualdad y No-discriminación* es instruir directamente al CSU evaluar con rigor, en su oportunidad, los merecimientos (“mérito”, *meritum*) que cada postulante a magistrado a la CC posea (sea profesor titular o no titular, de la universidad pública o de universidades privadas), proscribiendo cualquier elección exclusivista que, en el fondo, no es sino discriminación ilegal y serio daño a la Sociedad y al Estado:

(1) *Discriminación ilegal. Porque si bien la literatura administrativa contemporánea puede diferir respecto a la posibilidad real de “llevar a los mejores” a la función pública mediante cualquier designación (mera elección no asegura adecuación a las exigencias del cargo, v.g.), es unánime en señalar que las designaciones exclusivistas son discriminación en sentido negativo y, por ello, acto administrativo ilegal e ilegítimo, porque tiene como “único mérito de peso” la pertenencia y afiliación del designado a grupo determinado (profesores titulares USAC, en este caso), ignorándose un verdadero examen de idoneidad, y excluyéndose a quienes no tienen ese “mérito” pero podrían acceder al cargo en una selección justa y transparente;*

6 Marcela Sandra Molina. “La Idoneidad del funcionario público en la era de las TICS y BIG DATA”, *Ars Iuris Salamanticensis*, vol. 8, (2020): 127-128.

7 *Capacidad e Idoneidad* hacen referencia directa a las competencias laborales (conocimientos, experiencias, actitudes) que debe poseer el magistrado constitucional para ajustarse a las circunstancias y exigencias del cargo.

8 *Honradez* hace referencia directa al tipo de conducta que debe guardar permanentemente el magistrado constitucional en el ejercicio de su función, acorde al Principio constitucional de probidad y a sus parámetros desglosados a nivel ordinario (“cumplimiento estricto de los preceptos constitucionales”, “ejercicio transparente de la función pública”, “preeminencia del interés público sobre el privado”, “honestidad y lealtad en el ejercicio del cargo”, etc.) (Artículo 6 de la *Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos*, Dto. 89-2002 del Congreso de la República).

9 *Honorabilidad* hace referencia a la correlación/retroalimentación necesaria entre idoneidad y ética del magistrado constitucional que resulta *conditio sine qua non* para la efectividad y legitimidad de su trabajo. Vid. Julio Conte-Grand. La Ética de la Idoneidad. La ética pública y el rol de los operadores jurídicos, *Revista de Administración Pública*, no. 186 (2011): 109-110.

- (2) *Daño a la Sociedad. Porque los efectos del exclusivismo rebasan a los injustamente excluidos y trascienden a la Sociedad en su conjunto que atestigua elecciones regidas por favoritismos injustificados y contrarias a la consolidación democrática y la reconstrucción de la administración pública, y que son duro golpe a la moral pública, dado que: “[...] nada desacredita más una gestión gubernativa o administrativa que los nombramientos arbitrarios, y lo son cuando los nombrados carecen de idoneidad moral y técnica, sobre todo moral. Además de implicar una trasgresión constitucional, causa sensación de injusticia en el espíritu público. Sus primeras consecuencias son la repulsa en la opinión sensata; luego desmoraliza a los que con idoneidad tienen derecho al cargo; en fin, contribuye a perturbar el orden disciplinario. Se tiene de esto una deplorable experiencia en nuestro país, donde todo esto se olvida pronto y, lo que es más grave, se olvida a sabiendas [...]”;*¹⁰ y
- (2) *Daño al Estado. Porque las designaciones inclinadas a favor de un segmento (profesores titulares USAC, en este caso) son Gatopardismo que aseguran el continuismo y el menoscabo de la eficiencia estatal,¹¹ porque se afecta el acopio idóneo de insumos académicos indispensables al óptimo desempeño de la Corte de Constitucionalidad (Art. 269 inc. d CPRG), dado que se limita la búsqueda de los mismos donde pueda encontrárselos (cualquier categoría del profesorado) y se presume simplemente que se los encontrará en un grupo laboralmente privilegiado.*

Por reflexión propia, instancia de parte (Art. 183 de Ley de Amparo) o *amicus curiae* que brinden elementos beneficiosos al fortalecimiento del sistema de garantías de DD.HH.,¹² deviene indispensable que la CC establezca, más temprano que tarde, este vital *precedente*.

Que ello generará otras dinámicas, negociaciones y componendas, sí: corresponderá al CSU, órganos de control, instituciones de justicia, sociedad civil y ciudadanos neutralizar esas intenciones aviesas.

Simplemente, inconvenientes como esos no son argumento de peso para sacrificar derechos tan grandes por intereses tan pequeños, ni para que la CC deje de garantizar la plena vigencia de tales DD.HH. por un exclusivismo nulo ipso iure.

10 Rafael Vielsa. *La función pública: caracteres jurídicos y políticos, la moral administrativa* (Buenos Aires: Editorial Roque de Palma, 1960), 29.

11 Marcos Caballería Vaquer. “El criterio de la Eficiencia en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, no. 186 (2011): 102.

12 Víctor Bazán. “El *amicus curiae* en clave de Derecho Comparado y su reciente impulso en el Derecho Argentino”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 12, Enero-Junio 2005, acceso 3 de agosto de 2021, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5724/7507>.

3. Bibliografía

- Bazán, Víctor. "El amicus curiae en clave de Derecho Comparado y su reciente impulso en el Derecho Argentino", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 12, Enero-Junio 2005, acceso 3 de agosto 2021, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5724/7507>
- Bielsa, Rafael. *La función pública: caracteres jurídicos y políticos, la moral administrativa*. Buenos Aires: Editorial Roque de Palma, 1960.
- Caballería Vaquer, Marcos. "El criterio de la Eficiencia en el Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, no. 186 (2011): 91-135.
- Conte-Grand, Julio. *La Ética de la Idoneidad. La ética pública y el rol de los operadores jurídicos* (Buenos Aires: Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, 2019), acceso 3 de agosto de 2021, <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14837>.
- Molina, Marcela Sandra. "La Idoneidad del funcionario público en la era de las TICS y BIG DATA", *Ars Iuris Salamanticencis*, vol. 8, (2020): 107-176.
- Pérez Brito, Domingo. *Homologación de carreras*. Ciudad de Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, 2019.
- Schreginger, Marcelo José. "La Idoneidad como condición estructural del sistema republicano constitucionalizado y la legitimación para su exigibilidad", *Revista Derechos en Acción* 4, no. 12, (2019): 210-245.
- Tuning América Latina. *Reflexiones y perspectivas de la Educación Superior en América Latina*. Bilbao: Universidad de Deusto / Universidad de Groningen, 2007.
- Tuning América Latina. "Centro Nacional Tuning de Guatemala". Acceso 3 de agosto 2021, http://www.tuningal.org/index.php?option=com_content&view=article&id=114&Itemid=123.

El Estado moderno, globalización y sus efectos en las relaciones internacionales

The modern state, globalization, and its effects on international affairs

Herbert Rocael Girón Lemus*

Resumen

De los fenómenos actuales, probablemente la globalización es el que ha implicado mayores retos para el Estado moderno. La idea de una comunidad internacional ha impactado directamente en la concepción clásica de la soberanía estatal, así como en la dinámica de las relaciones internacionales. No obstante, tanto el surgimiento del Estado moderno como el de la comunidad internacional, tienen un denominador en común: la necesidad de alcanzar la protección sin menoscabo de la libertad individual. Por ello, debe reconsiderarse el papel del Estado en la actual era de la globalización y su influencia en la libertad individual.

Palabras clave: Estado moderno; globalización; soberanía; relaciones internacionales.

Abstract

Among the current issues, globalization is probably the one that has implied the greatest challenges for the modern state. The idea of an international community has had a direct impact on the classical conception of state sovereignty, as well as on the dynamics of international affairs. However, both the emergence of the modern state and that of the international community have a common denominator: the need to achieve protection without undermining individual

* Abogado y Notario por la Universidad Francisco Marroquín; Maestro en Derecho Tributario y candidato al Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de San Carlos de Guatemala; Abogado Defensor en el Instituto de la Defensa Pública Penal de Guatemala; abogado litigante y catedrático universitario.

freedom. Therefore, the role of the state in the current era of globalization and its influence on individual freedom must be reconsidered.

Keywords: *modern state; globalization; sovereignty; international affairs.*

SUMARIO

Introducción 1. El individuo frente al Estado moderno; 2. El Estado moderno y la comunidad internacional; 3. La libertad individual frente al Estado y la comunidad internacional; 4. Los retos de la soberanía ante la globalización; 5. Otros retos para las relaciones internacionales; 6. Conclusión; 7. Bibliografía.

El Estado moderno, globalización y sus efectos en las relaciones internacionales

The modern state, globalization, and its effects on international affairs

Herbert Rocael Girón Lemus

Introducción

El ser humano es un animal racional y político que necesita de la convivencia con sus congéneres para la satisfacción de sus necesidades y el desenvolvimiento de su personalidad. Así, Aristóteles sostuvo que aquel hombre que no era capaz de convivir con sus pares no guardaba la esencia de ser humano, ya que solamente los dioses o las bestias eran capaces de desarrollarse aisladamente.

En ejercicio de tal cualidad innata, y ante las vicisitudes que se le presentaban, el hombre conformó las primeras organizaciones sociales de la historia. No obstante, fue el Estado la que se consideró como la organización social más compleja y suprema de todas. Fue luego con las posturas de los contractualistas de corte más liberal, tales como Locke y Rousseau y, derivado de las revoluciones estadounidense y francesa de finales del siglo XVIII, que se dio nacimiento al Estado moderno como es conocido en la actualidad.

No obstante, el avance de la humanidad no se detuvo en aquella época y gradualmente, los Estados a través de sus habitantes comenzaron a interrelacionarse más allá de los límites territoriales del Estado nacional. Surge así el concepto de comunidad internacional, sistema internacional e incluso, el fenómeno de la globalización. Se da así cabida al cuestionamiento del rol que tiene el Estado y su soberanía ante la globalización y cómo se ven afectadas las relaciones internacionales.

En este trabajo se abordará tales aspectos y, para hacerlo de forma más congruente, se ha dividido en cinco partes. La primera de ellas tratará al rol que desempeña el individuo en la conformación del Estado moderno, así como las relaciones que se mantienen entre ambos una vez creado el Estado. La segunda replicará el análisis previo, pero desde la perspectiva del Estado moderno y su papel en la comunidad internacional. Seguidamente, la tercera abordará el tema de la libertad individual como ausencia de coacciones arbitrarias y su relación con el Estado y la comunidad internacional.

En lo que respecta a las últimas dos partes, las mismas se enfocarán específicamente en el fenómeno de la globalización, tanto desde una perspectiva económica como política. Por lo que en la cuarta parte de este trabajo se analizará los retos que la globalización ha acarreado para la concepción clásica de la soberanía, con especial énfasis en su perspectiva externa. Luego se concluirá con los retos que la globalización ha planteado para el desarrollo de las relaciones internacionales, concretizándose la relación que debe existir entre el Estado y las compañías multinacionales, así como otros riesgos y amenazas de carácter global que pueden surgir o aumentarse por las múltiples relaciones transnacionales.

1. El individuo frente al Estado moderno

El ser humano, desde el inicio de su existencia, ha tenido la necesidad de agruparse con sus semejantes. A pesar de su complejidad y su capacidad racional, ha sido siempre consciente que depende de los demás seres humanos para la consecución de sus fines.¹ Tales fines son de tan amplio espectro, que pueden ubicarse desde aquellos destinados a la simple sobrevivencia y satisfacción de necesidades básicas, como aquellos otros destinados a la realización racional y trascendental de su existencia.

La capacidad y, a su vez necesidad, que tiene el ser humano para relacionarse y agruparse con los de su misma especie es connatural a su existencia. Por tal motivo, desde la antigüedad, se ha sostenido que el ser humano es un ser esencialmente político. Un ser que necesita interactuar con otros para lograr su plan de vida, entendido este como una manifestación de su realización moral y social. Si bien otros animales

¹ Ludwig von Mises, *La acción humana tratado de economía* (Madrid: Unión Editorial, 2011), 93.

también son sociables, la racionalidad del hombre es lo que lo distingue y a su vez coloca en un plano de superioridad moral.²

Es la razón y la capacidad de crear y modificar la existencia, por ende, lo que caracteriza al género humano. Es esta cualidad lo que le habilita para la organización y vida social racional. Según Aristóteles el hombre es la causa y fin de su propia existencia. Esta criatura subsiste por sí misma constituye un fin en sí mismo. Cualquier intento de asimilar al género humano como un medio para alcanzar un fin, implicaría denigrar su esencia y dignidad, así como consentir tácita –o incluso expresamente– la desigualdad humana.

Esta racionalidad es lo que ha impulsado, sea de forma deliberada o espontánea, a la conformación del Estado. Sin mencionar el aspecto volitivo o espontáneo de dicha creación, la mayoría de los teóricos –a excepción de aquellos con posturas absolutistas– han coincidido en que el Estado surge como un medio destinado a la utilidad de sus habitantes. El Estado cuenta, por tanto, con un carácter instrumental y se encuentra al servicio del ser humano.³

De no serle útil, los hombres no emprenderían ningún tipo de asociación, incluyendo al Estado. Si el individuo pudiera bastarse a sí mismo para suplir sus necesidades y, además, no requiriese socializar con sus congéneres, el Estado no le sería útil y no existiere. No obstante, la misma naturaleza humana impide tal supuesto y le es indispensable la existencia de esta entidad política.⁴ Pese a lo anterior conviene también resaltar la naturaleza instrumental de esta entidad, distinta a la del hombre, por ser este último causa y fin en sí mismo.

Los teóricos contractuales también resaltan la naturaleza instrumental del Estado. Es así como se vislumbra al Estado como producto del acuerdo general de voluntades, tomado de manera libre y consciente en un estado de naturaleza, con el propósito de obtener seguridad, certeza y protección a la libertad que les es natural al hombre.

Así, Locke oportunamente señaló que a pesar del perfecto estado de libertad en el cual se encontraban los hombres, estos fueron capaces – producto de su racionalidad– de constatar que era indispensable asegurar

2 Aristóteles, *La Política* (España: Ediciones Istmo, 2005), 43.

3 Friedrich August von Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad* (Madrid: Union Editorial, 2008), 96.

4 Aristóteles, *La Política*, 51.

de forma certera la protección de tal libertad.⁵ Por ello, temeroso de la incertidumbre y precariedad, el hombre se vio impulsado a aliarse convencionalmente con sus semejantes, para la conservación de sus vidas, libertad y propiedad.

Similar a Locke, aunque afecto a una perspectiva antropológica más negativa y violenta, Hobbes apunta a la naturaleza instrumental del Estado.⁶ Ante la incapacidad del individuo, aisladamente considerado, de defender su integridad y propiedad de la acción violenta de otros hombres; se ve en la necesidad de conceder –nuevamente, de forma convencional– sus derechos a un solo hombre o un grupo de hombres al que denominó el Leviatán.

Son los riesgos del estado de naturaleza –tales como la incertidumbre y la amenaza de otros–, a pesar de que en este los hombres se encuentran en una total libertad y goce de sus derechos, el detonante para entrar convencionalmente al estado social. Ello porque el hombre se percata que es necesario preservar sus derechos y posesiones.⁷ Empero, es el alcance de tal concesión de libertades lo que diferencia las posturas de Locke y Hobbes.

Entre Locke y Hobbes, a pesar de ser ambos teóricos contractualistas, se identifica una diferencia, cuya relevancia se extiende a la actualidad: el dilema entre la libertad y la seguridad. Para Locke, el pacto social no implica un desprendimiento total de la libertad, por ser connatural al hombre, sino más bien un acuerdo asociativo para robustecer la protección de tal libertad. En cambio, si bien Hobbes coincide con dicho fin, la forma de lograrlo sí difiere, ya que para este sí existe un traslado total de dicha libertad al Leviatán en aras de obtener seguridad.

En cuanto con Hobbes se vislumbra una posición absolutista del Leviatán, en el sentido que no puede haber poder supremo que este, con Locke se observa una posición más liberal que da preponderancia al individuo y su libertad.⁸ Es con esta postura más liberal –en la cual Locke podría considerarse precursor– que se da origen al Estado moderno. Se entiende por este último, al Estado actual que dejó a un

5 John Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (España: Alianza Editorial, 2000), 68.

6 Thomas Hobbes, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (México: Fondo de Cultura Económica, 2017), 49.

7 Roberto L. Blanco Valdés, *El Valor de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 2010), 92.

8 Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, 105.

lado el vasallaje y el Estado absolutista, para darle cabida al Estado producto de las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII en donde el respeto y garantía a la libertad tomó preponderancia.⁹ No obstante, el carácter instrumental también se mantiene con el Estado moderno.

No existe con exactitud entre los teóricos acuerdo para identificar el origen del término Estado, a pesar de que, como se ha señalado, desde la antigüedad se habló de organizaciones sociales permanentes destinadas a la satisfacción de las necesidades de la población. Así, para algunos la *polis* en Grecia era el equivalente *mutatis mutandi* del Estado en la actualidad, tal y como también se concibió la *civitas* o la *res publica* en la antigua Roma. Sin embargo, se ha identificado con cierto grado de generalidad, que fue durante la Edad Media que se empleó por primera vez el término *stati*, mismo que también fue empleado y difundido posteriormente por Maquiavelo.¹⁰

Actualmente, el Estado se considera como una comunidad humana y forma de agrupación social, siendo fieles a sus orígenes señalados previamente. Sin embargo, es una colectividad que, como bien lo señaló Aristóteles en su obra *Política*, es superior a otras agrupaciones humanas. Conforme a sus elementos, el Estado se define como una agrupación humana permanente dentro de un territorio establecido, que posee una organización y normas que rigen el actuar de sus habitantes, mismas que se hacen valer de forma coactiva por un gobierno y que, denota con ello, una existencia y personalidad propia.¹¹

Congruente con ello, la Convención sobre los Derechos y Deberes del Estado –artículo primero– señala dentro de los elementos de todo Estado a una población permanente, un territorio determinado, un gobierno y su capacidad de entrar en relaciones con otros Estados. Pero, lo que distingue al Estado de otras agrupaciones humanas, es su especial potestad de superioridad frente a otras organizaciones, su capacidad de poseer y hacerse obedecer coactivamente a través de sus normas jurídicas, todo lo cual se ha entendido como la soberanía estatal.¹²

9 Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado* (México: Fondo de la Cultura Económica, 2006), 129.

10 Luis De La Hidalga, *Teoría General del Estado* (México: Editorial Porrúa, 2008), 41.

11 Raymond Carré de Malberg, *Teoría General del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 1998), 67.

12 Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, 73.

Surge en este momento una dicotomía entre la soberanía estatal, como poder y potestad suprema dentro del Estado y, la libertad y dignidad del individuo, sobre todo si se entiende a este último como causa y fin de sí mismo, organizador del propio Estado, sea de forma deliberada –pacto social– o espontánea. Para ello, debe analizarse cuál es el papel que juega el individuo ante el Estado y cómo es que se desarrolla la dinámica entre la libertad individual y la soberanía estatal.

Para resolver el segundo cuestionamiento, el pensamiento de Rousseau puede ser una guía. Para este contractualista, el Estado se conformó por la unión de todos sus habitantes, a través de una convención deliberada, por medio de la cual el hombre pierde su libertad natural, pero en cambio gana la libertad civil y la propiedad certera de lo que posee.¹³

De esta forma, el ser humano nunca enajena su libertad, por ser esta su esencia inalienable, como tampoco sus demás derechos –propiedad, en el pensamiento de Locke–. En cambio, únicamente cede parte de su libertad –potestad de hacer lo que desea sin limitaciones– para autolimitarse, con el fin de asegurar que el resto de los hombres haga lo mismo y así, garantizar la protección de su libertad y derechos.

Es el soberano, por tanto, el que producto de dicha convención, retiene la parte cedida de libertad por todos los hombres que habitaban en el estado de naturaleza. Sin embargo, la gran diferencia se encuentra por el hecho que, para Rousseau, el soberano lo constituye la voluntad de la mayoría y, no solo uno o un pequeño grupo de hombres como en el Leviatán de Hobbes. Ello dota al soberano de legitimidad además de potestad, por medio de la cual se impone a los demás hombres y organizaciones intermedias con un poder supremo, pero limitado al respeto y garantía de la libertad individual.

Ahora bien, determinar quién es el soberano es indispensable porque si bien el Estado cuenta con un poder supremo conocido como soberanía estatal, no es en sí mismo el soberano. Concebir al Estado como el soberano –en un ámbito doméstico e interno– equivaldría a retroceder a la idea absolutista del Estado, la cual es contraria a la libertad individual y las posturas que se han manifestado hasta el momento.

13 Juan Jacobo Rousseau, *El contrato social* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984), 32.

La respuesta a este cuestionamiento se explica a través del papel que juega el individuo ante el Estado moderno.

Como bien lo señaló Rousseau, la voluntad de la mayoría es el poder soberano dentro del Estado.¹⁴ Congruente con ello, la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 141, expresamente indica que la soberanía radica en el pueblo, entendido este como la generalidad de sus ciudadanos. Por tanto, el individuo agrupado con sus semejantes no solo es el origen y organizador del Estado, sino también el poder supremo dentro del mismo. Todo ello reafirma nuevamente el carácter instrumental de este ente.

2. El Estado moderno y la comunidad internacional

Al igual que el individuo necesita organizarse con sus semejantes para la conformación del Estado en aras de proteger su libertad y derechos, los Estados también requieren interactuar con otros y conformar organizaciones supranacionales para la protección de sus intereses económicos y políticos. Es así como se observa una analogía *mutatis mutandi* entre el papel del individuo ante el Estado y el de los Estados ante la comunidad internacional.

Anteriormente se identificó a la soberanía como uno de los elementos del Estado moderno, entendida esta como el poder supremo para hacer valer coactivamente las disposiciones normativas dentro de los límites territoriales. Sin embargo, se acotó que tal soberanía no le corresponde al Estado como un todo ni mucho menos al gobierno, sino a uno de sus elementos: la población que se expresa a través de la voluntad de la mayoría de sus ciudadanos. Asimismo, se enfatizó en el carácter instrumentalista del Estado y el papel determinante del individuo.

Por tanto, conviene señalar la doble perspectiva de la soberanía. Si bien se especificó el alcance y naturaleza de esta en el ámbito interno de los Estados, es importante replicarlo desde una perspectiva externa o internacional en el contexto de la comunidad internacional. Se dice así que la soberanía tiene una doble faceta, pero que, no obstante, deben ser consideradas como las dos caras de una misma moneda dada su interrelación. Así, tal bifurcación abarca la soberanía interna, entendida como

¹⁴ Rousseau, *El contrato social*, 39.

el poder supremo del Estado ejercido por su población en los asuntos internos y, la soberanía externa, misma que corresponde al Estado como un todo para desenvolverse plenamente en el ámbito del Derecho Internacional y las relaciones internacionales.¹⁵

El Estado no ejerce ni cuenta con dos soberanías, sino una sola manifestada en dos perspectivas distintas, pero estrechamente interrelacionadas. Ambas se conciben como un poder supremo que no reconoce ningún otro poder por encima del mismo y se encuentran estrechamente relacionadas, ya que sin una no sería posible la otra. La soberanía externa es solo la manifestación de la soberanía interna ante la comunidad internacional, ya que, si esta última no existiera, cualquier Estado extranjero podría imponerse en los asuntos internos de otro,¹⁶ lo cual desplazaría la idea que es la voluntad de la mayoría de los ciudadanos la que constituye el poder supremo dentro del Estado.

Se genera un nuevo cuestionamiento, no respecto al origen del Estado, sino el de la comunidad internacional. Nuevamente es útil cuestionarse respecto a por qué los Estados, a pesar de ser la máxima organización humana dentro del ámbito de su territorio y de gozar del carácter de la soberanía, se agrupan con otros, ya sea a través de tratados o de la propia costumbre internacional. La respuesta a tal cuestionamiento no difiere sustancialmente de los móviles del individuo para la conformación del Estado. En otras palabras, puede observarse que el carácter instrumental del Estado se replica en la comunidad internacional.

La idea de una comunidad internacional y la naturaleza instrumental de esta, como un medio para alcanzar los objetivos de los Estados, ha existido desde mucho antes al surgimiento del término globalización. El propio Maquiavelo señalaba que salvo, que el Estado sea lo suficientemente grande y apto para sostenerse a sí mismo y las necesidades de su población, se verá en la necesidad de requerir el auxilio y cooperación de otros Estados.¹⁷

Lo cierto es que si bien, antiguamente podía un mismo Estado suplir la mayoría de las necesidades básicas de sus habitantes, lo cual en parte se debía al sistema primitivo de intercambios económicos basado en el

15 René Arturo Villegas Lara, *Teoría de la Constitución* (Guatemala: Ediciones y Servicios Gráficos El Rosario, 2017), 84.

16 Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, 78.

17 Nicolás Maquiavelo, *El príncipe* (México: Buque de letras, 2017), 37.

trueque, en la actualidad ello no es así. Actualmente los Estados, para garantizar un adecuado nivel de vida para su población y no quedarse rezagados en la economía global, deben relacionarse con otros como miembros activos de la comunidad internacional. No obstante, ello de ninguna forma debe limitar la afirmación de la soberanía estatal, caso contrario, la finalidad del propio Estado se vería truncada.¹⁸

Al igual que el ser humano es considerado igual entre sus pares dentro del Estado, así los Estados son considerados iguales entre sus pares en el dinamismo de la comunidad internacional. El sistema internacional tiene una estructura horizontal y no jerárquica, puesto que cada Estado miembro es independiente y soberano, ninguno de ellos ejerce autoridad sobre los demás.¹⁹ De esta forma se pone de manifiesto la perspectiva externa de la soberanía estatal e, indirectamente, se reafirma la igualdad entre todos los integrantes del género humano.

La independencia e igualdad de los Estados, así como la no intervención en los asuntos internos de otro Estado, han sido considerados principios rectores del Derecho Internacional.²⁰ Estos principios además se reafirman en la misma carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas. Estos principios se relacionan con la soberanía interna, porque en virtud de ellos, los habitantes de un Estado no son sometidos a la voluntad de gobiernos extranjeros. Así, nuevamente se pone de manifiesto que la igualdad del ser humano es un principio universal por ser este causa y fin de sí mismo, como lo sostuvo Aristóteles.

La división del trabajo también ha influido en el fenómeno del origen del Estado y de la misma comunidad internacional. Para Mises, los conglomerados, incluyendo entes colectivos como el Estado y la comunidad internacional, surgen por la necesidad de los individuos de lograr la eficiencia y mayor productividad, siendo la división del trabajo un principio económico clave para ello.²¹ Al ser el individuo incapaz –física e intelectualmente– de satisfacer por sí mismo todas sus necesidades, está llamado a asociarse con otros hombres.

Smith, al investigar el origen de la riqueza en los diversos países de su época, sostuvo que los Estados tenían como deber esencial, el proteger a

18 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 88.

19 Malcolm N. Shaw, *International Law* (New York: Cambridge University Press, 2008), 224.

20 Carlos Larios Ochaíta, *Derecho internacional público*. Guatemala: F & G Editores, 2001, 39.

21 Mises, *La acción humana tratado de economía*, 105.

sus habitantes de la violencia e invasión de otros Estados.²² Sin embargo, tal función no podía dejar a un lado el hecho que los Estados también guardan una relación de interdependencia económica.

Es a través del comercio entre los individuos que conforman los diversos Estados que el género humano asegura la satisfacción de sus necesidades, ya que un solo Estado difícilmente cumpliría con las condiciones necesarias para la satisfacción de todas las necesidades. Se aplica así análogamente la división del trabajo a los Estados y con ello se reafirma el carácter instrumental de estos y el de la comunidad internacional.

Pero, a pesar de que se habla de los Estados como entes con existencia propia y actores de la comunidad internacional, no debe olvidarse que la existencia de estos entes y, aún de la misma realidad, se reduce al ser humano por ser este el originador y modelador de su existencia.²³ En términos prácticos, es el individuo quien actúa de forma deliberada o espontánea y no los entes colectivos. Los acontecimientos sociales son únicamente la orientación que adoptan las diversas acciones emprendidas por los individuos.²⁴ Es decir, son los individuos quienes actúan y deciden, no los colectivos ni entes creados por aquellos, incluyendo al Estado y la comunidad internacional.

El ser humano, como ente cognoscente y racional, ha dado origen a entes colectivos para la satisfacción de sus propias necesidades. La división del trabajo y la insuficiencia para proteger por sí mismo sus derechos de la agresión de otros, ha motivado la asociación del hombre en Estados y estos, a su vez guiados por los mismos hombres, a la conformación de la comunidad internacional. Pese a ello, el individuo no menoscaba ni pierde su libertad con la conformación de tales entes y, por el contrario, la protege.

3. La libertad individual frente al Estado y la comunidad internacional

Al término libertad se le pueden atribuir diversas acepciones, dependiendo el enfoque y finalidad a la cual se destina su uso. Sin embargo, para los fines de este trabajo, se entiende a la libertad como la situación

22 Adam Smith, *La Riqueza de las Naciones* (Madrid: Editorial Verbum, 2020), 89-95.

23 Immanuel Kant, *Crítica a la razón pura* (España: Ediciones Ibéricas, 1970), 64.

24 Mises, *La acción humana tratado de economía*, 127.

en virtud de la cual el individuo no se halla sujeto a la coacción derivada de la voluntad arbitraria de otro individuo o grupo de individuos.²⁵

Importante es considerar que la libertad individual no implica la exclusión de la participación del individuo en la sociedad, ya que ello sería desnaturalizar la esencia social del hombre. Por el contrario, el mismo Hayek señalaba las virtudes y ventajas que una sociedad libre ofrece al individuo en comparación con lo que este, aisladamente conseguiría, aún en el pleno estado de naturaleza que ilustraron los contractualistas del Estado moderno.²⁶

Congruente con ello y para comprender adecuadamente los alcances de la libertad individual, por coacción debe entenderse aquella fuerza autoritaria que un tercero ejerce sobre el campo de acción individual de otra persona, a tal punto de convertir a esta última en un medio para la consecución de los fines de quien ejerce tal coacción.²⁷ El empleo de la coacción –entendida bajo esta perspectiva autoritaria– desnaturaliza al ser humano, quien es causa y fin en sí mismo, así como su dignidad, al instrumentalizarlo para los fines de otro.²⁸

El empleo de la coacción autoritaria y arbitraria a cargo de un hombre que la ejerce de forma ilegítima, para menoscabar la dignidad de otro, es lo que busca evitarse en una sociedad libre. Por el contrario, la coacción puede ser legítima cuando la ejerce el Estado por ser este el ente que detenta el monopolio de la coacción y fuerza pública, si y solamente si se emplea para la consecución de los fines por los cuales fue concebido, a través del acuerdo de la voluntad de la mayoría de los individuos que lo conforman.²⁹

Es decir, en principio la coacción que ejerce el Estado en virtud del atributo de soberanía es legítimo, toda vez que dicha soberanía radica en la voluntad de la mayoría de los hombres que conforman el elemento poblacional de aquel. Tal coacción está sustentada por el soberano, quien, al conformar el Estado, lo hizo sin enajenar su libertad ni renunciar a su propiedad,³⁰ sino más bien para la preservación de su libertad individual –propiedad–.³¹

25 Hayek, *Los Fundamentos de la Libertad*, 126.

26 *Ibid.*, 127.

27 *Ibid.*, 157.

28 Alejandro José Gutiérrez Dávila, *Fundamentos filosóficos de la Constitución Política de la República de Guatemala*. (Guatemala: Ohio Print & Paper, 2020), 47-50.

29 Mises, *La acción humana tratado de economía*, 130.

30 Rousseau, *El contrato social*, 46.

31 Locke, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, 73.

Es este respeto a la esfera de libertad individual lo que garantiza la existencia de una sociedad libre que reafirma la dignidad humana, así como las posturas de los exponentes de los contractualistas más liberales de aquella época –Locke y Rousseau–. Sobre todo, el respeto a la libertad individual reafirma el carácter instrumental del Estado, el cual no es un fin en sí mismo, sino un medio para el hombre y la satisfacción de sus necesidades. En consecuencia, la protección a la libertad individual juega un papel motivador para la creación y el funcionamiento del Estado moderno.

Relacionado a la comunidad internacional –otro ente colectivo– la libertad individual también juega un papel importante. Se ha indicado que los entes colectivos carecen de voluntad propia y por tanto de la capacidad de actuar. Son los individuos que conforman tales entes los que actúan y manifiestan una voluntad. Si bien se dice que son los Estados los que juegan el papel protagonista en el sistema legal internacional, ya que es un derecho originado precisamente para reglamentar las relaciones en el plano internacional, debe reconocerse que ello se debe únicamente a que son estos los que concentran la actividad social de la humanidad y, en consecuencia, el desarrollo del Derecho Internacional.³²

El Derecho Internacional se ha desarrollado como una rama del derecho encargada específicamente de velar por las relaciones, incluyendo los derechos y obligaciones, entre los Estados y demás entes de carácter internacional. Por tanto, la consecución de la paz, armonía y justicia mundial es su objetivo principal.³³ Dicho objetivo se ha visto desde una perspectiva general a nivel de los entes actores del campo internacional. Sin embargo, desde una perspectiva enfocada en el individuo, se identifica el rol que indirectamente desempeña este último en la comunidad internacional.

Desde este enfoque personalista, el Derecho Internacional está al servicio del hombre y no de los Estados, por ser estos últimos, medios e instrumentos de aquel. Existe en virtud del Derecho Internacional, una protección indirecta hacia el individuo, ya que, al resolver y evitar conflictos entre los Estados, se evita también todo uso de coacción ilegítima por parte de los habitantes de un Estado en contra de los habitantes de otro.

³² Shaw, *International Law*, 263.

³³ Theodore D. Woolsey, *International Law* (United States of America: Cambridge Thurston & Miles Printers, 1860), 113.

Cada Estado, al proteger la libertad individual de sus habitantes, funge como barrera para evitar agresiones extranjeras que podrían darse en el desenvolvimiento de las relaciones internacionales.

Consecuentemente, puede decirse que el Derecho Internacional tiene el papel de normar las relaciones internacionales para, de esta manera y de forma indirecta, asegurar la protección a la esfera de acción individual de cada ser humano. Por ende, la libertad individual nuevamente cumple con una función motivadora frente a la comunidad internacional y funge como una directriz en la actuación de los Estados en el ámbito internacional.

4. Los retos de la soberanía ante la globalización

Conviene abordar en términos generales el término globalización, previo al estudio del impacto que este fenómeno ha tenido en la soberanía estatal, en su doble perspectiva interna y externa. El término globalización inmediatamente trae a la mente ideas relacionadas con la integración, la pronta difusión de ideas y la movilización de bienes y personas, todo ello visto desde un enfoque mundial y no estatal.³⁴ La globalización por tanto implica integración y unidad. No obstante, irónicamente ha sido fuente generadora de debates y críticas negativas, así como polarización entre sus partidarios y detractores.³⁵

La globalización en sus inicios se entendió como un fenómeno de naturaleza económica. Conforme al avance del tiempo su alcance se extendió al campo social y político, hasta implicar la interdependencia de los Estados en la comunidad internacional.³⁶ Ello trajo como efecto práctico el debilitamiento de las fronteras nacionales y la reducción a las limitaciones al acceso a fuentes de información, bienes y servicios. Incluso, la globalización ha contribuido a reducir las barreras de la comunicación entre los Estados y, con ello, los impactos sufridos en una región también han repercutido en otras a pesar de las distancias.³⁷

34 Luis Sánchez Ayala, *Geografía Humana: conceptos básicos y aplicaciones* (Colombia: Universidad de los Andes, 2012), 68.

35 Paul Heyne, Peter Boettke and David Prychitko, *The Economic Way of Thinking* (United States of America: Pearson Education, 2010), 36.

36 Arie M. Kacowicz y Mor Mitrani, «¿Por qué no tenemos teorías coherentes de relaciones internacionales sobre la globalización?», *Foro Internacional*, Vol.56, No.2 (2016): 381-382.

37 Dirk Messner, «La transformación del Estado y la política en el proceso de globalización», *Nueva Sociedad*, No.163 (1999): 77-78.

Kissinger indica que con la Paz de Westfalia –hace más de cuatro siglos atrás– se inició un orden mundial que buscaba el control del poder por parte del equilibrio de los Estados europeos occidentales.³⁸ Dicho orden estaba basado en un sistema internacional conformado por Estados independientes y soberanos, vedados de interferir en los asuntos internos de otros Estados. A través de este sistema, se logró fomentar un sistema financiero y económico estable así como mecanismos eficientes para la resolución de controversias internacionales.

Sin embargo, con la llegada de la globalización, también se dio un cambio de paradigma respecto a dicho orden mundial westfaliano. Al analizar detalladamente, se identifica que la globalización es meramente un periodo de tiempo en el cual, dadas las condiciones económicas, técnicas, políticas y sociales; se ha facilitado la interacción de los individuos a una escala mundial,³⁹ restando en cierto grado la relevancia del Estado nacional y dejando a un lado la concepción clásica del sistema internacional westfaliano, como medio para garantizar la independencia de los Estados.⁴⁰

El campo político y jurídico también están inmersos en debates que son producto de la globalización. La interdependencia entre los Estados, así como el surgimiento de grandes estructuras económicas como lo son las empresas multinacionales, han contribuido a aumentar la influencia de los Estados extranjeros y dificultar el control interno.⁴¹ Si bien la comunidad internacional tiene un origen anterior al acontecimiento de la globalización, este ha incidido directamente en la misma.

La influencia ha sido a tal punto que se ha hablado de la necesidad de implementar sistemas de gobernanza internacional que coordinen las políticas estatales y de otros entes supranacionales.⁴² Surgen así organismos internacionales tales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, entre otros; cuya relevancia está en auge debido a la necesidad de coordinación que implica la globalización.

38 Henry Kissinger, *Orden Mundial: reflexiones sobre el carácter de las naciones y el curso de la historia* (Madrid: Grupo Editorial España, 2016), 173.

39 Aleksandro Palomo Garrido, «Apuntes teóricos para el estudio de la Globalización desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales», *Confines de relaciones internacionales y ciencia política*, Vol.8, Núm.16 (2012): 71-73.

40 Kacowicz y Mitrani, «¿Por qué no tenemos teorías coherentes de relaciones internacionales sobre la globalización?», 388.

41 Sánchez Ayala, *Geografía Humana: conceptos básicos y aplicaciones*, 72.

42 Messner, «La transformación del Estado y la política en el proceso de globalización», 82.

Dada la interrelación que es propia a la globalización, las nociones clásicas sobre la soberanía estatal también son objeto de debate, al punto que se ha considerado un cambio de paradigma respecto a este principio que edificó, en su momento, al Estado moderno.⁴³ Algunos han llegado a considerar a los Estados cada vez menos soberanos e independientes. Esta postura sostiene el fenómeno de la erosión de la soberanía estatal como consecuencia de la interdependencia estatal.⁴⁴

No obstante, tales posturas dejan a un lado que, por el contrario, es en virtud del ejercicio de dicha soberanía estatal que la globalización se ha manifestado, ya que ha permitido la interrelación entre Estados en la comunidad internacional. Es decir, la globalización no ha erosionado la soberanía, sino más bien la ha reforzado a través de su ejercicio práctico, todo lo cual ha acontecido con el propósito de servir a los fines de protección y bienestar de los individuos.

Es un principio internacional la no intervención en los asuntos internos de Estados extranjeros.⁴⁵ Pero, tal intervención al igual que el concepto empleado de coacción arbitraria, debe entenderse como ilegítima y arbitraria. Por el contrario, cualquier otro tipo de interacción voluntaria entre Estados no debe entenderse como intervención y, por tanto, es legítima. Basta recordar que, según la Convención sobre los derechos y deberes del Estado, uno de los elementos propios del Estado es su capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados.

La capacidad de relacionarse con otros Estados es un aspecto propio de la existencia de los Estados y que pone de manifiesto la importancia que tiene el reconocimiento de estos en la comunidad internacional. La independencia estatal es la esencia del desarrollo de tal capacidad de relación.⁴⁶ Sin independencia, los Estados no podrían relacionarse con otros, ya que, en lugar de ser vistos como sujetos de derecho internacional, serían objetos susceptibles de intervención –no relación– por parte de otros Estados.

43 Villegas Lara, *Teoría de la Constitución*, 93.

44 Celestino del Arenal Moyúa, «Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, (2009): 183-184.

45 Shaw, *International Law*, 276.

46 *Ibid.*, 277.

Sin el desenvolvimiento de las relaciones internacionales, los Estados quedarían aislados en la comunidad internacional al punto de cuestionarse si forman parte de ella o no. Esta nueva perspectiva genera el cuestionamiento respecto a los motivos por los cuales los Estados entran en relaciones de carácter internacional con otros, a pesar de ser entes colectivos dotados de soberanía externa. El cuestionamiento es similar a los motivos que conducen a los individuos a conformar un Estado, lo que hace inferir nuevamente la relevancia tiene el individuo y su libertad, aspectos que fueron abordados previamente.

Es el individuo, causa y fin en sí mismo, quien dio origen a los conglomerados sociales y entes colectivos. Estos están al servicio de aquel y tienen un carácter estrictamente instrumental. La globalización no es el producto de los Estados y la comunidad internacional, sino de la interacción de los individuos por ser estos los únicos seres que actúan en la realidad, como lo señalaba Mises.⁴⁷ Los individuos, impulsados para la consecución de sus fines, se ven en la necesidad de interactuar con sus pares, independientemente se encuentren o no dentro de sus límites territoriales estatales. Fue el flujo de estas relaciones interpersonales que dio origen al fenómeno y acontecimiento de la globalización.

Los Estados por sí mismos no pueden actuar en la esfera internacional, ya que son entes colectivos, cuya existencia en la realidad depende de la intervención de los individuos. Motivados por su naturaleza social, el principio económico de la división del trabajo y eficiencia, así como la necesidad de unir esfuerzos para la protección de su libertad individual; los seres humanos son los verdaderos actores en las relaciones internacionales.

Por tanto, la globalización lejos de erosionar la soberanía, lo que conllevaría a un riesgo y detrimento para la libertad individual del ser humano, más bien es la reafirmación del ejercicio de dicha libertad en una sociedad libre. El reto por tanto no le corresponde a la soberanía, ejercida por la voluntad de la mayoría, sino al gobierno en el cual se delega el ejercicio de esta. Dicho reto radica, en consecuencia, en la adaptación a las circunstancias actuales y al flujo de intercambios globales, sin menoscabo a la libertad individual.

⁴⁷ Mises, *La acción humana tratado de economía*, 132.

5. Otros retos para las relaciones internacionales

Para afrontar los retos que se han planteado a los gobiernos, derivados de la globalización y la interdependencia en las economías, es conveniente también abordar y comprender otros cambios de paradigmas que incluso han cuestionado la vigencia de la soberanía externa, más allá del campo estrictamente ideológico.⁴⁸ En el apartado final de este trabajo se abordan tales cambios de paradigmas, enfocados en el rol de las compañías multinacionales y los riesgos o amenazas que pueden provenir de la globalización.

El primer paradigma para superar radica en el papel que juega el Estado en la comunidad internacional frente a las corporaciones multinacionales. La globalización de los mercados, así como la constante competencia para alcanzar la mayor eficiencia productiva, ha provocado el surgimiento de las corporaciones transnacionales o multinacionales. Estas se definen como entidades mercantiles que teniendo su sede en un país específico, cuentan con una integración plurinacional de su capital y cuyo proceso productivo involucra diversas jurisdicciones en las distintas etapas de producción.⁴⁹

La competencia económica ha incidido en este cambio de paradigma, aspecto que caracteriza a la globalización y motiva el auge en las relaciones internacionales de carácter comercial. Cabe resaltar que tales fenómenos han sido liderados principalmente por los individuos y las entidades mercantiles conformadas por estos.⁵⁰ Todo ello ha influido en un cambio de paradigma respecto al actual sistema internacional, en el cual ya no solamente interactúan Estados y organismos internacionales, sino también organizaciones privadas como lo son las corporaciones multinacionales. Por lo que se ha llegado a sostener que actualmente este sistema subsiste debido a las relaciones que se dan entre los Estados y dichas corporaciones.⁵¹

Para algunos, el reto radica en la competencia que ejerce el Estado frente a estos entes privados transnacionales para mantener su soberanía intacta, entendida esta como el poder supremo que lo coloca en un plano de superioridad frente a cualquier otro tipo de organización

48 Georges Couffignal, «El papel del Estado en un mundo globalizado: el caso de América Latina», *Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine*, (2002): 10-11.

49 Palomo Garrido, «Apuntes teóricos para el estudio de la Globalización desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales», 77.

50 Couffignal, «El papel del Estado en un mundo globalizado: el caso de América Latina», 15.

51 Sánchez Ayala, *Geografía Humana: conceptos básicos y aplicaciones*, 74.

social.⁵² Se habla por tanto de una lucha por la hegemonía soberana del Estado. Sin embargo, debe tenerse cuidado de evitar que, en la lucha por tal supuesta hegemonía, los gobiernos incurran en actos autoritarios que transgredan la esfera de libertad individual.

Tal y como se concluyó en el apartado precedente de este trabajo, el reto de los gobiernos –no del Estado en su conjunto– radica en la adaptación al fenómeno global actual para garantizar la libertad individual. Los gobiernos deben reconocer su papel como garantes de dicha libertad y no como planificadores de la economía, aspecto que fue superado con las críticas históricas a las economías estatales planificadas.⁵³ Por el contrario, el propósito por el cual se crean las entidades mercantiles es el lucro. Los fines de ambos entes son distintos, por lo que no es adecuado hablar de una competencia entre ambos.

Por ello, en lugar de competir con las corporaciones multinacionales, los gobiernos deben velar por favorecer las condiciones para el desenvolvimiento de las actividades comerciales globales. A su vez, los gobiernos deben garantizar la libertad individual para evitar toda coacción arbitraria ejercida entre los individuos, incluyendo las referidas corporaciones transnacionales. De este modo, el carácter soberano del Estado no debe verse menguando por tales compañías, toda vez que este proviene exclusivamente del acuerdo de la mayoría soberana y a ningún otro ente colectivo se le ha delegado tal potestad.

Por último, los riesgos a la seguridad y salud pública –entre otros ámbitos– también han sido considerados como riesgos que pueden provenir de la globalización. Debe reconocerse que la interrelación entre individuos ubicados en diversas partes del mundo, así como la interdependencia que se ha generado entre los Estados, ha generado una verdadera comunidad global. Esto a tal punto que los conflictos que se dan en una parte del mundo pueden hacerse notar o repercutir prontamente en otra región o Estado, por lo que surge el concepto de los riesgos o amenazas globales.⁵⁴

Un ejemplo actual de tales riesgos globales que repercuten directamente en la salud pública ha sido la pandemia del Covid-19. Según

52 Palomo Garrido, «Apuntes teóricos para el estudio de la Globalización desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales», 81.

53 Mises, *La acción humana tratado de economía*, 133.

54 Del Arenal Moyúa, «Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales», 199.

información de la Organización Mundial de la Salud y el Coronavirus Resource Center de la Johns Hopkins University of Medicine, el virus responsable surgió en la República Popular de China aproximadamente a finales de dos mil diecinueve, pero a la fecha se ha extendido a más de ciento ochenta y cinco países en regiones distintas, siendo considerado por tanto la pandemia más grande del siglo XXI.

Esto es solo una prueba más respecto a cómo los riesgos y amenazas globales pueden surgir o incrementarse a raíz del fenómeno de la globalización. No obstante, la solución al fenómeno no radica en impedir o restringir los avances propios de la globalización. Al contrario, este es el paradigma que debe ser superado: dejar a un lado la perspectiva negativa hacia la globalización y en cambio, aumentar los esfuerzos de cooperación internacional para alcanzar consensos y políticas globales que procuren anticiparse a los conflictos, así como analizar y resolver las externalidades que pueden derivar.⁵⁵

6. Conclusión

Es el individuo quien, en ejercicio de la dignidad que lo caracteriza como sujeto y fin en sí mismo, acude junto a sus pares sea de forma deliberada o espontánea a la conformación de entes colectivos como lo son el Estado y la comunidad internacional. El carácter instrumental de tales entes es evidente, puesto que su génesis se haya en la conciencia del individuo respecto a su fragilidad, vulnerabilidad y naturaleza sociable; lo que lo motiva a la agrupación para la protección de su esfera de libertad individual.

Tal fenómeno se observó en la conformación del Estado moderno, mismo que surgió a través de pactos sociales por medio de los cuales fue abandonado el estado de naturaleza. La transición entre el estado de naturaleza y el Estado moderno se dio a través de la concesión de ciertas facultades a un nuevo ente dotado de la soberanía, en virtud de la delegación dada por la voluntad de la mayoría que fungió como organizadora del nuevo ente colectivo. Sin embargo, tal concesión fue limitada y dirigida específicamente a cumplir con un objetivo: garantizar y proteger la esfera individual y la propiedad de los integrantes del Estado.

55 Messner, «La transformación del Estado y la política en el proceso de globalización», 85.

Con base en las mismas motivaciones y a manera de símil, la comunidad internacional también se originó con un enfoque instrumentalista a servicio del individuo, aunque de manera inmediata son los Estados los actores de dicho sistema internacional. No obstante, son los individuos quienes a través del Estado llevan a cabo las relaciones transnacionales, por lo que la globalización lejos de ser una amenaza a la soberanía más bien es un fenómeno que refuerza su importancia a través del ejercicio práctico de la misma en el campo internacional.

7. Bibliografía

Smith, Adam. La Riqueza de las Naciones. Madrid: Editorial Verbum, 2020.

Cutiérrez Dávila, Alejandro José. Fundamentos filosóficos de la Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: Ohio Print & Paper, 2020.

Palomo Garrido, Aleksandro. «Apuntes teóricos para el estudio de la Globalización desde la perspectiva de las Relaciones Internacionales», Confines de relaciones internacionales y ciencia política, Vol. 8, Núm.16 (2012): 69-109.

Kacowicz, Arie M. y Mitrani, Mor. «¿Por qué no tenemos teorías coherentes de relaciones internacionales sobre la globalización?», Foro Internacional, Vol. 56, No. 2 (2016): 378-408.

Aristóteles. La Política. España: Ediciones Istmo, 2005.

Larios Ochaita, Carlos. Derecho internacional público. Guatemala: F & G Editores, 2001.

DelArenal Moyúa, Celestino. «Mundialización, creciente interdependencia y globalización en las relaciones internacionales», Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, (2009): 181-268.

Messner, Dirk. «La transformación del Estado y la política en el proceso de globalización», Nueva Sociedad, No.163 (1999): 71-91.

- Von Hayek, Friedrich August. Los Fundamentos de la Libertad. Madrid: Unión Editorial, 2008.
- Couffignal, Georges. «El papel del Estado en un mundo globalizado: el caso de América Latina», Institut des Hautes Études de l'Amérique Latine, (2002): 9-22.
- Kissinger, Henry. Orden Mundial: reflexiones sobre el carácter de las naciones y el curso de la historia. Madrid: Grupo Editorial España, 2016.
- Kant, Immanuel. Crítica a la razón pura. España: Ediciones Ibéricas, 1970.
- Locke, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil. España: Alianza Editorial, 2000.
- Rousseau, Juan Jacobo. El contrato social. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- Von Mises, Ludwig. La acción humana tratado de economía. Madrid: Unión Editorial, 2011.
- De La Hidalga, Luis. Teoría General del Estado. México: Editorial Porrúa, 2008.
- Sánchez Ayala, Luis. Geografía Humana: conceptos básicos y aplicaciones. Colombia: Universidad de los Andes, 2012.
- Shaw, Malcolm N. International Law, New York: Cambridge University Press, 2008.
- Maquiavelo, Nicolás. El príncipe. México: Buque de letras, 2017.
- Biscaretti Di Ruffía, Paolo. Introducción al Derecho Constitucional Comparado. México: Fondo de la Cultura Económica, 2006.
- Heyne, Paul; Boettke, Peter and Prychitko, David. The Economic Way of Thinking. United States of America: Pearson Education, 2010.
- Carré de Malberg, Raymond. Teoría General del Estado. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Villegas Lara, René Arturo. Teoría de la Constitución. Guatemala: Ediciones y Servicios Gráficos El Rosario, 2017.

Blanco Valdés, Roberto L. El Valor de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 2010.

Woolsey, Theodore D. International Law. United States of America: Cambridge Thurston & Miles Printers, 1860.

Hobbes, Thomas. Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. México: Fondo de Cultura Económica, 2017.

Límites y controles al poder de reforma de la Constitución, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional en Guatemala y Colombia

Limits and controls to the power of amendment to the constitution, from the perspective of constitutional case law in Guatemala and Colombia

Estuardo A. Cárdenas*

Resumen

El presente trabajo, en general, aborda un tema de actualidad y de relevancia dentro de todo Estado constitucional de derecho; puesto que trata sobre la reforma de la Constitución, partiendo de la existencia de un poder constituyente derivado con potestades para ello, que surge de uno originario que, a su vez, crea diversos poderes constituidos; entre estos, tradicionalmente, el ejecutivo, legislativo y judicial, independientemente de órganos constitucionales autónomos o *extra* poder como, entre otros, los tribunales constitucionales, como guardianes de tal Constitución. Pretendiéndose abordar lo relativo a los límites y controles que tiene dicho poder de reforma, de la clase que sean, pero desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional; haciéndolo, específicamente, de conformidad como se ha abordado por las respectivas Cortes Constitucionales de Guatemala y de Colombia; y, con ello, haciéndose una especie de *tertium comparationis* entre dichos tribunales.

Palabras clave: Poder constituyente originario y derivado, poderes constituidos, poder de reforma de la Constitución, límites y controles a ese poder según la jurisprudencia constitucional, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Corte Constitucional de Colombia.

* Doctor en Derecho Constitucional Internacional [con distinción *Summa Cum Laude*], Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Constitucional, todos por la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrados; y, actualmente, Magistrado –Titular– de la Corte de Apelaciones del Organismo Judicial de la República de Guatemala.

Abstract

The present work, in general, addresses a current and relevant issue within any constitutional State of law; since it deals with the amendment to the Constitution, based on the existence of a derivative constituent Power with powers to do so, which arises from one originative which, at the same time, creates various constituted powers. Among these, traditionally, the executive, the legislative and the judiciary, independently of autonomous constitutional bodies or further power such as, among others, the constitutional courts, as the guardians of such Constitution. Attempting to address what is relative to the limits and controls possessed by this reformation power, of whatever kind, but from the perspective of constitutional case law; doing it, specifically, in accordance as has been approached by the respective Constitutional Courts of Guatemala and Colombia; and, with it, becoming a kind of tertium comparationis between the previously mentioned.

Keywords: *Originative and derived constituent power, constituted powers, power of amendment to the Constitution, limits and controls to this power according to the constitutional case law, Constitutional Court of Guatemala, Constitutional Court of Colombia.*

SUMARIO

Introducción; 1. Precisiones conceptuales: a) Poder constituyente; b) Poderes constituidos; c) Límites y controles [al poder de reforma]; 2. Límites y controles al poder de reforma de la Constitución, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, en Guatemala y Colombia; prolegómenos, análisis; 3. Conclusiones; 4. Bibliografía.

Límites y controles al poder de reforma de la Constitución, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional en Guatemala y Colombia

Limits and controls to the power of amendment to the constitution, from the perspective of constitutional case law in Guatemala and Colombia

Estuardo A. Cárdenas

Introducción

El tema seleccionado para este trabajo de investigación, a mi parecer, reviste toral trascendencia desde la perspectiva de la teoría de la Constitución y de la democracia; pues conlleva determinada tensión el que, una vez creada la Constitución por un poder constituyente originario, un poder constituyente derivado pretenda su reforma; y, más aún, el que existan órganos jurisdiccionales [tribunales constitucionales] que eventualmente puedan controlar, por forma o fondo, su ejecución.

Una Constitución, en especial escrita, como la materialización de un *pacto social* subyacente, que permite establecer, entre otros temas, la organización política de un Estado, su sistema de gobierno, la separación de poderes, así como los valores, los derechos fundamentales y las garantías para su protección, necesariamente que es producto de cierto consenso que, en la mayoría de los casos, se traduce en el establecimiento de una asamblea constituyente, para crear dicha ley fundamental.

Sin embargo, y si bien es cierto, una de las características de las que se reviste actualmente a las constituciones es su “*rigidez normativa*” que, en síntesis, conlleva la garantía de su permanencia en el tiempo y la

dificultad de su modificación; así también lo es que, en todo caso, a su vez esa misma garantía implica la posibilidad de su reforma y/o enmienda, cuando resulte necesario para darle el *effet utile* a su propia existencia; una vez se cumplan los procedimientos formales previstos.

No obstante, esa facultad regulada en la mayoría de las Constituciones que existen, necesariamente implica *límites* que garantizan que a través de tales reformas no se alteraran determinados aspectos de la misma, violando su sustancia; surgiendo la necesidad de su *control*, que siempre ha producido una serie de cuestionamientos que, generalmente, se han abordado desde el ámbito jurisprudencial y que en el presente se examinan; independientemente de que, en todo caso, en la teoría concurren distintas clases de límites y/o controles para esta potestad. Analizándose al respecto, someramente, el proceder de las Cortes Constitucionales de Guatemala y Colombia, cuando les ha correspondido.

1. Precisiones conceptuales

a) Poder constituyente

Al respecto, Sánchez Lora manifiesta lo siguiente: “...podemos afirmar que el poder constituyente corresponde a un poder propiciado por el propio pueblo que se manifiesta legítimamente, de acuerdo con los principios estructurales de igualdad y libertad democrática, como unidad política que exterioriza su voluntad de establecer la Constitución que fija el orden político fundamental del Estado...”¹.

En ese sentido, resulta que dicho poder, *per se*, es el que, en efecto, radicando en el pueblo –que es el soberano–, puede decidir, prácticamente de manera ilimitada, la creación de una Constitución; entendiéndose esta como la “*ley fundamental*” que regirá, a lo interno del Estado, la organización política, protección y garantía de derechos fundamentales, división de poderes, etc., estableciendo un ordenamiento jurídico que, en todo caso, formalmente tenderá a limitar la destrucción de estos.

¹ Juan Carlos Sánchez Lora, “El poder constituyente y sus condicionantes en la era de la globalización de los derechos humanos” (tesis doctoral, Universidad de Sevilla, 2017), 116, <http://hdl.handle.net/11441/64795>.

Es por ello que, entre el poder constituyente y la Constitución existe una correlación de creador a creación; es decir, ese poder formalizado en una asamblea –o convención constituyente– será el encargado, por delegación del soberano pueblo, de producir la norma fundamental de un Estado, o sea, la Constitución, situada por lo general en la cúspide de todo el ordenamiento jurídico estatal.

Debiéndose comprender, a partir de ello, que el poder constituyente tiene la potestad de crear las normas constitucionales originarias, por disposición del propio pueblo; siendo así, el instrumento o medio formalizador de dicha voluntad popular que, por su propia soberanía, ha decidido darse, para sí, normas –sean reglas y/o principios– fundamentales, partiendo de valores supremos que, en consenso, se han estimado relevantes para la estructuración básica del Estado y sus órganos, etc.

Deviniendo necesario, también, tener en cuenta que dicho poder [constituyente] ostenta dos clases diferentes que, de igual manera, resulta pertinente precisar en este apartado. Siendo las siguientes:

Poder constituyente originario; y,
Poder constituyente derivado.

Originario

Este poder es el que tiene, a su cargo, la ardua tarea de elaborar una Constitución, específicamente de naturaleza escrita. Es decir, es el poder que se puede ejercer de manera primigenia, cuando se da por primera vez una carta fundamental; o, dadas las circunstancias, cuando se desea reemplazar la Constitución vigente por una nueva. Teniéndose como fundamento la decisión popular en dicho sentido; sin perjuicio que ello –comúnmente– no esté preestablecido en la Constitución a sustituirse.

En principio, es un poder ilimitado, con plenos poderes y competencias para elaborar o sustituir una Constitución; y, surge directamente de la soberanía del pueblo que, por decisión propia y para su organización política, pretende darse una Constitución o bien reemplazar la que se encuentra en vigor. Salvo en cuanto a derechos humanos, especialmente consagrados en fuentes internacionales.

Pereira-Orozco, refiere que este: *“...sería aquel que le da origen o nacimiento al Estado, o también el que modifica la Constitución establecida para el Estado, sin regirse por ella. Es anterior a la Constitución de*

una comunidad global que se encuentre organizada políticamente y tiene como función principal dar origen a la sociedad global, confiriéndole su organización básica sin regirse o guiarse por normas jurídicas positivas preexistentes...².

Por su parte, Salazar Ugarte señala: *“...el poder constituyente es un poder ‘no legal’ (ilegal ante la eventual constitución anterior y prelegal con relación a la nueva constitución creada por el mismo)...³”;* proposición con la que a su vez coincide Néstor Sagüés, al indicar, sobre tal particular, que: *“El concepto de ‘poder constituyente irregular’ alude al ejercicio de tal competencia estatal sin hallarse sujeto, o por haber actuado en contravención, respecto de reglas jurídicas que lo condicionan. En la primera hipótesis, es ‘irregular’ en el sentido que no está obligado por reglas. En la segunda, porque ha violado reglas...⁴”.*

Advirtiéndose, de ello, que dicho poder constituyente [originario], por lo general no se encuentra regulado en norma jurídica alguna, ni siquiera de rango constitucional; sino que, más bien, por su naturaleza sustancial es anterior a la misma Constitución, pues esta surgirá de la propia actividad y despliegue del mismo; y, en caso de ya existir una Constitución, comúnmente no será el producto de esta, ya que en su mayoría no contienen una regulación al respecto, sino solamente en cuanto a su modificación y/o reforma, pero no sobre su sustitución total o creación, pues esto constituye su esencia, como lo señalan los referidos autores: no estar preestablecido y, por ende, ser *“irregular”*.

Derivado

Esta clase de poder constituyente, al contrario del originario, es determinado por la Constitución misma; la cual, a su vez, determina los medios o mecanismos necesarios para su reforma o revisión. Es decir, no es subyacente a la Constitución, sino que nace con la misma y es preestablecido por el poder constituyente originario, al momento de la creación de la Constitución o ley fundamental.

Dicho poder tiene la facultad de reformar la Constitución que, inicialmente, fuera elaborada por el constituyente originario, radicando

2 Alberto Pereira-Orozco, *Poder Constituyente* (Guatemala: De Pereira, 2013), 47.

3 Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* (México: Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017), 95.

4 Néstor Pedro Sagüés, *La Constitución bajo tensión* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016), 43.

precisamente en ello su principal diferencia; en que no se halla facultado para dictar una nueva Constitución, pero sí lo está para reformar la que ya se encuentra rigiendo, salvo autorización o prohibición expresas en contrario –respectivamente–; pero, siempre, supeditándose a las normas preestablecidas para tales efectos.

En cuanto a ese particular, Pereira-Orozco expresa: “...sería aquel cuyo ejercicio está circunscrito y reglado por la Constitución originaria que le da fundamento o base, para cumplir con la función de modificar, total o parcialmente, la organización política y jurídica. La cualidad fundamental del poder constituyente derivado se encuentra en la subordinación originaria del mismo respecto de la manifestación del poder constituyente fundacional...”⁵.

Es por ello que, inclusive, para muchos doctrinarios sería más conveniente que se le denominara “*poder constituyente de reforma*”, puesto que, en efecto, es a ello a lo que en realidad obedece su propia existencia. Debiéndose, en cuanto al mismo, atender a cada Constitución en particular y a sus disposiciones sobre su eventual reforma; ya que dependerá, en gran manera, de su rigidez normativa para la real comprensión de ese fenómeno. Siendo así como, en la mayoría de países, tal poder se ejerce mediante el Parlamento que, llenando los requisitos determinados, puede revisar la Constitución.

Deviniendo, esta clase de poder, la que en el fondo se aborda en el presente ensayo, ya que si el poder constituyente originario prácticamente deviene ilimitado –lo cual es cuestionable en un Estado constitucional de derecho, en especial en cuanto a los derechos humanos y sus garantías–, los límites a los que la jurisprudencia constitucional podría referirse se constriñen, exclusivamente, al poder constituyente de reforma.

b) Poderes constituidos

Estos, a diferencia del poder constituyente, sí están sometidos a la Constitución ya existente que, precisamente, los crea y los constituye. Siendo, en efecto, por medio de la misma Constitución –norma fundamental– que se establecen tales poderes constituidos; y, dentro de estos, especialmente, los poderes tradicionales del Estado que, en el caso

5 Pereira-Orozco, *Poder...*, 47.

de Guatemala, por disposición de la Constitución nacional vigente, se denominan: “*organismos*”. Siendo los mismos: ejecutivo, legislativo y judicial⁶.

En ese sentido, los poderes constituidos deben su origen, su fundamento y el ejercicio reglado de sus competencias, a la creación constitucional del poder constituyente, es decir, a la Constitución, *per se*; sin perjuicio de la posibilidad de creación de otros órganos a través de reformas a la misma.

El mismo Alberto Pereira, en cuanto a estos, señala:

“...Los poderes constituidos son los poderes creados por la voluntad política originaria y que están reglamentados y regidos por el ordenamiento jurídico positivo establecido y que procede de aquella voluntad política originaria a la que se hizo referencia. Son de carácter ordinario y permanente, a diferencia del poder constituyente, que una vez ejercido entra en receso. En síntesis, son creados por la Constitución, que les impone los límites y su reglamento. Es por ello que se encuentran en un plano de una jerarquía institucional inferior al del poder constituyente, están subordinados al mismo. Son los poderes que están incluidos en la tríada clásica, el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial...”⁷

Es decir, son los encargados de materializar las normas constitucionales, dentro del ámbito de las competencias que les han sido otorgadas en la propia Constitución, en el momento de su creación. Por lo que, a raíz de la premisa de que solo el poder constituyente originario crea la Constitución y que, en su caso, el derivado –eventualmente y ajustándose a prescripciones asentadas por aquel– puede revisar y modificar o reformar dicha ley fundamental, es factible concluir en que todos los poderes, organismos u órganos establecidos en la Constitución, sean de la naturaleza que sea y con las facultades y competencias que se les hayan delegado, solo pueden ser: “*poderes constituidos*”, con la salvedad del poder de reforma o de revisión, al que se le considera constituyente derivado.

En ese sentido, para los efectos de fondo del presente ensayo, importa también determinar que, a su vez, dentro de esa gama de entes creados por la Constitución, los “tribunales constitucionales”, en general, también resultan ser poderes constituidos; ya sea que se hayan

6 Constitución Política de la República de Guatemala, Artículo 141: “*Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial...*”.

7 Pereira-Orozco, *Poder...*, 55.

institucionalizado como tales fuera del Poder Judicial [como sucedió en Guatemala] o bien dentro del mismo [como el caso de Colombia], como órganos autónomos o *extra*-poder, como salas dentro de la corte suprema de justicia o que esta última asuma dicha función, o bien como cortes constitucionales *sui generis*.

Así, sin importar la forma en la que hayan sido creados, sus funciones, su estructura y demás, lo que no puede negarse es que, al igual que los poderes clásicos de un Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), los tribunales o cortes constitucionales, a la vez, también son “*órganos constituidos*”, con funciones limitadas y en cuyo ejercicio deberán observar el principio de corrección funcional.

Lo anterior deviene relevante, puesto que, si bien el tema de límites al poder de reforma según la jurisprudencia es lo que se analiza, no se discute que en un Estado constitucional de derecho y en una democracia constitucional, en efecto, definitivamente deberán concurrir límites a dicho poder constituyente derivado, al momento de pretender reformar la Constitución política de un Estado.

Sin embargo, ahora lo que deberá reflexionarse es sobre la naturaleza de los mismos, así como qué órgano y/o poder es el facultado para controlar que tales límites no se rebasen; en especial, cuando ello no ha sido preestablecido, de manera expresa, en la propia Constitución, o bien lo ha sido pero solamente en cuanto a algunos de ellos; y, por ende, se hace desde la jurisprudencia constitucional, tomando en cuenta que estos tribunales son los que, de una u otra forma, se han encargado de esto.

c) Límites y controles [al poder de reforma]

Como se ha abordado, en cuanto al poder de creación de normas constitucionales la doctrina, la jurisprudencia e, inclusive, las propias constituciones –en su mayoría, aunque no siempre de forma expresa sino tácita– coinciden en clasificarlo, básicamente, en: *a*) Poder constituyente originario; y, *b*) Poder constituyente derivado [también llamado “*poder de revisión constitucional*”, etc.].

Siendo este último [el derivado], también conocido como “*poder de reforma*” –entre otras tantas denominaciones–, el que especialmente se aborda en este apartado. Sin perjuicio de tener presente que, si bien es cierto, la mayoría de doctrinarios y hasta la propia jurisprudencia constitucional, son del criterio de que el primero [el originario] es ilimitado,

así también lo es que, en un Estado constitucional de derecho, que en verdad se jacte y atribuya de serlo, inclusive este tiene límites, específicamente de carácter sustantivo, y que están orientados, en concreto, a la protección de los derechos humanos fundamentales y a sus garantías; más aún cuando estos han sido reconocidos como el resultado de la aceptación –y su ratificación– de convenios internacionales –regionales o universales– en esta materia, partiendo de la protección de la persona como base del propio Estado.

En ese orden de ideas, García Belaunde manifiesta que:

“...en un mundo globalizado, ningún poder de reforma puede actuar al margen del escenario mundial y menos aún de la normativa internacional. Esto significa que una reforma total e incluso un poder constituyente originario tienen límites, aun cuando estos formalmente no existan. Así, la existencia de tratados o compromisos internacionales es un parámetro que no puede ser obviado... Igual podríamos decir en relación con los derechos humanos y los documentos supranacionales...”⁸.

A su vez, en cuanto al mismo tema, Carpizo menciona lo siguiente:

“...todo poder constituido tiene y debe tener límites. El único poder, en principio, jurídicamente ilimitado es el Poder Constituyente, e incluso éste, si persigue construir una Constitución democrática, no puede desconocer ni infringir el derecho internacional de los derechos humanos. Todo poder constituido debe ser susceptible de ser controlado para que se aseguren las libertades de las personas... el órgano revisor de la Constitución está subordinado a quien lo creó –el Poder Constituyente– y a su expresión de voluntad plasmada en la Constitución como un conjunto de normas. En consecuencia, el órgano revisor de la Constitución tiene límites que se derivan de la propia Constitución...”⁹.

Es decir, el poder constituyente –en general– tiene, y debe tener, sus propios límites, aunque para efectos del presente ensayo los que importan son aquellos concernientes, exclusivamente, al poder constituyente derivado, poder constituyente de reforma u órgano revisor de la Constitución, entre otras denominaciones que este recibe. Especialmente, desde la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

8 Domingo García Belaunde, “Sobre el control de la Reforma Constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)”, UNED. Revista de Derecho Político, n.º 66 (2006): 480-81.

9 Jorge Carpizo, “El Tribunal Constitucional y el control de la Reforma Constitucional”, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, coord. Por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Jorge Silvero Salgueiro (Paraguay: Corte Suprema de Justicia, División de Investigación, Legislación y Publicaciones –DILP– del Centro Internacional de Estudios Judiciales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012), 177.

En dicho orden, de lo antes relacionado, es evidente que el órgano revisor de la Constitución –o el poder de reforma de esta– no es ilimitado, como eventualmente podría considerarse al poder constituyente originario que, inclusive, actualmente ya no puede entenderse como tal, al menos en un Estado constitucional –y democrático– de derecho. Y, por ello, es necesario determinar qué tipo de límites y controles existen sobre esta potestad, en la doctrina, así como en la jurisprudencia.

Desde la jurisprudencia, los límites se han clasificado en: a) expresos; y, b) implícitos; dependiendo de la Constitución de que se trate y del contexto y contenido integral de sus normas. Puesto que, si bien los primeros no implican mayor complicación, los segundos deberán inferirse de la misma, por no constar taxativamente en su texto.

Los precitados límites, abordados desde la jurisprudencia, serán también abordados en el siguiente apartado específico; aunándose a los mismos los que también la doctrina –científica– ha desarrollado al respecto, con aspiraciones de generalidad, pero siempre teniéndose en cuenta que dependerán del contexto y de la Constitución de que se trate, a efecto de poder establecer, con claridad, la concurrencia de estos.

Verbi gratia: el colombiano Ramírez Cleves, al abordar dicho tema, individualiza los siguientes: límites *temporales*, límites *circunstanciales*, límites *lógicos* y límites *axiológicos*¹⁰; y, sobre esa misma base, otro jurista colombiano, Cajas Sarria, desarrolla tal conceptualización de esta manera:

*“Los límites temporales consisten en el período de tiempo en que los constituyentes prohíben la reforma a la Constitución...//Los... circunstanciales son los impedimentos de reforma de los textos constitucionales cuando se considera que la posibilidad de discusión democrática está en tela de juicio...//...los... lógicos utilizan herramientas propias de la argumentación jurídica. Se trata de establecer hasta dónde llegan los poderes constituidos... les está vedado convertirse en poderes constituyentes...// Los límites axiológicos. Se dividen en dos tipos: los axiológicos textuales o cláusulas de intangibilidad destinados a proteger el principio democrático y los derechos fundamentales; y los límites implícitos textuales. Ambos tipos requieren acudir a métodos interpretativos como el sistemático y el finalista...”*¹¹.

10 Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma* (Colombia: U. Externado de Colombia, 2003).

11 Mario Alberto Cajas Sarria, “La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso”, *Revista Precedente*, Vol. 2004 (2004): 21-23, doi: <http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1412>.

Evidenciándose, de lo anterior, que la doctrina ha desarrollado una serie de límites en cuanto al poder de reforma de la Constitución; a los que, en todo caso, cabe agregar que estos, a su vez, se pueden subclasificar en: *a)* procedimentales; y, *b)* materiales. Aunque también, como puede advertirse, normalmente se agruparán en las dos grandes categorías que, como ya se mencionó, los clasifica en: *expresos e implícitos*; y, de tal diferenciación, se partirá para los efectos de su control.

2. Límites y controles al poder de reforma de la Constitución, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional en Guatemala y Colombia

Prolegómenos

Tal como lo sugiere el epígrafe de este apartado, y así el tema central del ensayo, partiendo de lo anterior, la presente investigación gira en derredor de poder determinar cuáles son esos “límites y controles” que la jurisprudencia “especialmente, la constitucional” ha determinado en torno al ejercicio del poder de reforma de la Constitución; ya sea porque estos se encuentren expresamente determinados en la misma o bien porque, inclusive, se haya inferido que, implícitamente, también le corresponden; tal como se advertirá del estudio jurisprudencial comparado que ahora se realiza.

Ab initio, cabe advertir que, por la naturaleza del tema, no es posible analizar en esta oportunidad, a profundidad, la legitimidad y validez del control de dicho poder de revisión, por parte de órganos de naturaleza jurisdiccional, especialmente por los ahora denominados tribunales constitucionales; ya sea que los mismos formen parte del poder judicial o bien que sean autónomos o *extra*-poder.

En ese orden, el análisis propuesto se hará a partir de la jurisprudencia constitucional guatemalteca y colombiana, emanada de sus respectivas Cortes Constitucionales; las cuales, en el ejercicio de su función, han tenido que conocer y decidir de causas promovidas con ese objetivo, y dentro de dicho análisis, a través de un control jurisdiccional, han –o no– advertido límites a ese poder de revisión.

Como anteriormente se adelantó, cuando es la propia Constitución la que así lo autoriza no existe mayor problema al respecto, aunque siempre debe justificarse su aplicación; pero sí lo hay cuando a pesar de no estar previsto por la misma se hace, y no solo en cuanto al procedimiento sino también en cuanto a la materia u objeto de la reforma. Inclusive, en algunos casos, ya habiéndose aprobado.

Claro está que, una labor como la pretendida, no puede realizarse con la amplitud deseada en casos en los que, como sucede con el presente, la extensión del ensayo no lo permite; sin embargo, con la esperanza de sentar las bases para reflexiones futuras en ese mismo sentido, en este se abordan algunos criterios jurisprudenciales que han irrumpido en el campo de los límites y los controles al poder de reforma constitucional, incluso creando –pretorianamente– pautas en cuanto a ello.

Desde luego, un trabajo como este no puede dejar de mencionar lo que, al respecto, se da a nivel interno, es decir, en Guatemala; en cuyo ordenamiento constitucional sí existe, expresamente, una [aparente] “*cláusula de intangibilidad*”, la que es denominada también, doctrinariamente, “*cláusula pétrea*”; aunque a su vez, el enunciado normativo que así la contiene no se encuentra protegido por dicha intangibilidad, y de allí lo de “*aparente*”. Partiendo de que, al no haberse protegido tal norma de la misma manera, las disposiciones a las que esta se refiere, eventualmente tampoco lo estarían.

Así, la Constitución Política de la República de Guatemala preestablece:

“En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido”¹².

Por su parte, un caso igual de importante en la región, y que por ello se ha elegido para este trabajo, lo constituye el de la Corte Constitucional de la República de Colombia, que no obstante de que la Constitución colombiana no establece, expresamente, ninguna cláusula pétrea o de

12 Artículo 281.

intangibilidad, dicho tribunal, bajo la doctrina que ha denominado de “*sustitución de la Constitución*”, ha entrado a conocer sobre acciones contra actos de reforma constitucional y sin limitarse a su procedimiento, como lo prescribe la propia Constitución, sino enjuiciando la *competencia* del poder de reforma.

Análisis

Guatemala/Corte de Constitucionalidad [CC-G]

Partiendo del contenido del precitado artículo 281 de la Constitución política, se advierte que los aspectos individualizados en el mismo no pueden ser reformados; sin embargo, como ya se indicó, no se regula el que, a su vez, ese mismo artículo 281 tampoco lo pueda ser; lo cual deja abierta la posibilidad para que, a través de la reforma del mismo, también se pueda acceder a la de los postulados protegidos con la intangibilidad, y es precisamente por ello que su calidad de “*norma pétrea*” está en discusión.

Además, también se aprecia que en Guatemala no existe ninguna norma jurídica que expresamente regule el ejercicio del control de constitucionalidad con relación a las reformas constitucionales; y, específicamente, en el ámbito jurisdiccional, tampoco se le ha asignado dicha competencia, de manera taxativa, a ninguna de las más altas cortes de justicia del país, como lo son: *a)* Corte Suprema de Justicia, y, *b)* Corte de Constitucionalidad; conforme a sus potestades y funciones regladas expresamente.

En el caso de la Corte de Constitucionalidad [que es la que interesa en el presente ensayo], en el artículo 268 de la Constitución se determina, taxativamente, que esta “*ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia*” –refiriéndose a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad¹³–; sin embargo, en ninguna de las mismas se le asigna la función de ejercer control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, tal como se colige de lo preceptuado por el artículo 272 de la Constitución Política y los artículos 163 y 164 del Decreto 1-86, de la Asamblea Nacional Constituyente; salvo que se pretenda interpretar que la frase “*disposiciones de carácter general*”

13 Decreto n.º 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

–contenida en el artículo 267 constitucional y en el 133 de la Ley de Amparo precitada– eventualmente pudiera incluir a los actos de reforma constitucional dentro de los supuestos contra los cuales procede la acción de inconstitucionalidad; lo cual, dada la relevancia de tales actos, pareciera no corresponder a la voluntad del constituyente. Pero, a pesar de ello, como se verá a continuación, cuando se han sometido a su consideración acciones tendientes a cuestionar la legitimidad de actos de reforma constitucional, dicho tribunal guatemalteco lo ha hecho, sin reparar en su competencia.

Como consecuencia, tampoco existe disposición normativa alguna que preestablezca qué tipo de control –jurisdiccional– de constitucionalidad sí puede llevarse a cabo en esta materia; es decir, si solamente el de forma –o de procedimiento– o también sobre el fondo –o material–, o de cualquier otra clase, de acuerdo con las categorías y clasificaciones ya referidas y que la doctrina ha recogido.

En Guatemala, a la fecha, se han intentado formalmente dos procesos de reformas constitucionales –independientemente de una serie de propuestas presentadas para ello, pero que no han tenido el apoyo necesario para su discusión y aprobación–, con relación a la que aún se encuentra vigente, es decir, la Constitución Política de la República, promulgada el 31 de mayo de 1985, con vigencia a partir del 14 de enero de 1986. El primero, en 1994 y, el segundo, en 1998; habiéndose aprobado solo el primero y desechado el segundo, ambos sometidos al mecanismo de la “*consulta popular*”.

No obstante lo anteriormente señalado, en cuanto a la falta de normas expresas sobre dicho control jurisdiccional de constitucionalidad de las reformas constitucionales, así como del establecimiento claro del órgano competente para ello, y en su caso también ante la ausencia de facultades taxativas al respecto conferidas a la Corte de Constitucionalidad; en ambos eventos reformatorios, ante las acciones constitucionales sometidas a su conocimiento y decisión, dicho tribunal constitucional sí ha proferido su pronunciamiento, acogiendo o desechando las mismas, según se analizará posteriormente.

Así, a manera de ejemplo, y entre otros existentes, se pueden citar someramente los siguientes casos:

- i) Planteamiento concerniente a una acción de inconstitucionalidad parcial, en contra del Acuerdo No. 18–93, emitido por el Congreso de

la República, a través del cual se efectuaron reformas a la Constitución Política de la República de Guatemala, y el cual debió ser sometido a consulta popular¹⁴:

La Corte argumentó:

“...La Corte de Constitucionalidad no puede entrar a considerar la incompatibilidad de normas de idéntica jerarquía constitucional, porque no tendría parámetros para hacerlo. Una aparente contradicción entre dos normas constitucionales debe resolverse por vía de interpretación de tal manera que las dos se mantengan dentro del sistema...//La pretensión de los interponentes se contrae a que se declare ‘con lugar la acción de vicio parcial de inconstitucionalidad contra los artículos 39 y 40 de las Reformas a la Constitución Política de la República’, aprobadas por el Congreso el diez y siete de noviembre de mil novecientos noventa y tres; y a que ‘las disposiciones de carácter general mencionadas queden definitivamente sin vigencia en su totalidad’. El fundamento de la pretensión se hace consistir en aparentes vicios del Acuerdo Legislativo 18-93 que ordenó la publicación de las reformas aprobadas por el Congreso y facultó al Presidente del mismo a presentar la iniciativa para la Consulta Popular sobre las citadas reformas...//El objeto de esta acción es que se declare la inconstitucionalidad de las reformas que entraron en vigor el ocho de abril del presente año, con fundamento en el artículo 267 de la Constitución Política de la República. Esta Corte ha resuelto con anterioridad que dicho artículo únicamente se refiere a las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, es decir, sólo se permite la inconstitucionalidad de normas de carácter secundario... Por lo expuesto, no es posible entrar a hacer el análisis de los artículos de la Constitución cuya inconstitucionalidad se reclama y, por lo mismo, debe declararse su improcedencia y hacerse los demás pronunciamientos de rigor...”. Declarándose: “...I) Sin lugar la inconstitucionalidad planteada...”.

Lo anterior, pareciera ser la postura correcta a asumir por el tribunal constitucional, en virtud de que, *ab initio*, no existe ninguna norma jurídica que legitime competencia de la Corte para conocer de tales planteamientos; así también, a su vez, el planteamiento de inconstitucionalidad se dirigió contra reformas constitucionales ya aprobadas, inclusive en *referéndum* –consulta popular–; y, por ello, tal como se dice en la sentencia, ya eran parte de la propia Constitución y no podían someterse

14 SCC-G Exp. 405-94, de 15 de diciembre de 1994.

a ese control de constitucionalidad. Sin embargo, en un fallo posterior de la Corte, con respecto al mismo acto reformativo, el criterio de sus integrantes cambió sustancialmente, y, a pesar de todo lo anterior, sí se entró a conocer de dicha acción; independientemente del resultado de la misma.

- ii) Acción de inconstitucionalidad total, en contra de ese mismo Acuerdo No. 18-93, emitido por el Congreso, y por medio del cual se efectuaron reformas a la Constitución Política de Guatemala¹⁵:

La Corte indicó:

“...La acción de inconstitucionalidad es una de las formas de asegurar la preeminencia constitucional, que la propia Constitución confiere para que puedan plantearse, ante esta Corte, los vicios de las leyes y demás disposiciones de carácter general que contravengan los mandatos constitucionales para que este Tribunal se pronuncie sobre ellos, y así cumple la función que le es propia, de defender el orden constitucional...//En el planteamiento bajo análisis, se ataca de inconstitucional el Acuerdo 18-93 del Congreso de la República, que contiene reformas a la Constitución... Con relación al primer punto... la inconstitucionalidad por este motivo carece de fundamento. Se denuncia también que con los artículos 38 y 39 del Acuerdo impugnado, se reformó el artículo 15 de la Constitución. Sobre el particular esta Corte ha sostenido... sin que ello provoque la inconstitucionalidad que se denuncia. En el tercer punto del planteamiento, se denuncia la inconstitucionalidad de las reformas... A este respecto, el procedimiento de consulta popular... En consecuencia, la inconstitucionalidad por este motivo tampoco puede prosperar. En el último aspecto se denuncia la inconstitucionalidad de las reformas ... De esa cuenta, el planteamiento por este motivo, también debe desestimarse...”. Y, en su parte resolutive: “...I) Sin lugar la inconstitucionalidad planteada...”.

Coligiéndose que, en dos casos distintos, con igual objeto –inconstitucionalidad contra el Acuerdo 18-93 del Congreso de la República, por el cual se habían aprobado reformas a la Constitución–, la Corte fue de criterio distinto en cuanto a entrar a conocer y decidirse sobre ello; siendo posterior en fecha este segundo fallo. Sin embargo, aunque no se diga expresamente, parecería que en el primero la negativa de conocer se debió a que las reformas ya se habían aprobado popularmente, y en

15 SCC-G Exp. 341-94, de 10 de agosto de 1995.

este segundo no. Sin analizarse, en ambos casos, si la Corte tenía o no *competencia* para ello.

No obstante, lo anterior, a su vez en un fallo posterior, pero siempre relacionado a la inconstitucionalidad del acto de reforma contenido en el mencionado Acuerdo 18-93 del Congreso de la República y ya aprobado en consulta popular [*referéndum*], la Corte sostuvo, de nuevo, que las normas jurídicas ya incorporadas a la Constitución mediante tales actos –acuerdo parlamentario y plebiscito– no podían ser objeto de control de constitucionalidad por la Corte, por ya contar con el estatus de normas constitucionales¹⁶.

Derivado de ese mismo acto reformatorio, y especialmente de los actos posteriores y los efectos originados del mismo, también se acudió a la Corte de Constitucionalidad mediante acciones de amparo, las cuales quedaron registradas con los Expedientes números 183-94, 8-95 y 121-96; habiendo la Corte en cada uno de los mismos negado la protección solicitada, al considerar que no era la vía idónea, de que se trataba de normas ya incorporadas a la Constitución, que no se advertía ningún agravio personal y que en el planteamiento existía error al computar el plazo de la entrada en vigor.

iii) En relación con el segundo proceso de reforma constitucional precitado, la Corte de Constitucionalidad conoció sobre un planteamiento de inconstitucionalidad de carácter general; habiendo entrado a decidir en el mismo, sobre el numeral segundo del Acuerdo 41-98 del Congreso de la República¹⁷.

En dicho fallo, entre otros aspectos de interés, la Corte consideró:

“...Se trata, como se ve, del examen de la objeción que se hace contra el Acuerdo número 41-98, mediante el cual el Congreso emite disposiciones de carácter general y obligatorio y ordena que se hagan publicaciones del texto que contiene las reformas aprobadas a la Constitución Política de la República, y que el Tribunal Supremo Electoral realice la convocatoria a consulta popular sobre las reformas para que por medio de una pregunta, a la que el ciudadano pueda responder, con un sí o un no, representativos de su decisión, si ratifica o no el total de las reformas...//Sobre el particular se debe, en primer lugar, reconocer que el Congreso de la República tiene facultad para constituirse en poder constituyente derivado,

16 SCC-G Exp. 472-94, de 12 de marzo de 1996.

17 SCC-G Exp. 931-98, de 8 de febrero de 1999.

con capacidad para aprobar textos de reforma de la Constitución Política, exceptuando los referidos en el Capítulo I del Título II y sus artículos 278 y 281. Su actuación, que tiene una demarcación jurídica que no le es permisible rebasar, alcanza su objetivo cuando por la mayoría de votos requerida aprueba aquellos textos que introducen enmiendas a los ya existentes, cuyo fondo se orienta en sentido distinto, aceptando la incorporación de elementos ideológicos o normativos no considerados o previstos en la concepción original del texto matriz...”.

Teniendo el caso concreto, la particularidad de que la acción intentada se dio, precisamente, en el ínterin de la aprobación de las reformas constitucionales por parte del Congreso nacional y el sometimiento de las mismas al mecanismo de consulta popular, a través del procedimiento que se encuentra a cargo del Tribunal Supremo Electoral de Guatemala; objetándose, a través de dicha acción, la falta de precisión y claridad en los supuestos que se someterían a la consideración del Pueblo, mediante *referéndum*, como el soberano para ratificar o improbar lo que fuera reformado.

Al respecto, en el mismo fallo, el tribunal constitucional continuó argumentando:

“...Es por ello que la reforma a la Carta Magna de parte del poder constituyente derivado está sujeto a un procedimiento agravado, que si bien faculta al Congreso para tomar la iniciativa (artículo 277, inciso b), mediante un proyecto de texto que debe ser aprobado con mayoría calificada de votos (artículo 280), éste carece de significación jurídica en tanto no obtenga la sanción de los ciudadanos (artículo 173) que pueden optar entre su ratificación o no aceptación. Este procedimiento agravado constituye una garantía para evitar que el contenido de la norma matriz sea alterado por circunstancias pasajeras, y para conseguir que la adopción de una reforma sea producto, con su sanción, de la voluntad popular...// Si tal es el propósito del procedimiento de reforma, no puede menos que advertirse que al votante debe preguntársele con precisión, o sea, de manera inequívoca, lo que constituya la decisión política o la reforma de la Constitución a sancionar; de ahí que si, en uno u otro caso, la cuestión o reforma no es simple sino compleja, las preguntas deben ser equivalentes, en su número, por lo menos, a los temas implicados. De esa manera se obtendrá legítimamente la respuesta, positiva o negativa, de quien tiene, en última instancia, la potestad de decisión...//El estudio factorial de las reformas a la Constitución aprobadas por el Congreso permite suponer que, no obstante su extensión, podrían agruparse por temas o

títulos diferenciados, cuya aprobación particularizada no sería susceptible de producir incompatibilidad normativa y, como consecuencia, tendrían validez intrínseca...”.

Es decir, bajo una especie de sentencia atípica, de la subespecie de las interpretativas que, a su vez, bien podría clasificarse en aditiva, sustitutiva o reductora –atendiendo las connotaciones y sentido del fallo analizado–, la Corte de Constitucionalidad estimó que la propia generalidad con que se pretendía llevar a cabo el *plebiscito* hacía factible la acción planteada, ya que no le permitía al ciudadano tomar su decisión en cuanto a cada uno de los temas centrales y de fondo aprobados.

Por último, la Corte concluyó así:

“...En resumen: el procedimiento consultivo para posibilitar la sanción de la iniciativa de reforma a la Constitución aprobada por el Congreso de la República requiere, en el acto de decisión, que el votante se exprese, con el número de preguntas que sean necesarias y de modo inequívoco, sobre la disposición o disposiciones que constituyan cada tema de la institución normativa de la Constitución a la que se llama a sancionar mediante la ratificación.//Siendo distinto lo dispuesto en la parte cuestionada del punto segundo del Acuerdo Número 41-98 del Congreso de la República, está afectada de inconstitucionalidad, procediendo la declaratoria solicitada...”. Habiéndose declarado, al final: “Con lugar la inconstitucionalidad del numeral segundo del Acuerdo número 41-98 del Congreso de la República...en consecuencia, queda sin vigencia la disposición legal indicada, en la parte que quedó transcrita, a partir del día siguiente de la publicación del auto de esta Corte que decretó su suspensión provisional...”.

Coligiéndose que, independientemente de lo que se ha dicho en cuanto a que en Guatemala la Corte de Constitucionalidad no tiene competencias expresamente concedidas por la Constitución Política de la República, ni por la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, para ejercer el control jurisdiccional de constitucionalidad de reformas constitucionales, ni por su forma [*procedimiento*] ni mucho menos por su fondo [*materia*], en estos casos hizo uso del mismo; independientemente del resultado que las acciones de inconstitucionalidad planteadas tuvieron, incluso aquellas que, por vía del amparo, también fueron intentadas en contra de actos de reforma.

Asimismo, en el caso de Guatemala, reiterándose, es evidente que sí existen normas jurídicas que regulan, expresamente, esos límites al poder de reforma constitucional, es decir, de las llamadas “*cláusulas pétreas o cláusulas de intangibilidad*”, aunque no las hay en relación a su control sobre el procedimiento y/o también en cuanto al contenido o la materia de las reformas; y, a su vez, no existe un órgano expresamente preestablecido para poder controlar el debido cumplimiento de ello.

No obstante lo anterior, como se vio en los primeros casos de inconstitucionalidad comentados, la Corte fue renuente de conocer de tales planteamientos cuando las reformas constitucionales ya han sido aprobadas, lo cual, sin perjuicio de su falta de competencia para ello, se considera acertado; sin embargo, sí entró a conocer de las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso de la República antes de que fueran sometidas a consulta popular, analizándose su forma y su contenido e, inclusive, acogándose el planteamiento; aunque con un voto razonado de una de sus miembros. No pudiéndose dejar de comentar que, como se advierte de la transcripción del último fallo, la Corte subrepticamente incluye el artículo 281 constitucional como parte de la cláusula de intangibilidad, cuando, como ya se indicó y se colige de su propio texto, dicho artículo no se encuentra protegido taxativamente por la misma y, en consecuencia –reiterándose–, es que su condición de auténtica *cláusula pétrea* es cuestionable.

En el último de los casos comentados, se ve una suerte de variación y evolución en los criterios de la Corte, ya que no se entra a analizar directamente el contenido de las reformas constitucionales emitidas por el Congreso de la República, sino más bien el acuerdo de su aprobación en cuanto al procedimiento preestablecido en el mismo, a efecto de llevarse a cabo la consulta popular posterior.

Es así como, junto a Jorge Amaya, sobre ello es factible afirmar: “...*Encontrar soluciones teóricas que avalen el control, y particularmente el control judicial, implica necesariamente asumir una posición ideológica alrededor de los conceptos y contenidos de Constitución y Democracia*”¹⁸; ya que, a la vez, siempre se dependerá de la integración personal de la Corte y de la subjetividad de sus integrantes, así como de la coyuntura nacional e internacional del momento.

18 Jorge Alejandro Amaya, *El control de la democracia y de las reformas constitucionales* (Colombia: Nueva Jurídica, 2018), 328.

La tradición jurisdiccional de esta Corte Constitucional es vasta sobre el tema, específicamente en cuanto a los límites al poder de reforma constitucional; e, inclusive, a nivel americano, se podría decir que es pionera en ello al preestablecer, en la región, la llamada tesis, doctrina y/o teoría de la “*sustitución de la Constitución*”; optándose, en el presente, por referirse a la misma como una doctrina, toda vez que, según la propia Corte Constitucional, este aún es un “*concepto inacabado*”.

Dicha doctrina, básicamente, parte de la existencia de los límites implícitos a ese poder de reforma de la Constitución, independientemente de que la propia Constitución así lo determine o no; tal el caso de la Constitución política colombiana que, al menos de forma expresa, no contiene cláusulas pétreas y/o de intangibilidad y que, por ende, su reforma no se encuentra, taxativamente, sujeta a límites de ninguna naturaleza, más que a la observancia de las disposiciones sobre *procedimiento*.

En cuanto a ello, Jorge Carpizo manifiesta que: “*...Los límites expresos son aquellos principios que la propia Constitución señala, sin ambigüedad alguna, en forma explícita y directa, que son intocables, que no se pueden reformar ni alterar. A estas normas suele denominárseles cláusulas pétreas, intangibles o de intangibilidad...*”. Agregando: “*...El hecho de que se les mencione no significa que sólo ellos tengan ese carácter, en virtud de que de ellos o de diversos preceptos constitucionales se derivan necesariamente otros: son las cláusulas o principios implícitos...*”¹⁹.

Y sobre esos últimos: “*...Se puede sostener que los límites implícitos son aquellos a los cuales la Constitución no se refiere de manera expresa, pero que pueden inferirse de su núcleo legitimador, básicamente de los principios y valores que la construyen y la sostienen... una Constitución democrática implica necesariamente el establecimiento de una serie de principios y valores...*”²⁰.

Según Belaunde: “*...Desde otra perspectiva, tenemos lo que se conoce como ‘cláusulas pétreas’ o de intangibilidad, que no pueden ser revisadas ni ser objeto de revisión en ninguna circunstancia ...*”.

19 Carpizo, “El Tribunal Constitucional y el control de la Reforma Constitucional”, 178.

20 Carpizo, “El Tribunal Constitucional...”, 180-81.

Añadiendo: “...sin embargo, ha surgido la tesis de los límites materiales implícitos, es decir, que aun cuando no existan expresas cláusulas de no revisión, este poder no puede ser total sino sólo parcial, pues existen normas, prescripciones o valores no escritos que así lo consideran...”²¹.

Concluyendo, con relación a estos últimos, [lapidariamente] de la siguiente manera:

“...El problema con este enfoque que tiene mucho de ideológico, es que como la irreformabilidad no existe expresamente sino que es construida a través de un proceso de razonamiento articulado, ésta no sólo no puede defenderse sólidamente, sino que además pueden darse casos en los cuales surjan tesis diversas y hasta opuestas sobre lo que sería el límite material implícito, con lo cual quedaríamos a la larga entrampados en una discusión teórica sin posibilidad de ser resuelta y sin referente al que acudir... Es decir, sostener la existencia de límites materiales implícitos puede a la larga ser un producto de la imaginación o de los buenos deseos del intérprete, que incluso pueden cambiar con el tiempo o tener consecuencias...”²².

O sea, análogamente a los límites ya mencionados en el apartado anterior, la doctrina legal y, en especial, la jurisprudencia –constitucional–, han reconocido la existencia de límites, a saber: a) explícitos; y, b) implícitos. Los primeros no reportan mayor complejidad, puesto que ha sido el propio poder originario el que los ha creado, mientras que los segundos son producto de la jurisprudencia y, por ende, complejos.

Ahora bien, en cuanto a la sustitución de la Constitución, dicha Corte, en su fallo con el registro C-574/11²³, indicó:

“...La sustitución, entonces, es un reemplazo de la Constitución en términos materiales, e implica franca oposición entre lo nuevo y lo anterior, en la medida en que, so pretexto de la reforma, la Constitución es transformada en otra ‘completamente distinta’ que, por ejemplo, sirva de base a una forma de organización política opuesta, como cuando se cambia la república por la monarquía, la democracia por la dictadura o el estado de derecho por el totalitarismo...”.

21 García Belaunde, “Sobre el control de la Reforma Constitucional”, 481-82.

22 Belaunde, “Sobre el control de la Reforma...”, 482.

23 SCC-C C-574/11, de 22 de julio de 2011.

Evidenciándose que, a diferencia de la Constitución Política de la República de Guatemala –que como antes quedó asentado no le otorga la facultad de controlar jurisdiccionalmente una reforma constitucional a la Corte de Constitucionalidad–, la Constitución colombiana sí le confiere dicha potestad a su Corte Constitucional; pero, debe tenerse claro que ello, exclusivamente, en cuanto a los aspectos procedimentales, y no sobre cuestiones materiales –y/o de fondo– de dichas reformas; lo cual se advierte en el contenido de los artículos 241 y 379 de su ley fundamental [Constitución].

Sin embargo, la Corte Constitucional colombiana, a partir de su sentencia identificada al número C-551 del 2003²⁴, ha venido forjando su doctrina sobre la sustitución de la Constitución; partiendo en parte, doctrinariamente, de ideas del jurista alemán *Carl Schmitt* y, a la vez, jurisprudencialmente, de fallos similares emitidos por la *Corte Suprema de Justicia de la India*.

Tal doctrina, en esencia, establece límites competenciales al poder de reforma de la Constitución, partiéndose de que solo puede llevar a cabo reformas que no impliquen sustituir elementos básicos de la Constitución, dado que, en caso contrario, debe realizarse por una asamblea constituyente; puesto que el órgano de revisión de la Constitución únicamente puede reformarla, y no sustituirla.

La doctrina de la sustitución, tanto dentro como fuera de la Corte, ha tenido a sus defensores y sus detractores, por lo complejo que conlleva que un poder constituido –como lo es la propia Corte– tienda a limitar a un poder que, si bien no es el originario, igualmente es constituyente y, por ende, no puede ni debe estar sujeto a un control jurisdiccional que la propia Constitución no estableció de manera expresa; o al menos no lo hizo para aspectos diferentes a cuestiones del procedimiento.

A mi juicio, se advierte una paradoja en el actuar de la Corte Constitucional [al extremo de *aporía*], como lo es el que ésta, al aplicar su doctrina de la sustitución de la Constitución, lo haga a partir de que, a su criterio, el órgano de revisión o de reforma de la Constitución solo tiene competencia para su reforma –o enmienda–, más no para la sustitución de esta; y, bajo esa premisa, en múltiples ocasiones, se haya accedido a

24 SCC-C C-551/03, de 9 de julio de 2003.

declarar la “*inexequibilidad*” de variados actos legislativos de reforma. Sin embargo, a su vez, la propia Corte Constitucional tampoco tenga la competencia para ejercer dicho control jurisdiccional en cuanto a los aspectos que no sean propiamente del procedimiento, durante el trámite de los procesos de reforma; considerándose por muchos juristas –inclusive por magistrados de la propia Corte Constitucional– que, bajo el subterfugio de controlar la competencia del órgano de la reforma, en realidad se está llevando a cabo, sin competencia, un control material; siendo aplicable el dilema del: “*¿Quis custodiet ipsos custodes?*” [que significa: “*¿Quién vigilará a los vigilantes?*”].

Al respecto, en la ya referida sentencia del 2003 [C-551]²⁵, la Corte asentó:

“...Una cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado –lo cual está autorizado puesto en eso consiste el poder de reforma cuando la Constitución no incluyó cláusulas pétreas ni principios intangibles de manera expresa, como es el caso de la colombiana– y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto esta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente, lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder [...] La tesis de que el titular del poder de reforma puede sustituir la Constitución enfrenta dificultades insuperables y por ello es insostenible en nuestro ordenamiento constitucional...”

Entre los detractores de la doctrina de la sustitución de la Constitución, uno de los más conspicuos ha sido el magistrado Sierra Porto [actual juez de la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*]; quien, cuando integraba tal Corte Constitucional, asentó votos razonados en los que dejó plasmado su criterio en contra de la postura mayoritaria de la misma, en los casos en los que se hizo uso de esta doctrina.

Verbi gratia: en relación a la sentencia C-141²⁶ del año 2010, el entonces magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Sierra Porto, en su voto razonado aclaratorio estableció una serie de argumentos objetivos y razonables que bien vale la pena citar, pues tajantemente contradicen la doctrina y la decisión asumida por mayoría.

25 SCC-C C-551/03, de 9 de julio de 2003.

26 SCC-C C-141/10, de 26 de febrero de 2010.

Entre otros, Sierra Porto expresa –en su voto²⁷– con evidente perspicuidad, las siguientes razones:

“...considero que ampliar el alcance de la competencia de la Corte Constitucional en el examen de los distintos procedimientos reformativos de la Constitución, de manera tal que abarque esta modalidad de vicios, tiene las siguientes implicaciones negativas: (i) riñe con el tenor literal del artículo 241.3 de la Carta y permite un control material de las reformas constitucionales, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de Constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) plantea una distinción artificial entre las distintas vías de reforma a la Constitución...”.

Prima facie, las tres razones que expuso el Magistrado Humberto Sierra Porto, en su referido voto, son suficientemente contundentes para deslegitimar la doctrina de la sustitución de la Constitución que, reiteradamente, en su jurisprudencia ha establecido la Corte Constitucional colombiana, para ejercer dicho control jurisdiccional de constitucionalidad con relación a las reformas constitucionales y en cuanto a los aspectos de competencia del órgano de reforma, bajo el argumento de que ello corresponde a circunstancias de “*forma*” y que no se analiza su “*fondo*”.

Entre los demás argumentos del citado voto²⁸, que parecen acertados y de mayor relevancia para evidenciar la improcedencia total de los argumentos fundantes de la referida doctrina, están:

“...ensanchar el control de los vicios de procedimiento al examen material de los actos reformativos de la Constitución, supone una nueva categoría: la de los vicios de procedimiento ‘sustanciales’ engendro de peculiar naturaleza que engloba en su interior y de manera simultánea los dos tipos de vicios, de manera tal que las distinciones creadas por la doctrina y adoptadas por la Constitución perderían su razón de ser...//... la figura de los vicios de sustitución de la Constitución implica un control del contenido y no se entiende como se pueda ejercer un control de esta naturaleza sin la existencia de límites materiales al poder de reforma...// La misma metodología patentada en la sentencia C-1040 de 2005 para examinar la supuesta sustitución de la Constitución deja en claro que se trata de un examen material de las reformas constitucionales...//...negar entonces el carácter material o sustancial del control que se realiza es insostenible...”.

27 “Aclaración de Voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto a la Sentencia C-141 de 2010”.

28 *Ibid.*

Si bien es cierto, lo afirmado por Sierra Porto se encuentra contenido únicamente en un voto disidente del mismo y que, por ello, no tendió a repercutir en la decisión mayoritaria adoptada en el caso concreto, también lo es que, más allá de eso y para los efectos pretendidos con el presente, sirven de complemento legítimo para confrontar precisamente la postura de la mayoría de la Corte.

Concluyéndose por el magistrado Sierra Porto, en ese mismo voto, en que:

“...en cualquiera de sus versiones el concepto de vicios de competencias supone siempre un control material de las reformas constitucionales, en el cual el parámetro de control estará conformado por preceptos constitucionales...//...la tesis bajo examen significa una desvalorización del poder de reforma... la Corte Constitucional en tanto poder constituido no puede oponerse a la voluntad del poder constituyente expresada en los términos señalados por la Constitución misma...//En general todos los procedimientos de reforma constitucional son expresión de un poder constituyente constituido, lo que viene a significar que en definitiva se trata de decisiones tomadas por el titular de la soberanía, por el pueblo...”.

De lo cual es posible advertir que, efectivamente, el que la Corte Constitucional colombiana tienda recurrentemente a ejercer el control de constitucionalidad de actos de reforma constitucional ya aprobados por el Parlamento, y que en muchos de estos casos –constantemente– haya accedido a declarar la “*inexequibilidad*” de los mismos, en lo absoluto legitima el que ello se haga desde esa perspectiva de control formal aparente, partiendo de la supuesta “*incompetencia*” de dicho órgano democrático para su consumación; pues no corresponde a lo dispuesto en la Constitución.

Ya que, si bien la propia Constitución le otorga expresamente a la Corte Constitucional esa potestad de controlar la constitucionalidad de los actos de revisión constitucional, tal competencia la circunscribe a aquellos vicios que puedan darse en el procedimiento del proceso reformativo; más no se la extiende para cuestionar la competencia –sustancial– del órgano parlamentario, puesto que este por disposición de la propia Constitución está legitimado como constituyente permanente.

Así, podrían citarse una serie de casos y fallos adicionales, a través de los cuales la Corte Constitucional colombiana ha entrado a ejercer

el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales, habiendo en buen número de estos declarando la “*inexequibilidad*” de las mismas por motivos de tal “*sustitución de la Constitución*”, a partir de la supuesta incompetencia del poder de reforma para realizar “*sustituciones*” a la Constitución. Ejemplo de ello, es el reciente fallo relativo a la “*pena de prisión perpetua revisable*”²⁹, en el que, de nuevo, atendiendo a esa doctrina creada pretorianamente, se declaró su “*inexequibilidad*”.

No estando regulada expresamente en la Constitución la potestad de controlar la constitucionalidad de los actos reformatorios, partiendo de la competencia o no del órgano revisor, es evidente que la Corte Constitucional de Colombia incurre en activismo judicial; ya que, sin tener esa competencia formal, al declarar la *inexequibilidad por sustitución de la Constitución*, le atribuye la ausencia de competencia a tal órgano, partiendo de un control “*de fondo*” al que no está facultada. Haciéndolo, bajo el subterfugio de que es de forma o en cuanto a su procedimiento, pero revisando a través del mismo el contenido sustancial de tales actos, pero sin aceptarlo así.

Si bien es cierto, como se señaló, en un Estado constitucional y democrático de derecho, simple y sencillamente, ya no pueden existir poderes ilimitados; ni siquiera el mismo poder constituyente original podría serlo, ya que siempre lo estará, como mínimo, por el irrestricto respeto, garantía [*y progresividad*] de los derechos fundamentales. Así también lo es que, si la Constitución de un Estado –en este caso el colombiano– no regula expresamente esa facultad del tribunal constitucional para controlar al poder constituyente derivado, por aspectos distintos del procedimiento empleado durante el trámite de la respectiva reforma, este no puede ni debe hacerlo, sin violar, a su vez, la propia ley fundamental que, por medio del poder constituyente, lo creó.

29 SCC-C C-294/21 [según Comunicado 33, de 2 de septiembre de 2021; pendiente la publicación de la Sentencia].

3. Conclusiones

Sobre los límites y los controles al poder de reforma, desde la jurisprudencia –en algunos casos– se ha llegado a considerar que, además de los límites expresos, entre otros tantos también concurren los implícitos; lo que no deja de ser cuestionable, más aún cuando de los límites materiales se trata. Lo cual debe llevarnos a cavilar con respecto a la competencia de los tribunales constitucionales para controlar las reformas constitucionales llevadas a cabo en el seno del Parlamento, con o sin *referéndum* popular –según corresponda, e inclusive de asambleas constituyentes, siempre que de reformas constitucionales se trate–. Ya que éstos, al ser “*órganos constituidos*”, solamente pueden hacer lo que el poder constituyente que los creó les delegó expresamente, según sus competencias.

Así, siguiendo el *tertium comparationis* ya efectuado en cuanto a los “límites” al poder de reforma de la Constitución y su “control”, desde la jurisprudencia constitucional, se advierte que concurren diferencias torales que, a su vez, han repercutido en las decisiones de las Cortes Constitucionales. *Verbi gratia*: en Guatemala la Constitución sí contiene “cláusulas pétreas o de intangibilidad” [con la salvedad hecha], y procedimientos claros y precisos para llevar a cabo los procesos de reforma constitucional; en cambio, en Colombia, a pesar de que también existen procedimientos precisos y concretos para ello, la Constitución no contiene tales normas constitucionales “de intangibilidad o pétreas”, aunque para la Corte Constitucional, desde su jurisprudencia, pareciera que sí las hay. Y, además, en Guatemala, no existe ninguna norma constitucional que, expresamente, habilite a la Corte de Constitucionalidad para controlar tales actos de reforma, mientras que la Constitución de Colombia sí faculta a la Corte Constitucional a que lo haga, pero solo en cuanto al procedimiento.

Colofón, ambas Cortes Constitucionales en su jurisprudencia en cuanto al control de esos actos de reforma, han ido más allá de lo que la propia Constitución les permite; la de Guatemala, entrando a ejercerlo sin tener competencia expresa para ello; y, la de Colombia, amparándose en una ficción jurídica, como lo es la “sustitución de la Constitución”, para poder conocer aspectos de fondo de tales actos, y no solo en cuanto a su procedimiento; declarando, inclusive, su “inexequibilidad”, bajo el argumento de tratarse de una mera cuestión –formal– de incompetencia.

4. Bibliografía

- Agudelo Ibáñez, Sirley Juliana, "Identidad Constitucional: límite a la reforma constitucional en Alemania, Italia y la India". *Revista Academia y Derecho*, n.º 11 (2015): 123-154.
- Amaya, Jorge Alejandro. *El control de la democracia y de las reformas constitucionales*. Colombia: Nueva Jurídica, 2018.
- Ávila Ornelas, Roberto, "Control jurisdiccional de reformas constitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en *Derecho procesal constitucional*, coordinado por Armando Soto Flores, 171-207. México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Secretaría de Gobernación, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- Benítez R. Vicente F. "Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas". *Revista. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 42, n.º 117 (2012): 359-391.
- Cajas Sarria, Mario Alberto. "La reforma constitucional: límites de la Corte al Congreso". *Revista Precedente* Vol. 2004 (2004): 13-48. doi: <http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1412>.
- Carpizo, Jorge. "Tribunal constitucional y el control de la reforma Constitucional". En *La ciencia del derecho procesal constitucional*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y
- Jorge Silvero Salgueiro, 155-211. Paraguay: Corte Suprema de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *Fundamentos actuales para una Teoría de la Constitución*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- Fajardo, Luis A. y Mauricio González, comp. *La sustitución de la Constitución. Un análisis teórico, jurisprudencial y comparado*. Colombia: Universidad Sergio Arboleda, 2015.
- García Belaunde, Domingo. "Sobre el control de la reforma constitucional (con especial referencia a la experiencia jurídica peruana)". *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 66 (2006): 477-500.

Higuera Jiménez, Diego Mauricio. “Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución”. *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 16, n.º 32 (2017): 97-126. doi: 10.22395/ojum.v16n32a4.

Pereira-Orozco, Alberto. *Poder Constituyente*. Guatemala: De Pereira, 2013.

Ragone, Sabrina. “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”. *UNED. Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 31 (2013): 385-406.

Ramírez Cleves, Gonzalo Andrés. *Los límites a la reforma constitucional y las garantías-límites del poder constituyente: los derechos fundamentales como paradigma*. Colombia: U. Externado de Colombia, 2003.

Sagüés, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2016.

Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2017.

Sánchez Lora, Juan Carlos. “El poder constituyente y sus condicionantes en la era de la globalización de los derechos humanos”. Tesis doctoral. Universidad de Sevilla, 2017. <http://hdl.handle.net/11441/64795>.

Zúñiga Urbina, Francisco. “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 4, n.º 2 (2006): 415-434. <http://www.cecococh.cl/>.

Jurisprudencia

SCC-G *Inconstitucionalidad*, Expediente 405-94, de 15 de diciembre de 1994.

SCC-G *Inconstitucionalidad*, Expediente 341-94, de 10 de agosto de 1995.

SCC-G *Inconstitucionalidad*, Expediente 472-94, de 12 de marzo de 1996.

SCC-G *Inconstitucionalidad*, Expediente 931-98, de 8 de agosto de 1999.

SCC-G *Amparos varios*, Expedientes 183-94, 8-95 y 121-96, de 20 de julio de 1994, 29 de junio de 1995 y 11 de abril de 1996, respectivamente.

SCC-C *Revisión de Constitucionalidad* C-551/03, de 9 de julio de 2003, Expediente CRF-001.

SCC-C *Revisión de Constitucionalidad* C-141/10, de 26 de febrero de 2010, Expediente CRF-003.

SCC-C *Inconstitucionalidad* C-574/11, de 22 de julio de 2011, Expediente D-8371.

SCC-C *Inconstitucionalidad* C-294/21 [Comunicado 33, 2 de septiembre de 2021; fallo pendiente de publicación en el sitio web: <https://www.corteconstitucional.gob.co>], Expediente D-13915 AC.

Para el cumplimiento de sus fines, el Instituto de Justicia Constitucional cuenta con las siguientes funciones:

- Promover el estudio de casos y situaciones vinculadas a la aplicación de la Justicia Constitucional y del Derecho Constitucional;
- Diseñar y realizar programas internos de superación académica y actualización profesional para el personal técnico y profesional de la Corte de Constitucionalidad;
- Diseñar un currículum base formativo en materia de Justicia Constitucional y Derecho Constitucional aplicados, tomando en cuenta los dictámenes, resoluciones, sentencias, consultas y otra producción intelectual en materia constitucional emanada de la Corte de Constitucionalidad;
- Organizar y participar en diversos eventos, tales como mesas de debate y diálogo, conversatorios y conferencias magistrales;
- Promover actividades académicas nacionales e internacionales, en las cuales participen prioritariamente miembros del personal técnico y académico de la Corte de Constitucionalidad;
- Promover actividades de intercambio de conocimientos sobre Justicia Constitucional y Derecho Constitucional con otras Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales en América Latina u otros continentes;
- Promover actividades académicas y de formación de corta duración, acreditables dentro y para el personal de la Corte de Constitucionalidad; así como gestionar becas y oportunidades de especialización para investigadores en materia de Justicia Constitucional y Derecho Constitucional;
- Diseñar y ejecutar programas específicos de intercambio de conocimientos de alto nivel, dirigidos a los Señores Magistrados de la Corte de Constitucionalidad, con el objetivo de que la actualización en materia de Justicia Constitucional y Derecho Constitucional sea dinámica;
- Apoyar a investigadores ante instituciones nacionales e internacionales para realizar estudios puntuales sobre temas relacionados con la Justicia Constitucional y el Derecho Constitucional;
- Realizar publicaciones de libros, folletos, grabaciones electrónicas y otros en materia de Justicia Constitucional y Derecho Constitucional;
- Editar y hacer circular trimestralmente la revista del Instituto;
- Diseñar y poner en marcha un archivo digital de documentos técnicos y políticos útiles al Instituto.



JC
**INSTITUTO DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL**
ADSCRITO A LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

ISBN: 978-9929-626-28-7



9 789929 626287