

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

Tomo XIX



Opus Magna Constitucional Tomo XIX

Guatemala, octubre 2022

Opus Magna Constitucional, Tomo XIX
Guatemala, octubre 2022

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

Cuerpos Editoriales

	Dina Josefina Ochoa Escribá Magistrada Presidenta de la Corte de Constitucionalidad Presidenta de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional	
Consejo Editor:	Néster Mauricio Vásquez Pimentel Magistrado de la Corte de Constitucionalidad	
	Blanca Odilia Alfaro Guerra Magistrada del Tribunal Supremo Electoral	
Director:	Mynor Fernando Tejeda Morales Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional	
Editor:	Francisco Javier Urizar Pérez Abogado Investigador del Instituto de Justicia Constitucional	
	Allan Amilkar Estrada Morales Universidad Rafael Landívar, Quetzaltenango	José Pablo Pacheco Samayoa Corte de Constitucionalidad
	Ana Elisa Samayoa Guzmán Universidad Rafael Landívar	Juan Francisco Patzán Sánchez Corte de Constitucionalidad
	Ana Isabel Calderón Cristal Universidad Rafael Landívar	Juan Pablo Gramajo Castro Universidad Francisco Marroquín
	Ana Lucrecia Aguilar Alegría Universidad Rafael Landívar	María del Rosario Velásquez Juárez Corte de Constitucionalidad
Consejo de Revisores:	Angélica Yolanda Vásquez Girón Corte de Constitucionalidad	Miguel Ángel Aldana Moscoso Universidad de San Carlos de Guatemala
	Aylin Brizeida Ordóñez Reyna Corte de Constitucionalidad	Mildred Jeaneth Amarra Huitz Corte de Constitucionalidad
	Edgar Alfredo Ortega Franco Universidad Rafael Landívar	Ricardo Antonio González Soto Corte de Constitucionalidad
	Franco Gatti Universidad de Rosario, Argentina	Sara María Fernanda Larios Hernández Universidad Francisco Marroquín
		William Gilberto Bobadilla López Universidad de San Carlos de Guatemala

Integración de la Corte de Constitucionalidad

14 de abril de 2022 a 13 de abril de 2023

Dina Josefina Ochoa Escribá
Presidenta de la Corte de Constitucionalidad

Magistrados Titulares:

Héctor Hugo Pérez Aguilera
Nester Mauricio Vásquez Pimentel
Leyla Susana Lemus Arriaga
Roberto Molina Barreto

Magistrados Suplentes:

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

Integración de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Dina Josefina Ochoa Escribá
Presidenta

Héctor Hugo Pérez Aguilera
Vicepresidente

Juan José Samayoa Villatoro
Secretario

Ricardo Antonio González Soto
Yandy Lourdes Castillo y Castillo
Vocales

Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional
Mynor Fernando Tejeda Morales

Opus Magna Constitucional
Tomo XIX

Índice

Presentación	11
Aportes especiales	
Aportes teóricos y prácticos de la Justicia Constitucional en Guatemala <i>René Arturo Villegas Lara</i>	15
La Problemática de la corrupción: Especial consideración del Sistema Judicial. Propuestas desde la experiencia española. <i>Félix Ma. Pedreira González</i>	35
Laicidad y objeción de conciencia en el Derecho y la jurisprudencia comparada <i>José Roberto Oviedo Soto</i>	63
Artículos	
El ejercicio del control constitucional a través de la interpretación <i>Herbert Rocacl Girón Lemus</i>	83
La perspectiva de género y el lenguaje inclusivo en las constituciones de Latinoamérica <i>Lina María Muralles Orellana</i>	101
El Boque de constitucionalidad, los derechos humanos y la soberanía. Apuntes para un constitucionalismo más allá del Estado (O si se puede hablar de constitucionalismo democrático) <i>Santos Romeo Barrientos Aldana</i>	121
La jurisprudencia constitucional guatemalteca en materia del debido proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal <i>Carlos Horacio Morales López</i>	141
Análisis de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre igualdad material <i>Lester Manuel Meda Ruano</i>	171
La modulación constitucional <i>Jose Pablo Pacheco Samayoa</i>	195
Democracia y Tribunales Constitucionales. Comentario a la Teoría de la Representación Popular Argumentativa de Robert Alexy <i>Brenner Israel Ronaldo Lopez de Leon</i>	225

Presentación

Dentro de los trabajos editoriales producidos por el Instituto de Justicia Constitucional, adscrito a la Corte de Constitucionalidad, la publicación de la revista académica *Opus Magna Constitucional* ha sido uno de los más exitosos y apreciados. Desde su primera edición en el año 2010, se ha publicado casi ininterrumpidamente durante 12 años, incluyendo obras de autores nacionales e internacionales relacionadas con Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y materias afines.

A lo largo de estos años, se han realizado cambios y actualizaciones para garantizar la calidad de sus contenidos y su mayor difusión al público en general. En ese marco, la creación de cuerpos editoriales mixtos (integrados por revisores internos y externos a la Corte de Constitucionalidad) y la implementación del sistema de revisión por pares, en modalidad doble ciego de las propuestas -en el que la identidad de los autores es desconocida para los revisores y viceversa-, han permitido fortalecer la apertura editorial de la revista y mantener su alto nivel; la implementación de un software para la administración y publicación de revistas académicas en internet –conocido como OJS, por sus siglas en inglés- para digitalizar todo el proceso editorial y, finalmente, la publicación de los tomos en formato electrónico, con acceso universal y gratuito a través de la plataforma <https://opusmagna.cc.gob.gt>, facilita la obra a personas que se ven impedidas de conseguir los contenidos impresos y, además, a personas con discapacidad, que pueden hacer uso de lectores de pantalla para acceder a sus contenidos.

Este tomo XIX de *Opus Magna Constitucional*, presenta tres aportes especiales y siete artículos sobre las diferentes materias que abarca la publicación. Agradezco a quienes han contribuido con sus aportes académicos para este tomo, el cual presento con la finalidad de profundizar en la discusión de los temas que se presentan.

Dina Josefina Ochoa Escribá
Presidenta de la Corte de Constitucionalidad y de la
Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

APORTES ESPECIALES

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

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



Apuntes teóricos y prácticos de la Justicia Constitucional en Guatemala*

René Arturo Villegas Lara

Doctor en Derecho
Universidad de San Carlos de Guatemala

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.95>

Resumen: En el presente artículo se desarrolla el tema de la justicia constitucional, como procedimiento de hacer prevalecer la jerarquía normativa de la Constitución Política, el cual tiene sus variantes según los distintos ordenamientos jurídicos de cada Estado. No obstante, hay aspectos desarrollados por la doctrina que les son comunes, tal el caso de los sistemas y modelos de justicia constitucional y, especialmente, en lo que atañe a Guatemala. Al final, se comentan sentencias que se han dictado dentro del concepto de sentencias atípicas, que son comunes en la práctica de la jurisdicción constitucional.

Palabras clave: Justicia constitucional, sistemas y modelos de justicia constitucional, las sentencias constitucionales atípicas, ejemplos de sentencias atípicas.

* Los escritos publicados en la sección de aportes especiales no son sometidos al proceso de revisión por pares en modalidad doble ciego.

Apuntes teóricos y prácticos de la Justicia Constitucional en Guatemala

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.95>

René Arturo Villegas Lara

Doctor en Derecho
Universidad de San Carlos de Guatemala

1. Antecedentes importantes de la justicia constitucional

La justicia constitucional es una variante de la administración de justicia en general, si partimos de que los distintos conflictos de intereses que se dan en la vida jurídica tienen especificados los órganos jurisdiccionales que se encargan de resolverlos de acuerdo con la naturaleza de las normas de cada rama del derecho objetivo. Así como existe la justicia civil, la justicia laboral, la justicia administrativa, la justicia penal, etc., también existe la justicia constitucional cuyo fin es resolver los conflictos que ocurren cuando las leyes u otras disposiciones generales que dictan los poderes del Estado y que tienen la categoría de normas ordinarias o infra constitucionales, contradicen a la Constitución, pues aquellas, legales o reglamentarias, por su jerarquía, deben ser conformes y no contradecir a una norma de rango superior, en observancia del principio de jerarquía normativa. Para resolver esas contradicciones o antinomias, existe el control de constitucionalidad, control que tiene caracteres propios, dadas las particularidades de las normas constitucionales. Una de ellas es importante tomarla en cuenta: la jerarquía superior de la norma Constitucional que preceptúa el artículo 175 de la Constitución Política de la República. No obstante, tomando en cuenta el artículo 46 de esta ley suprema, de esa jerarquía también gozan las normas de los tratados y convenciones de derechos humanos de los que el Estado de Guatemala es parte, pues las contradicciones entre las normas de este llamado Derecho de los derechos humanos y las normas ordinarias del sistema jurídico se conocen y resuelven conforme a las reglas del Derecho Procesal Constitucional, por lo que el control de convencionalidad, es similar al control de constitucionalidad.

La materia de la administración de justicia constitucional es, relativamente reciente, si la comparamos con la de la justicia penal y civil que datan desde el origen greco-romano del derecho latino o derecho continental. En ese sentido, la justicia constitucional surgió cuando principio la idea de que hay un cuerpo de normas superiores a las cuales deben sujetarse tanto las leyes ordinarias, así como el mismo ejercicio del poder público dentro de un régimen constitucional de Derecho o sea que nació el concepto de la Constitución y del constitucionalismo. Este fenómeno o control que se ha dado en el devenir de la vida jurídica es lo que se conoce como *control de constitucionalidad, que hoy se amplía al control de convencionalidad* para la protección de las normas de derechos humanos.

El control de constitucionalidad, que en el Common Law es conocido como *judicial review* o revisión judicial de los actos legislativos (leyes) y ejecutivos (disposiciones generales), tiene como efecto principal de que, si esos actos son contrarios a la ley suprema, se les inaplica o se les expulsa del ordenamiento jurídico según la instancia en que se conozca el conflicto legal. En Inglaterra, por ejemplo, en el año 1610, encontramos un expediente de justicia constitucional en el proceso que conoció el juez Edward Coke con respecto al caso del médico Thomas Bonham, en el que inaplicó unas disposiciones del Colegio de Médicos de Londres, por las que se afectaba el ejercicio profesional del médico Bonham, en la ciudad Londres, por no haberse graduado en la Universidad de Oxford. En el fondo, lo que el juez Coke argumentó era que las prohibiciones de dicho Colegio eran contrarias a los principios del Common Law, que equivalen a la Constitución no escrita Inglaterra y que hoy es el Reino Unidos de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte; y por eso mismo no podían ser superiores a la ley suprema. En el fondo, se trataba de un control de constitucionalidad. Cerca de dos siglos después, en 1803, en los Estados Unidos de América, que también se rige por muchas características del sistema del Common Law, solo que, con una Constitución escrita, se conoció el caso *Marbury v. Madison*, en la que el juez Marshall, presidiendo la Suprema Corte, resolvió que ninguna ley o disposición general es válida si es contraria a la Constitución y que todo juez la debe inaplicar por “repugnar” a la Constitución. Estos dos casos, por su importancia histórica, son los antecedentes iniciales del “judicial review” o revisión judicial de los actos del poder público y que se estudian dentro del tema del control de constitucionalidad y hoy dentro del control de convencionalidad.

En la consolidación del control de constitucionalidad, que es la manifestación procesal de la justicia constitucional, también se deben tomar en cuenta dos hechos históricos y políticos que tienen que ver con esta jurisdicción especial: la Revolución Independentista en los Estados Unidos de América y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que es el antecedente directo de la Revolución Francesa, que produjo la Constitución francesa de 1791, pues esos hechos se definieron la idea de que el constitucionalismo es un estilo de vida de las sociedades política y jurídicamente organizadas, en donde sus características esenciales fueron señaladas en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el que establece que para que un Estado tenga Constitución es esencial que los derechos del hombre estén garantizados y que haya división del ejercicio del poder, lo que incluye el control del ejercicio del poder público. Sin ese contenido, no hay Constitución.

En los inicios del siglo XX, con la creación del Tribunal Constitucional de Austria, bajo la inspiración de Han Kelsen, se cimentó más la idea de la existencia del control de constitucionalidad, al crear un tribunal especializado para hacer valer la supremacía constitucional en observancia del principio de jerarquía normativa, pues la revisión judicial se basa en esa jerarquía que permite a los jueces inaplicar o anular las disposiciones legales contrarias a la norma superior. Cuando el juez inaplica la norma contraria a la Constitución en un caso concreto, la norma ordinaria sigue vigente; en cambio, cuando se anula una norma o una ley violatoria de la Constitución por un tribunal concentrado, la ley se anula y

desaparece del ordenamiento jurídico y, por eso, desde Kelsen, se dice que el juez actúa como legislador negativo.

El concepto de la jerarquía normativa de Kelsen, con el transcurso de la historia, se ha ampliado en los textos constitucionales de la actualidad, pues ahora la jerarquía de las normas constitucionales también la tienen las normas de los tratados y convenciones de Derechos humanos, en nuestro caso por lo dispuesto por el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, de modo que los causes procesales que sirven para la justicia constitucional, también son aplicables en el conocimiento de las violaciones a las normas internacionales de derechos humanos, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el entendido de que lo que se resuelve dentro del territorio nacional puede conocerlo en definitiva la Corte Interamericana, que ha calificado sus actuaciones jurisdiccionales como un control subsidiario a las funciones de las instancias nacionales. Esto significa que, para recurrir a la Corte Interamericana, primero deben agotarse los medios de defensa que prevé la ley nacional, lo cual es obligado probarlo para que se le dé trámite a la pretensión en la Corte Interamericana.

2. Sistemas y modelos de justicia constitucional o control de constitucionalidad

La justicia constitucional es parte de la función jurisdiccional que la Constitución Política le asigna exclusivamente a los tribunales de justicia, en el entendido de que cuando la contradicción es entre la norma ordinaria y la Constitución, si se trata de casos concretos que se tramitan en cualquier tribunal, dentro de su competencia, se trata del llamado control difuso; y cuando se trata de contradicciones entre leyes y disposiciones generales en casos abstractos, únicamente los conoce la Corte de Constitucionalidad, lo que se conoce como control concentrado.

Los sistemas y los modelos de justicia constitucional en cada Estado, dependen de lo que esté establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales. En un Estado constitucional de Derecho, dice el profesor Velandia Canosa, la justicia constitucional tiene diversos fines: a) defender la supremacía de la norma de jerarquía superior; b) la defensa de los derechos humanos (constitucionales y convencionales); c) resolver conflictos de competencia entre los organismos del Estado. Por otra parte, también existe la justicia convencional nacional que se ejerce por todos los tribunales de la República como control difuso, y a nivel internacional por la Corte Interamericana, como control concentrado, en las que se suele resolver que se reparen económicamente los daños causados por una violación a un derecho humano (2017: p.11)

Sobre los sistema y modelos de justicia constitucional y las diferencias entre sistema y modelo, no existe unanimidad en la doctrina. Velandia Canosa, por ejemplo, diferencia los sistemas de los modelos (2017: p.12), mientras que el profesor argentino Jorge Alejandro Amaya (2015. p 90 y s) nos habla de sistema y modelos muy similares a los que identifica Velandia Canosa con algunas variantes. Por los fines docentes de este artículo, me parece la idea de Velandia Canosa que nos habla de dos sistemas y diferentes modelos. Los sistemas, según Velandia Canosa, son dos:

- Sistemas de naturaleza política; y,
- Sistemas de naturaleza jurisdiccional.

2.1. Sistema de naturaleza política en la justicia constitucional

El sistema de naturaleza política de justicia constitucional se le conoce así porque los órganos que ejercen la función de control constitucional son entes de naturaleza política; es decir, es una atribución y competencia ajena a los órganos jurisdiccionales. En este Sistema, según Velandia Canosa, funcionan dos modelos: a) Modelo parlamentario; y, b) Modelo administrativo gubernamental.

a. Modelo parlamentario

Desde la Francia republicana de los siglos XVIII y XIX ha existido la idea de que el único poder que proviene directamente del pueblo y que es representativo, es el organismo legislativo, que puede llamársele Congreso o Parlamento, y por eso se ha pretendido que es a este a quien corresponde declarar si una ley es inconstitucional y no a los jueces que únicamente deben concretarse a interpretarla y aplicarla para darle solución a un conflicto jurídico. Esta preeminencia o soberanía del legislador es defendida por la tradición del Common Law, en el Reino Unido especialmente, en donde los jueces siempre han tenido respeto por las decisiones legislativas. Este tema fue el centro de la discusión entre el jurista alemán Carl Schmitt y Hans Kelsen, sobre quién debe proteger a la Constitución. Schmitt sostuvo que era el presidente del Estado, mientras que, para Kelsen, esa es función de los jueces, especialmente de un alto tribunal constitucional. Muchos años antes, esta discusión la teorizó el jurista francés Emmanuel Sieyès, quien escribió sobre la necesidad de crear un *jurado constitucional*, encargado de ejercer el control constitucional de las leyes ordinarias.

El modelo parlamentario no ha existido en la historia constitucional de Guatemala: y, como tal, es criticado por ser una contradicción de que quien dicta la ley también sea quien resuelva que es contraria a la Constitución.

b. Modelo administrativo o gubernamental

Este modelo se practica en aquellos ordenamientos jurídicos en donde se atribuye al presidente de la República o al Primer ministro, la potestad de resolver si una ley emitida por la legislatura es o no contraria a la Constitución. Esta es la teoría de Carl Schmitt, que reflejaba los que se infería de la Constitución de Weimar, en cuanto a que el presidente de la República era electo por la voluntad popular y tenía facultades supremas porque hasta podía disolver el parlamento. Este modelo no fue bien acogido en las constituciones y terminó al concluir la segunda guerra mundial.

2.2. Sistema jurisdiccional de justicia constitucional

En el sistema jurisdiccional de justicia constitucional la autoridad encargada del control constitucional de las leyes y demás disposiciones normativas de carácter general y abstracto, recae en los jueces. Este sistema existe en Guatemala desde la Constitución de 1945, como veremos más adelante.

Los modelos existentes dentro de este sistema son:

- Modelo difuso o estadounidense;
- Modelo concentrado o austríaco, y,
- Modelo mixto o dual.

a. Modelo difuso

El modelo difuso de control constitucional funciona únicamente en casos concretos; es decir dentro de los distintos procesos que se tramitan ante los tribunales ordinarios y se debe a contradicciones que pueden existir entre las leyes ordinarias y la Constitución, sean penales, laborales, civiles, etc. En estos casos, si el juez estima procedente la pretensión, resuelve la inaplicación de la norma ordinaria. Como son procesos en trámite se supone que ellos se han iniciado por gestión de parte; pero, ya dentro de la dilación procesal, el impulso procesal del modelo es de oficio. Este impulso está normado en el artículo 6º de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en donde se establece que: “En todo proceso relativo a la justicia constitucional, sólo la iniciación del trámite es rogada. Todas las diligencias posteriores se impulsarán de oficio...”

Este modelo tiene su origen en los Estados Unidos de América, cuando en 1808, la Suprema Corte, presidida por el Juez Marshall. Resolvió el histórico caso *Marbury vs Madison*, en el que se sentó el precedente que ningún juez debía aplicar a un caso concreto, una norma o una ley que “repugnara” a la Constitución. La trascendencia del caso de Marshall es que es una obligación de todo juez respetar la prevalencia de la Constitución sobre todo acto del Congreso, sólo que, en 1937, según Lewis Mayers, el Congreso resolvió que:

“...después que el poder mencionado (los jueces) había sido utilizado en repetidas oportunidades...dio reconocimiento legal a su ejercicio mediante una disposición que establece que un mandamiento que prohíba el cumplimiento, operación y ejecución de cualquier ley del Congreso por ser repugnante a la Constitución de los Estados Unidos, no será emitido por ningún tribunal o juez de distrito a menos que la solicitud de proceder así sea conocida y resuelta por un tribunal de distrito compuesto por tres jueces...”(1958: p.28)

Recordemos que en los Estados Unidos existen jueces federales y jueces distritales, de manera que, si estos últimos conocen de casos de inconstitucionalidad en casos concretos, debe ser un tribunal colegiado el que resuelve.

En Guatemala funciona el sistema difuso desde la Constitución de 1945, pue en su artículo 170 se establecía en su segundo párrafo con respecto a las atribuciones de los jueces:

“Los jueces de la jurisdicción ordinaria y el de lo contencioso administrativo podrán declarar en casos concretos y por sentencia de primera, segunda instancia y en casación, la inaplicación de cualquier ley o disposición de los organismos que ejerzan las demás funciones del poder público, cuando sean contrarias a la Constitución”.

Los modelos de control constitucional están normados, actualmente, en los artículos 114 de la Constitución Política que transcribimos:

“Artículo 114. Jerarquía de las leyes. Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.”

Este artículo 114 debe leerse e interpretarse en concordancia con el artículo 46 de la misma Constitución en donde se establece que esa prevalencia se refiere al derecho interno, en donde yo sostengo que por derecho interno debe entenderse todo el derecho objetivo ordinario, no así a la Constitución, porque si un tratado de derechos humanos fuera superior a la Constitución, significaría que el texto supremo se ha reformado por ampliación, y eso no está previsto como procedimiento de reforma; en consecuencia, en materia de derechos humanos esos instrumentos internacionales amplían la cobertura de los derechos humanos con normas de origen internacional, sumadas a la de origen nacional que se encuentran en la parte dogmática de la Constitución y en algunas leyes de carácter infra constitucional. Este criterio es el que, a mi juicio, sostenía el desaparecido maestro mexicano Héctor Fix Zamudio, al origen de las normas de derechos humanos. Además del artículo anteriormente citado, el modelo difuso se encuentra regulado con mayor precisión en el artículo 266 constitucional que dice:

“Artículo 266. Inconstitucionalidad en casos concretos. En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia y jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y hasta antes de dictarse sentencia, la parte podrá plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley. El tribunal deberá pronunciarse al respecto.”

El artículo anterior, además de la importancia que tiene al normar el modelo difuso, también establece las vías procesales que pueden utilizarse para pretender que se declare una inconstitucionalidad en caso concreto: la acción de inconstitucionalidad, la excepción de inconstitucionalidad, el incidente de inconstitucionalidad, e incluso como motivo de casación.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto que, como el Pacto de San José establece que previo a accionar ante esa instancia internacional, el interesado debe utilizar todos los mecanismos procesales internos que le otorga el derecho nacional del Estado en donde se da la violación a un derecho humano, para resolver si es procedente la pretensión internacional. Si la protección en el ámbito nacional no prospera, entonces se puede recurrir requiriendo la protección de la Corte Interamericana, con un trámite previo en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido la jurisdicción internacional es subsidiaria de la nacional, y los jueces nacionales deben conocer mediante los mecanismos adjetivos procesales internos, siendo, por analogía, los que existen para la defensa de los derechos constitucionales que ya identificamos. Y, como lo que se resuelva

en la instancia nacional es apelable ante la Corte Interamericana, el modelo de control de convencionalidad en nuestro medio es difuso, cualquiera sea el tribunal que conozca, incluyendo la Corte de Constitucionalidad.

El artículo 266 debe leerse en concordancia con los artículos 116 y 117 de la Ley Constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en donde se reiteran los supuestos jurídicos procesales para pretender una antinomia del derecho ordinario con las normas constitucionales; pero, agrega el 117, que si se plantea como un motivo de casación, el recurso es de obligado conocimiento, de manera que la resolución de admisión que tiene que dictar la Corte Suprema, como tribunal de casación, siempre será de darle trámite admitiendo el recurso, porque por tal motivo es de obligado conocimiento.

b. Modelo concentrado.

El modelo concentrado de justicia constitucional es de origen austríaco y fue idea del jurista Hans Kelsen, al abogar por la existencia de un Tribunal Constitucional único, con competencia para conocer todo conflicto entre las leyes ordinarias o infra constitucionales y la Constitución Política. También es conocido como modelo continental o europeo.

Kelsen decía que los problemas de inconstitucionalidad de las leyes no se le debían confiar a cualquier juez porque para ello se necesitan conocimientos especializados, de manera que, según su teoría, debía existir un tribunal específico y por eso propuso la creación de un Tribunal Constitucional, en donde se concentraría toda la competencia en conflictos en que se necesita hacer prevalecer la norma constitucional sobre la ley ordinaria. En la teoría de Kelsen, entonces, no tiene cabida el control difuso. Obviamente, Kelsen no tomó en cuenta la existencia del control difuso en los Estados Unidos de América.

Para el profesor Velandia Canosa: “Este modelo, consiste en que solamente a un órgano se le asigna el control de constitucionalidad de las leyes” (2017: p.22)

El modelo concentrado se practica en Guatemala desde la Constitución de 1965, pero no era un tribunal privativo permanente, sino que se integraba cada vez que se daba un planteamiento de inconstitucionalidad, En cambio hoy, conforme al artículo 267 de la Constitución Política de la República:

“las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad”.

Como la Corte de Constitucionalidad está facultada para anular las normas o las leyes que tienen tales vicios, se dice que, al resolver, actúa como un “legislador negativo” y sus resoluciones de inconstitucionalidad deben publicarse en el Diario Oficial por sus efectos derogatorios en cuanto a las disposiciones normativas que se anulan. Por esta previsión, la sentencia en casos de inconstitucionalidad general produce efectos *erga omnes*, mientras las resoluciones en casos concretos del control difuso, solo afectan a las partes del proceso.

En el Derecho comparado constitucional encontramos diversas formas de organizar un tribunal constitucional de mayor jerarquía, siendo tales formas, las siguientes:

- Que el Tribunal Constitucional superior sea la misma Corte Suprema de Justicia o Suprema Corte del Poder judicial, actúe también como tribunal constitucional. Esta es la forma que se utiliza en México.
- Que sea una sala especializada dentro de la Corte Suprema de Justicia, funcionando como una sala o cámara especial. Esta es la modalidad utilizada en El Salvador y Nicaragua.
- Un tribunal superior independiente del poder judicial como lo previo Hans Kelsen, que es la modalidad adoptada en Guatemala.

c. Modelo mixto o dual

Este sistema, según refiere la doctrina, es aquel en que funcionan los dos modelos de manera simultánea: el difuso para los casos concretos y el concentrado para las leyes y disposiciones generales, con diferentes órganos jurisdiccionales que conocen, pues el difuso compete a cualquier juez que conoce en un proceso de cualquier naturaleza y competencia; mientras que el concentrado es de la competencia de la Corte de Constitucionalidad. El maestro peruano José Domingo García Belaunde prefiere denominar a este modelo como dual, pues los dos modelos funcionan de forma simultánea. En cambio, si fuera mixto, sería un modelo que tiene elementos del difuso y del concentrado. Sin embargo, por esta caracterización y porque lo que resuelva el tribunal ordinario puede conocerlo la Corte de Constitucionalidad si se apela la sentencia, también se la califica de ser un modelo híbrido, porque la resolución en el modelo difuso, en definitiva y por recurso de apelación, los conoce la Corte de Constitucionalidad, tanto en sentencia de amparo como de inconstitucionalidad en casos concretos de conformidad con los artículos 60 y 127 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

3. Culminación de los procesos de justicia constitucional: las sentencias constitucionales.

Quienes se dedican al Derecho Procesal Constitucional, rama reciente del Derecho Procesal en general, gracias a la labor científica de los profesores Niceto Alcalá y Héctor Fix Zamudio, en la Universidad Nacional Autónoma de México, harían bien en recurrir a la doctrina general del proceso civil para tratar el tema de las sentencias constitucionales, especialmente el libro *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* del profesor uruguayo Eduardo J. Couture, pues así, el aspecto de las clases de sentencia constitucionales atípicas tendría más claridad y entendimiento. Por ejemplo, es usual que sobre la clasificación de sentencias constitucionales se inicie diciendo que las resoluciones finales de un proceso constitucional, al igual que en todo proceso, son las que se denominan típicas: *sentencias estimatorias* y *sentencias desestimatorias*. Dice Couture:

“Una vez hecha la elección de la norma aplicable, entra a sentencia en su última etapa: la decisión. Esta decisión ha de ser estimatoria o desestimatoria de la demanda, porque en último término el juez debe resolver si la demanda debe ser acogida o deber ser rechazada.” (1958: p.287)

“Esto es lo que explica la idea de que las sentencias típicas son las estimatorias y las desestimatorias; pero, la doctrina procesal civil clasifica las resoluciones judiciales, y la sentencia los es, en *mere-interlocutorias* o providencias de trámite, interlocutorias las que resuelven un incidente y definitivas...la definitiva, concluye normalmente, estimando o desestimando la demanda...” (1958: p.p.302-304)

Por esta explicación del maestro Couture es que se tienen como sentencias típicas las que estiman o desestiman la pretensión de inconstitucionalidad o, en su caso, de inconventionalidad.

Al respecto de las resoluciones definitivas del Tribunal Constitucional, especialmente en el control concentrado, para respetar el principio de *conservación de la ley* se dictan otro tipo de sentencias que ni estiman ni desestiman la pretensión, sino que interpretan la resolución del juez de la primera instancia y le indican cómo debe interpretarse la ley o la norma, para que sea conforme a la Constitución y por eso se les conoce como sentencias *atípicas, manipulativas o interpretativas*. En este artículo utilizaremos la denominación sentencias atípicas, por ser la más conocida y que mejor indica lo contrario a lo típico.

En palabras de Domingo García Belaunde, “las sentencias constitucionales son una modalidad del género sentencias” (Memorias del Encuentro de Derecho Procesal Constitucional, Costa Rica, 2004) de manera que los conceptos generales de ellas deben observarse en las de la justicia constitucional.

Quedando claro que una sentencia constitucional es uno de los tipos de sentencias, debe decirse también que lo resuelto en ellas tiene peculiaridades propias, pues el fin de la justicia constitucional es de interés público, con efectos en el orden privado, en tanto la defensa de la Constitución es de interés para la existencia del Estado Constitucional de Derecho.

3.1. Los principios de las sentencias constitucionales y otros aspectos relacionados con ellas.

La doctrina ha dado varios principios fundamentales de toda sentencia de constitucionalidad, siendo ellos, los siguientes:

- De congruencia
- De motivación
- De colegialidad
- De eficacia.

Principio de congruencia. Este principio apunta a que lo que se resuelva sea congruente con lo que se demanda. Sin embargo, sostengo que el juez constitucional no le es dado cambiar los hechos; pero, como lo que se discute en un proceso constitucional, especialmente cuando se trata de inconstitucionalidades, es un punto de derecho, al igual que en el proceso contencioso administrativo, el contenido de la resolución es juzgar la juridicidad de lo que se denuncia, de lo que se demanda, así que este principio debe dar a entender que el juez juzgara toda la normativa que rodee la pretensión y no solo los enunciados normativos que cita el demandante. Precisamente, en Italia, la Corte Constitucional, en algunos casos, ha obviado el principio de congruencia, pero “sin separarse del contenido y de las fronteras de la solicitud planteada por la demanda.

Principio de motivación. Dentro de los deberes de los jueces en ejercicio de la judicatura, el profesor español Francisco Laporta, dice que uno de ellos es el deber de motivar la sentencia, que es a la vez un principio de toda sentencia, de conformidad con el artículo 147 inciso d) de la Ley del Organismo Judicial, que obliga al juzgador a exponer las doctrinas fundamentales del derecho, los principios y las leyes en que se apoyen los razonamientos en que descansa la sentencia y justifican lo resuelto.

Al respecto de motivar y justificar la sentencia y parafraseando al profesor español Francisco Laporta, se puede decir:

Una cosa es explicar una decisión a partir de sus motivos, y otra es justificar una decisión sobre la base de unas razones. En el primer caso, en la pura explicación, estamos situados en lo que los filósofos de la ciencia llaman contexto de descubrimiento. El contexto de descubrimiento es el conjunto de circunstancias que rodean el hallazgo científico, la forma de la decisión, y viven, por así decirlo, en el reino de la causalidad...Pero cuando lo que perseguimos es justificar un descubrimiento científico o una decisión judicial, y no solo explicarlo a partir de lo causal, no sentamos en el contexto de la justificación. Y no son los motivos externos los que sirven para motivar y justificar una resolución judicial. De lo que se trata es de expresar la justificación del fallo en base a las razones expresadas en los enunciados normativos. Son razones que existen en la normatividad aplicables al caso que se discutió en el proceso. En resumen, la motivación de una resolución judicial, auto o sentencia, radica en expresar por qué razones se acoge o rechaza una pretensión, la que deben provenir de las esencialidades contenidas en las normas del ordenamiento jurídico que aplica, sin olvidar que la administración de justicia tiene como soporte la norma jurídica y los valores y principios jurídicos que informan a la totalidad del sistema jurídico.

Principio de colegialidad. El tribunal Constitucional del más alto grado de competencia, siempre es colegiado cualquiera sea la modalidad que se adopte: la Corte Suprema del sistema ordinario, una sala o cámara específica de la Corte Suprema o un tribunal especial como el caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Esta instancia es propia del modelo de control concentrado y conoce, en principio, las inconstitucionalidades de carácter general. No obstante, en los estados en que también se practica el modelo difuso, ocasionalmente puede ser un juez unipersonal, cuando en casos concretos se plantea un incidente o una excepción de inconstitucionalidad, que puede darse esta posibilidad en la primera instancia civil, penal, de familia, laboral, etc. Cuando el tribunal

es colegiado, lo ideal es que las resoluciones se tomen de consenso; pero, pueden darse votos disidentes, votos particulares, votos razonados o votos concurrentes; estos últimos en los que se está de acuerdo con lo que se resuelve, pero por razonamientos distintos. Estas disidencias son manifestaciones del juego democráticos que debe privar a lo interno del tribunal y sirve para enriquecer las buenas razones de la decisión.

Principio de eficacia. Con respecto a la eficacia de la sentencia constitucional, va a depender si se dicta en el modelo difuso o en el modelo concentrado. En el modelo difuso la eficacia de la sentencia en un caso concreto tiene el efecto de inaplicar la norma que se juzga contraria a la Constitución y afecta únicamente a las partes en el proceso; en cambio, en el sistema concentrado las inconstitucionalidades generales no sólo se restauran la coherencia del ordenamiento jurídico, sino que también surte efectos erga omnes porque lo resuelto anula la ley o la norma inconstitucional y la deroga expulsándola del ordenamiento jurídico.

En cuanto a otros elementos de la sentencia constitucionales, el profesor García Olano no habla de *ratio decidendi*, *el obiter dictum*, *el decisum* o *decisión* y *stare decisis* que significa estar a lo decidido.

Por la *ratio decidendi* o *razón de decir*, según García Olano, se explica en los que ha dicho la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU-047 de 1999:

“Es la formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes regla del caso, del principio, de la regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica (encontramos) si quiere, el fundamento directo de la parte resolutive. Mientras que el obiter dicta, constituye un mero dictum o reflexión adelantada por el juez al motivar su fallo, éste no es necesario para la decisión, siendo opiniones más o menos incidentales en la argumentación del funcionario”. (2004: p.597)

Cuando el juez formula sus observaciones o explicaciones complementarias con respecto al caso que juzga, está en la fase del obiter dictum y no constituye la razón para decidir; en cambio, cuando manifiesta los fundamentos jurídicos en que basa su decisión o sea las razones por las cuales resolverá la discusión entre las partes, nos encontramos con la *ratio decidendi* que es la norma creada por el juzgador para el caso concreto. Esta *ratio decidendi* es importante porque constituye el precedente vinculante en el sistema anglosajón que equivale a la doctrina legal que contempla nuestra ley procesal constitucional y la procesal civil y mercantil.

En la doctrina se habla de precedentes verticales y precedentes horizontales, según provengan de un tribunal superior o de uno de igual jerarquía; pero, en nuestro ordenamiento solo existen la doctrina legal vertical porque sólo la Corte Suprema de Justicia en sentencias de casación y la Corte de Constitucionalidad en procesos constitucionales, porque la ley ordinaria que la rige le atribuye facultades para crear doctrina legal.

En cuanto al elemento *decisum* o *decisión*, es el contenido del por tanto de cualquier sentencia y que en el fondo es lo que espera el demandante y el demandado: si ha lugar o no ha lugar a la pretensión que originó el proceso. La decisión es el final de toda sentencia y, por supuesto, de la sentencia constitucional.

En cuanto al *stare decisis*, es un término que en el derecho del *common law* se traduce como “estar a lo dicho” y que para ese sistema jurídico se le conoce como *precedente*, en el cual descansa la naturaleza real del Derecho, por ser un sistema jurisprudencial en donde los fallos de los tribunales es la fuente principal de lo jurídico. Sobre este tema, en un artículo escrito por el profesor argentino Ricardo Amaya, dice:

“La doctrina del *stare decisis* se formó originalmente en la rama del common law inglés, y es la regla general conforme a la cual, cuando un punto de derecho ha sido fijado por una resolución judicial, en un caso concreto sometido a la jurisdicción de un juez o tribunal, se comprende ipso jure en un precedente normativo que debe ser acatado, en casos similares subsecuentes, por el mismo tribunal que lo estableció y por cualquier otro de rango inferior que este subordinado a la autoridad de aquél”.

En nuestro sistema, en que el derecho nace de la ley, la jurisprudencia solo complementa lo que se hizo mediante la legislación. Cuando en nuestro medio se habla de precedentes, utilizamos nada más un término prestado, porque no encontramos en el ordenamiento jurídico una norma que lo prescriba con esa denominación. Pero, la doctrina legal nuestra es el equivalente al precedente anglosajón, con la diferencia que éste es propio de un sistema jurisprudencial y la doctrina legal lo es de un sistema legislativo de derecho escrito.

No obstante, la diferencia de términos en la familia jurídica del *common law*, al nuestro que es de origen romano germánico, lo cierto es que desde el origen de la casación existe la preocupación de los juristas sobre el hecho de que se dieran diferentes criterios sobre la interpretación de las normas jurídicas y por eso se crearon los varios motivos para la procedencia de este recurso, a efecto de unificar el sentido de las normas ante interpretaciones y aplicaciones erróneas.

La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia SU-047 de 1999, citada por García Olano, dijo lo siguiente:

“El respeto de los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derechos legislado como el caso colombiano (en Guatemala igual). Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas...deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término...para proteger la libertad ciudadana...En tercer término (garantizar) el principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez; y, finalmente, para el control de la misma actividad judicial, pues el respeto a los precedentes impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad (en sus fallos) ...es natural que, en un Estado de derecho, los ciudadanos esperan de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle...respeto por sus decisiones (anteriores)”. (2004: p.599)

Con referencia a la doctrina legal en materia constitucional, especialmente en la acción de amparo, el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, prescribe lo siguiente:

Artículo 43. Doctrina legal. La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, *sienta doctrina legal* que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte. Sin embargo, la Corte Constitucionalidad podrá apartarse su propia jurisprudencia, razonando la innovación, *la cual no es obligatoria para los otros tribunales*, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos y contestes en el mismo sentido.

4. Clases de sentencias constitucionales

Siguiendo el desarrollo del Derecho Procesal, las resoluciones que ponen fin al proceso son las sentencias definitivas que pueden declarar con lugar o sin lugar pretensión se les conoce como *estimatorias* y *desestimatorias*. Esta primera clasificación es la que originó el término “tipo” de sentencias. Cuando Hans Kelsen se refirió al tema de las sentencias de inconstitucionalidad, estableció que si la demanda de inconstitucional de la ley, prosperaba, entonces la norma era expulsada del ordenamiento jurídico y por eso se dice que el juez, en este caso, actúa como legislador negativo. Por el contrario, la sentencia que declara que no ha lugar a la pretensión, es desestimatoria y la norma o ley impugnada continúan vigentes dentro del ordenamiento jurídico.

Las dos formas tradicionales o típicas de resolver a que nos referimos en el párrafo anterior, se han ampliado en el sentido de que, con el constitucionalismo actual los jueces, especialmente los jueces constitucionales, tienen un rol más amplio para dictar resoluciones que no se concreten a estimar o desestimar las demandas, sino también pueden adaptar el significado de los enunciados normativos a los dictados de la Constitución Política y a los valores y principios constitucionales, sobre todo influidos por el principio de *interpretación conforme* y de *interpretación pro persona*. Como consecuencia de estos fenómenos actuales de la vida jurídica, las sentencias constitucionales tienen muchas variantes que se salen de lo tradicional, lo que ha dado lugar a resoluciones denominadas *sentencias atípicas*, que, por la forma y efectos de su contenido, ni son estimatorias ni son desestimatorias.

A las llamadas sentencias atípicas también se les conoce como sentencias interpretativas, manipulativas o condicionadas. Llamarles sentencias interpretativas, no debe entenderse en un sentido literal del término, porque para aplicar toda norma jurídica es necesario interpretarla; es propia de la aplicación del derecho que antes se interprete. Lo que sucede es que el juez constitucional dicta sentencias interpretativas cuando resuelve en qué sentido debe interpretarse una norma ordinaria para ser conforme a la Constitución y cuándo no sería así. Las sentencias constitucionales también pueden ser manipulativas y esta expresión, dice Sagüés, puede resultar un término peyorativo para la función judicial, aunque tenemos claro que no es esa la intención del uso de ese término, el cual indica que el juez constitucional al modular la sentencia del juez menor, la está manipulando. Ahora bien, llamarles condicionadas sí se explica mejor porque es usual que el juez constitucional

resuelva que determinado enunciado normativo es congruente con la Constitución si se interpreta en determinado sentido; y son aquellas en que el tribunal constitucional, sin estimar o desestimar la pretensión, resuelve introduciéndole su propio sentido normativo, para que sea conforme a la Constitución. Parafraseando a Francisco Díaz Revorio, se trata de fallos que no son ni estimatorios ni desestimatorios, sino que, sin anular el precepto impugnado, condiciona su constitucionalidad a que debe aplicarse interpretándolo en el sentido que el tribunal indica, de manera que sugiere como debe interpretarse para que sea concorde con la Constitución y no anula norma, en obsequio, a mi juicio, del principio de conservación de la ley.

En la doctrina procesal constitucional hay diferentes clasificaciones, con nombres distintos, de sentencias constitucionales atípicas; por ejemplo, está la que nos da el profesor guatemalteco Giovani Salguero Salvador, que coincide en parte con las del profesor argentino Néstor Sagüés y con la del profesor colombiano Hernán Olano García. No obstante, la más sencilla, para mí preferencia, es la que nos da el profesor peruano Gerardo Eto Cruz. Tomando en cuenta estas diversas clasificaciones daremos una idea de cada clase de sentencias atípicas, con algunos ejemplos que ayudará a entenderlas con más claridad.

4.1. Sentencias constitucionales típicas: desestimatorias y estimatorias.

La sentencia desestimatoria es aquella en que el juzgador declara sin lugar a la pretensión y rechaza la petición del postulante.

Un caso de sentencia de rechazo o desestimatoria es la contenida en el expediente 53-98, en donde se dictó la resolución del 4 de noviembre que resolvió un incidente de inconstitucionalidad en el que se pedía la inaplicación de los artículos 113 y 114 del Código Procesal Civil y Mercantil que se refieren a los casos de rebeldía en el proceso civil, porque a juicio de quien promovió el incidente, se transgredían los artículos 12, 28 y 44 de la Constitución Política, que garantizan los derechos de defensa, presunción de inocencia, la publicidad del proceso y los derechos inherentes a la persona humana. Sin embargo, el postulante no formuló razonamiento alguno sobre el por qué estimaba que había lesión constitucional en esas normas ordinarias, concretándose únicamente a citar los artículos infra-constitucionales en cuestión, lo cual, para la Corte, no era una tesis que sustentara la petición de fondo. La Corte, dijo:

“Se ve del planteamiento que los peticionarios no formulan una tesis jurídica concreta que permita examinar...la razón por la cual deban dejarse de aplicar, y por qué resultarían inconstitucionales los artículo 113 y 114 del Código Procesal Civil y Mercantil, dado que la sola cita de estas disposiciones no sustituye el razonamiento que permita examinar las consecuencias que los promovientes (sic) estiman indebidas, carga que no puede ser suplida por la Corte”(Gaceta Jurisprudencia de octubre-diciembre de 1998, p.p. 58-59).

Si la Corte, en el caso anterior, no hubiera hecha la observación de la falta de tesis de parte del demandante y hubiese considerado que esos artículos del Código Procesal Civil y Mercantil, sí violan garantías constitucionales, seguramente hubiera declarado con lugar la pretensión y entonces estaríamos ante una sentencia *estimatoria o de acogimiento*.

4.2. Sentencias atípicas

Para entender el fenómeno de las sentencias atípicas, el maestro Eto Cruz nos recuerda dos elementos de la normatividad: disposición normativa y norma. El juez constitucional al juzgar una norma o sentido de la disposición, manipula este último, aunque la disposición, en algunos casos, se quede intacta. Dentro de las clases de sentencia atípica, lo autores coinciden en las siguientes:

Sentencia admisorias con reserva de interpretación. Es aquella en la que el Tribunal no resuelve sobre la procedencia o improcedencia de la inconstitucionalidad denunciada en la acción, pero, condiciona la interpretación que debe dársele a la norma ordinaria que el juez a quo aplicó e indica cómo debe interpretarse para adecuarla a la Constitución. Estas sentencias son conocidas como admisorias con reserva de interpretación. En estas sentencias, dice Sagüés: se condena a una determinada interpretación de la ley bajo examen, pero el texto normativo no se toca, sigue vigente, siempre que se interprete en el sentido que indica el Tribunal.

Un caso de este tipo de sentencias es la que dictó el Tribunal Constitucional peruano, al resolver una demanda en la que tres ciudadanas pedían que se declarara inconstitucionales los artículos del Código Penal que sancionan y prohíben el aborto, pues atenta contra los derechos de la dignidad, autonomía reproductiva y libre ejercicio de la personalidad de la mujer, garantizados por la Constitución y la Convención contra todas las formas de discriminación de la mujer y la Convención de Belén Do Para. El caso es interesante porque años antes, el Tribunal había resuelto que para el aborto inducido no existía forma de despenalizarlo, a menos que se tratara de un aborto terapéutico. Lo primero que hizo el representante del Estado, fue interponer una excepción de cosa juzgada; pero, fue declarada sin lugar porque las condiciones a considerar habían cambiado y porque el tribunal está facultado para modificar sus precedentes. Al final, el Tribunal Constitucional resolvió mantener la vigencia del artículo 123 del Código Penal y no lo expulsó del ordenamiento; pero, condicionó su interpretación a que no se tratara de casos en que corra peligro la vida de la madre, cuando el feto tenga malformaciones, cuando el embarazo sea consecuencia de un delito de violación, incesto o fecundación no consentida y se dictaron otras directrices para que la mujer de 14 años puede dar su consentimiento para que se le practique el aborto y se protegió el secreto profesional del médico tratante. Sin se dan estas condiciones el artículo 123 que prohíbe el aborto pierde su eficacia y no se aplica.

Otro caso de sentencia admisorias con reserva interpretativa, es la que se refiere el maestro Salguero Salvador. Resulta que la Ley de Comisiones de Postulación graduaba el valor de cada mérito ético que presentaba el postulante a determinada función pública, de manera que cada uno de ellos tenía una puntuación y dada la sumatoria de cada uno, se evaluaba el mayor o menor mérito ético del postulante. Por esta razón se presentó una acción de inconstitucionalidad de la norma que tenía esa modalidad de evaluación, y sin derogar la norma, indico que debía interpretarse que los méritos éticos no podían ser valuados de forma aislada, sino de manera global sobre la existencia o inexistencia del valor ético de la

persona, lo cual impedía violentar derechos constitucionales. En este caso la Corte resolvió la improcedencia de la declaratoria de inconstitucionalidad y mantuvo vigente la norma; pero, estableció una *reserva de interpretación* en el sentido de que los méritos éticos de un postulante se estimarán de manera global y no dándole valor a cada uno de ellos.

Sentencia de acogimiento. En el año 2013 la Corte de Constitucionalidad conoció una petición de inconstitucionalidad del artículo 4 de la Ley de las empresas privada de seguridad, pues conforme esta norma se interpretaba que los servicios que prestan estas empresas era obligatorio darlos en auxilio del mantenimiento de la seguridad pública cuando le fueren requeridos por la autoridad. Los propietarios plantearon la inconstitucionalidad de dicha norma alegando que el mantenimiento de la seguridad pública era un deber del Estado y no un deber de las empresas privadas. La Corte estimó que es deber fundamental del Estado el mantenimiento del orden público, de manera que acogió la demanda y dio lugar a la pretensión de las empresas de seguridad, indicando cual es el sentido que debe dársele a la norma cuestionada. Con respecto a otras sentencias atípicas que enseña la doctrina, encontramos las siguientes:

Sentencias aditivas. En estas sentencias el tribunal incorpora un nuevo supuesto al enunciado normativo que originalmente no lo tenía. Esta clase de sentencias son las más criticadas en la doctrina, especialmente desde la corriente positivista, porque, como dice Bulygin, el juzgador no puede decir más de lo que la ley dice y modificar un enunciado es función del legislador, no del juez. El profesor Salguero Salvador da como ejemplo de sentencia aditiva, la de fecha 1 de agosto de 2013. Resulta que en la Ley que creó el documento de identificación personal -DPI- decía que la eficacia de la cédula de vecindad llegaba “hasta el 12 de enero del año 2013”; o sea que para la cédula finalizaba su validez en la fecha indicada y se iniciaba la del DPI. La Corte interpretó que por la forma en que estaba redactada la norma, era dubitativa y que muchas personas podían perder su documento de identificación por razones de tiempo para extender el DPI y porque el cambio estaba sujeto a trámites burocráticos que podían hacer nugatorio el derecho fundamental a la identidad personal. Ante esa posibilidad, la Corte sustituyó la frase “a más tardar el 2 de enero” por lo que la norma fue modificada y ahora dice “a partir del 2 de enero”, dando otras recomendaciones en cuanto a facilitar documentos provisionales de identificación. En este caso se dio una adición al texto legal con una nueva redacción a la que tenía originalmente y con otros efectos de interpretación.

Sentencia sustitutiva. Dice Sagüés: “(La sentencia sustitutiva) es entendida como la manifestación más dura-y por ende muy discutible del poder legisferante positivo de un Tribunal Constitucional; en tal hipótesis éste destruye una norma que califica como inconstitucional, y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme con la Constitución. Al respecto, el profesor Eto Cruz dice que en estas sentencias el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una parte del enunciado normativo y le incorpora un supuesto que originalmente no tenía.

Sentencia reductora. En esta sentencia el enunciado o disposición normativa contiene una palabra, un párrafo o un inciso que es contrario a la Constitución. Entonces se resuelve anular dicha parte y reduce la literalidad del enunciado.

Sentencias exhortativas. no ordenan, solo sugieren; salvo que se trate de obligar a una institución que no es organismo del Estado, pues con respecto a estas no se lesiona la soberanía de cada poder del Estado.

Sentencias estructurales. son las que resuelven problemas de estructuras sociales inequitativas. Como ejemplo de estas sentencias se da la que dictó la Suprema Corte de los Estados Unidos que prohibió la segregación de las personas de raza negra, que antes había sido autorizada.

De ejecución diferida. para no crear vacíos en el ordenamiento jurídico, el tribunal puede aplazar los efectos de una sentencia para fecha futura.

Bibliografía Consultada

1958

Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, De Palma Editor, Buenos Aires

Mayers, Lewis. El Sistema Legal de los Estados Unidos, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.

2004

García Belaunde, Domingo. Memorias del Congreso de Derecho Procesal Constitucional, San José de Costa Rica.

Olano García, Hernán. Tipología de nuestras sentencias Constitucionales, Rev. Universitas, No.108, Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, Colombia.

2006

Sagüés, Nestor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativa, Revista Estudios Constitucionales, año 4 No.2. Universidad de Talca, Argentina.

2007

Laporta Francisco. El Imperio de la Ley una visión actual, Editorial Trotta, Madrid.

2015

Amaya, Jorge Alejandro. Control de Constitucionalidad, Editorial Astrea, Buenos Aires-Bogotá, Argentina.

2017

Paiz Lemus, Osar Eduardo. Manual de Derecho Procesal Constitucional, Ediciones el Rosario, Guatemala.

Salguero Salvador, Giovanni. Las sentencias atípicas de la Corte de Constitucionalidad, Publicación del Instituto de Investigaciones y Estudio Superiores en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Rafael Landívar, Guatemala.

Velandia Canosa, Eduardo Andrés. Sistemas y modelos de justicia Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia.

2019

Martínez Gálvez, Arturo. Derecho Constitucional y Justicia Constitucional, Litografía Color Guatemala.

Derechos de Autor (c) 2022 René Arturo Villegas Lara



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

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

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

[Resumen del licencia](#) - [Texto completo de la licencia](#)

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

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



La problemática de la corrupción: Especial consideración del Sistema Judicial. Propuestas desde la experiencia española*

Félix M^a Pedreira González

Profesor de Derecho Penal y

Subdirector del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal

de la Universidad Complutense de Madrid

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.77>

* Los escritos publicados en la sección de aportes especiales no son sometidos al proceso de revisión por pares en modalidad doble ciego.

La problemática de la corrupción: Especial consideración del Sistema Judicial. Propuestas desde la experiencia española

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.77>

Félix M^a Pedreira González¹

Profesor de Derecho Penal y

*Subdirector del Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
de la Universidad Complutense de Madrid*

1.- Sobre el concepto de corrupción

Cuando se habla de la corrupción, la primera dificultad que surge es la relativa al propio concepto de corrupción. En un sentido estricto, ha sido frecuente identificar la corrupción con la corrupción pública, es decir, con el abuso del poder público consistente en la utilización de bienes y servicios públicos para el ilícito favorecimiento de intereses particulares, propios o de terceros. Sin embargo, este concepto, en gran medida, ha sido superado, como tendremos ocasión de observar.

Definir la corrupción desde el punto de vista del Derecho penal puede parecer una tarea más sencilla y, sin embargo, dicha labor tampoco está exenta de problemas, pues de entrada los Códigos penales no suelen agrupar estos delitos bajo una rúbrica denominada “delitos de corrupción” o algo similar, e incluso los textos internacionales sobre la materia tampoco suelen definir la corrupción, sino que se limitan a agrupar una serie de delitos que deben considerarse como tal.

Es decir, incluso dentro del propio Derecho Penal, el concepto de corrupción no resulta claro. En su núcleo suelen ubicarse los tradicionales delitos contra la Administración Pública (malversación, soborno o cohecho, prevaricación o prevaricato...) pero enseguida se extiende a otros comportamientos no solo propios del sector público, sino también del sector privado, pudiendo llegar hasta conductas que, no encajando propiamente en las

¹ Nota del autor: en el presente artículo trato el problema de la corrupción en Guatemala. Desde la primera vez que fui a Guatemala, gracias a un gran amigo guatemalteco que estudió conmigo en España varios años y al que quiero como a un hermano, me enamoré del país, hasta el punto de lo tengo como una segunda patria. Espero y deseo que nadie se pueda sentir ofendido porque un extranjero (en este caso un español) analice, valore y critique el problema de la corrupción en Guatemala. Mi única intención es, desde la humildad, tratar de ayudar a un país hermano y una gente maravillosa y extraordinariamente acogedora, con la que me siento en deuda y que creo que tienen un grave problema, y si puedo aportar algo desde mi ámbito de conocimiento y desde la experiencia española, que es la que mejor conozco, estimo que debo hacerlo.

anteriores, las promueven o facilitan seriamente (ej., delitos de corrupción en los negocios, delitos de financiación ilegal de partidos políticos e, incluso, cuando aparezcan vinculadas a las anteriores, blanqueo de capitales, falsedades documentales...).

Por lo tanto, el concepto tradicional de corrupción, fundamentalmente centrado en la corrupción pública y en el funcionario, ha sido superado. Ha surgido un enorme interés, incluso preminente, en perseguir y sancionar severamente al corruptor, concibiendo la corrupción, al menos en gran medida, como un comportamiento antieconómico con el que hay que ser implacable para proteger el interés de la competencia leal o, si se prefiere, para evitar la competencia desleal que pueda perjudicar los intereses económicos de las empresas o de determinadas empresas. Ejemplo paradigmático de ello es la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) de EEUU, cuya amplitud extraterritorial y su contundente puesta en práctica han influido de manera decisiva en la adopción de Convenios internacionales en este sentido y han empujado a muchos países a adoptar legislaciones internas similares, pese a tener modelos distintos del sistema anglosajón (ej., el sistema continental europeo) y con las fricciones internas que ello genera.

Dicha confluencia, e incluso contraposición de intereses públicos y privados, hace difícil definir claramente la corrupción, aunque solo sea a los efectos del Derecho penal.

Incluso en un sentido más amplio, la corrupción se presenta como un fenómeno social más o menos extendido y complejo que se introduce, no solo en el ámbito político y administrativo, sino también en el ámbito económico y en las diferentes capas de la sociedad, menoscabando y degradando nuestros sistemas de convivencia en sus diferentes dimensiones (dimensión social, dimensión democrática, dimensión de Estado de Derecho...). Cuando una autoridad malversa dinero público en su propio beneficio u otorga un contrato administrativo a una empresa que no proporciona la oferta más ventajosa, a cambio de una comisión y con el consiguiente sobrecoste para las arcas públicas, degrada nuestro sistema de convivencia, detrayendo indebidamente recursos que deben emplearse en el interés público. Pero cuando un particular no paga los impuestos y cargas sociales que le corresponden u ofrece una cantidad de dinero a un policía u otro funcionario, ello también degrada nuestro sistema de convivencia.

Sin embargo, con tales ejemplos, probablemente un tanto simplistas, también se quiere poner de manifiesto, una vez más, que el Derecho penal no es la solución a todos los problemas y menos aún al complejísimo problema de la corrupción. Sin duda, el Derecho Penal es un medio de control social necesario en este ámbito, pero pensar que el problema de la corrupción, como fenómeno social complejo del que la dimensión política no deja de ser un aspecto del problema, se va a resolver solo a través del Derecho Penal es un planteamiento demasiado optimista, que solo puede conducir a una mayor frustración. Si se

nos permite el paralelismo, es tanto como pretender en un cáncer con metástasis, amputar un dedo cuando el cáncer está extendido por todo el cuerpo. Quizá no es justa la afirmación de que los “políticos no son más que un reflejo de la sociedad”, y más cuando se habla de una gente tan maravillosa como la gente de Guatemala. Pero sin duda hay algo de cierto en tal afirmación, al menos con respecto a la mayoría de las comunidades.

Con lo anterior no queremos afirmar, en absoluto, que la corrupción no tenga que ser abordada por el Derecho Penal. El Derecho Penal, como hemos señalado, es necesario en este ámbito y hoy día puede considerarse imprescindible en la mitigación del fenómeno de la corrupción. Lo único que queremos decir es que con ello no es suficiente, pues es necesario también insistir en otros medios de control social (la educación, la concienciación, el rechazo social...). La sociedad no puede negar el problema, ni debe verlo con resignación o como algo cultural o como algo que no tiene tanta trascendencia. Tiene mucha importancia, hasta el punto de que países ricos en recursos, que podrían garantizar unos altos niveles de bienestar social, se ven empujados a la miseria y a la violencia.

Ya no existen serias dudas de que la corrupción es uno de los principales obstáculos al desarrollo de las sociedades, que pone en serio peligro la dimensión social, la dimensión democrática y la dimensión del Estado de Derecho y los derechos humanos. La relación entre la corrupción y el disfrute de los derechos humanos viene siendo puesta de relieve en las últimas décadas por las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales y la doctrina. En definitiva, la corrupción también da “da pie a violaciones de los derechos humanos”.

Igualmente, se han hecho necesarios los acuerdos internacionales. La globalización ha traído beneficios para muchas sociedades, pero también ha sido aprovechada por los corruptos, a través de operaciones delictivas transfronterizas. El hecho de que los autores de delitos, muchas veces integrados en organizaciones criminales, los instrumentos y el producto del delito se sitúen en varios países o circulen a través de ellos, hace que el enfoque tradicional de aplicación de la ley, centrado en el nivel local, resulte insuficiente. En operaciones internacionales complejas para facilitar actividades criminales, como el lavado de dinero procedente de la corrupción, las distintas etapas de estas actividades ilícitas pueden tener lugar dentro de una multitud de países diferentes, y estar alejadas de la escena original donde se perpetraron. La adopción de instrumentos jurídicos a través de convenios internacionales hoy día ya no se pone seriamente en duda. La clásica afirmación que consideraba que el Derecho Penal, junto con la moneda, era lo más propio y exclusivo de una nación, de su soberanía nacional, actualmente, en un contexto globalizado, ya apenas se sostiene. El proceso globalizador ha contribuido a esta internacionalización de la corrupción y ha hecho imprescindibles los acuerdos internacionales.

Cinco son los principales tratados internacionales que en el ámbito universal y/o regional regulan la cooperación penal internacional en relación con delitos de corrupción:

- 1.- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada mediante la Resolución 58/4 de la Asamblea General, de 31 de octubre de 2003 (en adelante Convención ONU)².
- 2.- La Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), adoptada por la Organización de Estados Americanos en Caracas el 29 de marzo de 1996 (en adelante, Convención OEA)³.
- 3.- La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, adoptada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en París el 17 de diciembre de 1997 (en adelante, Convención OCDE).
- 4.- El Convenio penal sobre la corrupción (ETS nº 173) del Consejo de Europa (CoE), adoptado en Estrasburgo el 27 de enero de 1999 (en adelante, Convenio CoE).
- 5.- La Convención de la Unión Africana (UA) sobre la prevención y lucha contra la corrupción, adoptada en Maputo el 11 de junio de 2003 (en adelante, Convención UA).

El número de ratificaciones de estos tratados internacionales revela un alto grado de seguimiento, lo que sugiere un consenso generalizado entre los Estados respecto de la necesidad de tipificar, reprimir y sancionar los actos de corrupción.

El Convenio de la ONU es el más completo de estos instrumentos jurídicos internacionales, toda vez que ya no se focaliza solamente en el sector público, sino que también incluye al sector privado; la combinación de prevención y penalización; el énfasis en la cooperación internacional y en la ayuda técnica para que todos los países estén en condiciones de aplicar la Convención de un modo homogéneo y exigente, y un mecanismo viable para la devolución de los productos de la corrupción a su legítimo propietario. La Convención ONU, la única de ámbito universal, cubre una amplia variedad de conductas delictivas en las que pueden estar implicados tanto funcionarios públicos (nacionales, extranjeros o de una organización internacional) como actores privados. Comenzando por el soborno tanto de funcionarios públicos -nacionales, extranjeros o de una organización internacional (arts. 15 y 16)- como en el sector privado –en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales (art. 21)-. Junto al soborno, se recoge también en el convenio el tráfico de influencias (art. 18), consistente en la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público o a cualquier otra persona (delito activo)/la solicitud o aceptación por un funcionario público (delito pasivo), en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido con el fin de que el funcionario público o la persona abuse de su influencia real o supuesta para obtener de una administración o autoridad del Estado parte un beneficio indebido. También se incluyen tanto la malversación o peculado, apropiación

² Guatemala suscribió la Convención el 9/12/2003 y depositó el instrumento de ratificación el 3/11/2006.

³ Guatemala firmó la Convención el 6/4/96 y depositó el instrumento de ratificación el 7/3/2001.

indebida u otras formas de desviación de bienes por parte de un funcionario público (art. 17) como la malversación o peculado de bienes, cometidos intencionalmente en el curso de actividades económicas, financieras o comerciales, por una persona que dirija una entidad del sector privado o cumpla cualquier función en ella (art. 22); el abuso de funciones (art. 19), es decir, la realización u omisión de un acto, en violación de la ley, por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener un beneficio indebido para sí mismo o para otra persona o entidad; el enriquecimiento ilícito (art. 20), o sea el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él, y el blanqueo del producto del delito (art. 23). Finalmente, la convención incluye los delitos de encubrimiento (art. 24) y obstrucción a la justicia (art. 25) en relación con las conductas delictivas que enumera.

2.- Guatemala y la corrupción

La situación en Guatemala con respecto a la corrupción y, en particular, con respecto a la corrupción en el sistema judicial es compleja y presenta dificultades. Tras haber consultado diversas fuentes de información, puede efectuarse un diagnóstico inicial, pese a las dificultades que plantea obtener información precisa, ordenada y fidedigna de la situación. En ocasiones tales dificultades se derivan de la falta de recursos, estudio y organización, mientras que en otros casos parece tratarse más bien de una cultura de desconfianza, recelo o infravaloración del problema.

Con la prudencia y reservas que hay que adoptar a la hora de manejar índices de percepción (pues una cuestión es la percepción y otra la realidad), el índice de Percepción de la Corrupción de la organización Transparencia Internacional califica 180 países y territorios con base en la percepción de su nivel de corrupción en el sector público según expertos y empresarios. El 100 corresponde a corrupción inexistente y el 0 a corrupción elevada. En los últimos años Guatemala ha ido descendiendo en su calificación, lo que ha provocado que empeore su posición hasta la 150, de los 180 países analizados, por lo que la percepción de corrupción es muy elevada⁴.

Las organizaciones AS/COA/Anti-Corruption Working Group, Americas Quarterly y Control Risks presentaron en año 2021 el informe “La capacidad de combatir el índice de corrupción” en el que evaluaron 15 países de Latinoamérica. En lugar de medir los niveles percibidos de corrupción, el índice CCC evalúa y clasifica a los países en función de la eficacia con la que son capaces de combatir la corrupción. Se analizan 14 variables clave, incluida la independencia de las instituciones judiciales, la solidez del periodismo de investigación y el

⁴ Véase: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/01/CPI2021_Report_ES-web.pdf.

nivel de recursos disponibles para combatir los delitos de cuello blanco. Estas variables se dividen en tres subcategorías: capacidad jurídica, democracia e instituciones políticas, y sociedad civil, medios de comunicación y sector privado. Los puntajes generales de los países son un agregado ponderado de estas tres subcategorías. El índice se basa en datos extensos y en una encuesta propia realizada entre los principales expertos en anticorrupción de Control Risks, el ámbito académico, la sociedad civil, los medios de comunicación y el sector privado. Se considera que los países con una puntuación más alta tienen más posibilidades de que los actores corruptos sean procesados y castigados. Guatemala ha ido descendiendo y ocupa el lugar número 13 de 15 con una calificación de 3.84, lo que implica una puntuación muy baja⁵.

Además, debido a la pandemia del COVID 19, los países de la región se han visto obligados a movilizar rápidamente recursos masivos para combatir el virus y mitigar sus consecuencias económicas. En este entorno de gastos de emergencia y controles relajados, ha aumentado la corrupción y la mala administración de fondos.

Existe un amplio consenso a la hora de afirmar que los avances logrados en los últimos años en Guatemala en el juzgamiento de casos de corrupción y abusos se encuentran en riesgo de retroceder, después de que el gobierno decidiera no prorrogar el mandato de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), respaldada por las Naciones Unidas.

Según Human Rights Watch, las investigaciones de la CICIG y del Ministerio Público pusieron al descubierto más de 60 tramas de corrupción, en las cuales estaban implicados funcionarios de los tres poderes del Estado. Estas investigaciones propiciaron en 2015 la renuncia y la detención de los entonces Presidente y Vicepresidenta. Sin embargo, hay en Guatemala altos niveles de impunidad, en parte porque es común que haya demoras irrazonables en procesos penales contra poderosos actores. Persisten problemas como la intimidación de jueces y fiscales, y la corrupción en el sistema de justicia.

No obstante, después de que la CICIG y la Fiscal General presentaran una solicitud en agosto de 2018 para quitar la inmunidad al Presidente de aquel momento con el fin de investigar su papel en la financiación electoral ilícita, el mismo anunció, acompañado de altos mandos militares y policiales, que no renovarían el mandato de la CICIG. Como resultado, la CICIG dejó de funcionar en septiembre de 2019.

En el informe de 2021 de Human Rights Watch el panorama no mejora. Junto a la actitud hostil del gobierno frente a la prensa, se destaca que han existido demoras importantes en el nombramiento de jueces y magistrados de las altas cortes, y que el proceso

⁵ Véase: https://americasquarterly.org/wp-content/uploads/2021/06/CCC_Reporte_Espan%CC%83ol_2021.pdf.

de nombramiento a cargo del Congreso ha estado marcado por acusaciones recíprocas de corrupción entre el Congreso y la Corte Constitucional.

En materia de *Seguridad pública, corrupción y justicia penal*, junto a los problemas ya aludidos, se afirma que “la violencia y la extorsión por parte de poderosas organizaciones criminales, que el gobierno no ha podido o no ha deseado controlar, siguen siendo serios problemas en Guatemala”.

En cuanto a la *separación de poderes e independencia judicial*, se señala: “De acuerdo con el Derecho guatemalteco, el Congreso debe seleccionar y nombrar a jueces y magistrados a partir de listas que presentan las Comisiones de Postulación. El proceso carece de un sistema homogéneo para la clasificación de los candidatos... A finales de octubre de 2019 deberían haberse cubierto trece vacantes en la Corte Suprema y 135 en las Cortes de Apelaciones para el período 2019-2024. El 26 de febrero de 2020, en respuesta a una petición de la Fiscalía, la Corte de Constitucionalidad suspendió el proceso de nombramiento, a partir de una investigación penal que puso al descubierto pruebas de posible tráfico de influencias en la selección de los jueces. El 6 de mayo, la Corte de Constitucionalidad ordenó que el Congreso avanzara en los nombramientos, pero exigió a los legisladores que analizaran si los candidatos cumplían con los requisitos constitucionales y si sus nombres habían sido mencionados en la investigación penal... Sin embargo, el 28 de junio, el Congreso solicitó al Ministerio Público que investigara a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad que habían dictado sentencia en el proceso de selección, por supuesta comisión de los delitos de prevaricato, violación a la Constitución y abuso de autoridad. Estos delitos acarrearán penas de hasta 10 años de prisión. El 7 de agosto, el Ministerio Público anunció que se investigarían los delitos presuntamente cometidos por decenas de funcionarios públicos que gozan de inmunidad, incluidos 92 diputados del Congreso, 13 magistrados suplentes de la Corte Suprema, 7 miembros de la Comisión Permanente del Congreso y 6 magistrados de la Corte de Constitucionalidad”⁶.

En cualquier caso, es preciso ir más allá de discusiones abstractas sobre la necesidad de reformas a medidas más concretas. Es necesario identificar los factores concretos e individualizados que hacen específica y tan grave la situación del país en materia de corrupción.

En primer lugar, puede afirmarse que la sociedad civil ha comenzado a reaccionar frente al problema, algo que es fundamental, y que se trata de una sociedad significativamente vertebrada, con presencia relevante de grupos y organizaciones generales y específicos sobre esta materia. También la prensa y los medios de comunicación, pese a las

⁶ Véase: <https://www.hrw.org/es/world-report/2021/country-chapters/377429>

dificultades, presiones y ciertas campañas interesadas, han mostrado cierta fortaleza en el tratamiento y valoración de las noticias relacionadas con esta materia.

En segundo lugar, se han realizado modificaciones importantes en la legislación de Guatemala para adaptarla a los Convenios internacionales y mejorar la capacidad de investigación, persecución penal y juicio de los casos de corrupción, como la ley contra la delincuencia organizada, la ley contra el lavado de dinero y otros activos, e incluso, la ley de extinción del dominio, entre otras incorporaciones y reformas legales⁷. Por supuesto, todo es mejorable, y siempre conviene evaluar el ajuste de la legislación a los compromisos internacionales y sus posibles carencias, pero no parece que la falta de legislación sea un factor decisivo del problema.

En tercer lugar, los casos descubiertos por el MP y la CICIG han permitido evidenciar la existencia de auténticas y preocupantes redes económico-políticas ilícitas, conformadas por funcionarios de todos los niveles, políticos, empresarios, banqueros, militares... Estas redes han tenido la capacidad de operar e incidir en el sistema de compras y contrataciones del Estado, en el sistema aduanero, en el sistema de salud, en el sistema electoral, en el sistema de justicia, incluyendo el sistema penitenciario, etc., manifestando su gran capacidad delictiva y de procurarse la impunidad⁸. Resulta necesario un Organismo judicial independiente y con capacidad de juzgar de manera pronta y objetiva los casos de corrupción y que los mismos no queden en la impunidad.

En cuarto lugar, el MP o Fiscalía de Guatemala ha desempeñado un papel relevante y positivo en la persecución de casos de corrupción y abuso de poder. En el MP, la creación de la Fiscalía Especial contra la Impunidad (FEI), la creación de la Unidad de Métodos Especiales (UME), la Dirección de Análisis Criminal (DAC) y otras secciones han sido claves para la investigación de casos complejos de corrupción. También destaca la aprobación de la reforma del 2016 a la Ley Orgánica del MP, con la cual se creó la Coordinación Nacional de Fiscalías, el fortalecimiento de la Dirección de Investigaciones Criminalísticas (DICRI), la reestructuración de la Oficina de Protección de Sujetos Procesales, y el fortalecimiento de la carrera profesional fiscal, entre otros aspectos. En varias de estas instancias del MP ha descansado el impulso de las principales acciones y casos relacionados contra la corrupción⁹. Pero el peso que ha soportado sobre sus hombros el MP en la lucha contra la corrupción ha sido enorme y precisa de todo el apoyo institucional y social que se le pueda brindar, sino a riesgo de convertir su labor en un ejercicio de heroicidad inexigible y de retroceder

⁷ Véase: *El combate a la corrupción en Guatemala. Evaluando la capacidad del Estado para reducir la corrupción y mejorar la rendición de cuentas*, febrero 2020, Serie 1, Monitor Centroamericano, WOLA/Fundación Myrna Mack, pp. 7 y ss.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*.

nuevamente en la lucha contra la corrupción. A este respecto, es oportuno aumentar y mejorar la autonomía, formación, especialización y capacitación continua de los fiscales y restantes operadores jurídicos que trabajan con casos de esta naturaleza.

En quinto lugar, existen importantes necesidades de mejora en el Organismo Judicial y en las instancias de mayor riesgo, donde se tramitan casos de corrupción a gran escala¹⁰. La complejidad de estos casos, en virtud de la magnitud de las organizaciones y redes criminales juzgadas, a nuestro juicio, demanda una revisión de diversos aspectos. El más importante es garantizar la *independencia judicial*, lo que a nuestro juicio constituye el núcleo del problema. Es imperativo y urgente mejorar el sistema de acceso, promoción, inamovilidad, protección, especialización y formación continua de los jueces en general y de los que trabajan con casos de esta naturaleza en particular. Dicha independencia judicial debe compensarse con una verdadera y correlativa responsabilidad en la práctica frente a los casos de corrupción judicial (prevaricato judicial, cohecho...). Es imprescindible que los jueces se dediquen a aplicar el Derecho, sin incurrir en arbitrariedad, y que eviten en todo lo posible las tácticas de litigio malicioso, con mala fe, en fraude de ley, así como la prolongación excesiva de los procesos. Si los Jueces y Magistrados, encargados de aplicar el Derecho, no lo hacen como deben, por cualquier motivo (ej., miedo, intimidación, falta de formación, preocupación por perder su puesto de trabajo o no ser ascendido, dinero a cambio, etc.) todos los demás esfuerzos serán vanos. El mejor Derecho y más ajustado a la letra y al espíritu de los Tratados Intencionales, y la acusación más honrada, formada, meticulosa y valiente, no servirán de nada si el encargado de aplicar ese Derecho no lo hace como debe. Por supuesto, también es importante poner medios y recursos necesarios para que los jueces y magistrados puedan efectuar esa labor. La correcta labor del MP es un presupuesto indispensable, pero no suficiente, para abordar adecuadamente el problema.

Obviamente, también es oportuno que otras entidades de control, como la Contraloría General de Cuentas y la Policía, fortalezcan sus mecanismos de prevención y que actúen de forma correcta y conforme a Derecho¹¹.

Lo cierto es que en Guatemala se habían logrado algunos avances relevantes y significativos en materia de lucha contra la corrupción, pero no es menos cierto que muchos estos avances normativos, sociales e institucionales se han perdido o están en un serio riesgo de retroceso. La pandemia del COVID-19, lejos de sensibilizar a los responsables públicos y mejorar la situación, ha favorecido un entorno de gastos de emergencia y controles relajados que no ha hecho más que empeorar el problema de la corrupción pública. En el contexto

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

actual, sería importante, cuanto menos, blindar los avances que se habían logrado y no permitir pasos atrás.

Igualmente, es fundamental identificar los factores concretos e individualizados que hacen específica y tan grave la situación del país en materia de corrupción, lo que aconseja tener en cuenta también el Derecho comparado. Los estudios e informes sobre la materia, frecuentemente, tienden a efectuar una visión general y abstracta de los aspectos mejorables, en ocasiones mezclando percepción con realidad, sin individualizar los rasgos específicos que hacen que la situación de Guatemala en materia de corrupción sea particularmente grave.

Por supuesto que todo es mejorable, pero hay factores clave y factores más o menos secundarios, que son habituales en otros países y sistemas jurídicos, y no hacen que el problema de la corrupción sea tan grave como en Guatemala. Por ejemplo, que los partidos políticos tiendan al abuso y actúen como actúan, esto es, como auténticas maquinarias dirigidas a lograr y extender su poder, invadiéndolo todo, y a obtener la mayor financiación posible, moviéndose más o menos al margen de los intereses públicos, no es ninguna peculiaridad de Guatemala (sino más bien al contrario). Que el poder tiende al abuso y que los poderosos intentan, por todos los medios a su alcance, asegurar su impunidad tampoco es ninguna novedad (sino más bien al contrario). Al margen de visiones románticas, poco realistas e incluso frívolas, eso no va a cambiar.

Tampoco la sociedad guatemalteca puede calificarse como una sociedad distinta o peor que otras, como una especie de sociedad “enferma” o “desvertebrada” que favorece, promueve o facilita la corrupción, o peor aún, que ese es un rasgo que lleva en su cultura o en su historia, como una especie de “maldición” que le persigue y de la que no puede desprenderse. Muy al contrario, con carácter general, la sociedad civil en Guatemala, como ha demostrado en no pocas ocasiones últimamente, posee rasgos positivos que permiten calificarla como una sociedad despierta, vertebrada, consciente de los males que padece, que reacciona y que se indigna cuando las situaciones son indignantes...

El sistema jurídico de Guatemala tampoco sufre un problema serio de falta de regulación jurídica, de grave desajuste de dicha regulación a los convenios internacionales, de ausencia de regulación de los delitos de corrupción, o del establecimiento en la ley de penas poco severas. Lo que sucede simplemente es que el mejor Derecho, el Derecho técnicamente más perfecto y ajustado a los compromisos internacionales, de nada sirve si se queda “sobre el papel”, es decir, si los encargados de aplicarlo, por diferentes motivos, no lo aplican y ello no conlleva una responsabilidad en la práctica. Ya está sobradamente demostrado que lo que previene la criminalidad y, dentro de ella, los delitos de corrupción,

no es tanto la intensidad de las penas como la intensidad de la persecución y la probabilidad del castigo efectivo.

Lo que, en nuestra humilde opinión, individualiza la situación de Guatemala en materia de corrupción radica en la generalización o extensión del problema, y en el elevadísimo nivel de impunidad que genera un sistema de justicia que no funciona adecuadamente.

3.- Propuestas para abordar el problema desde la experiencia española

La clave para abordar el problema no se encuentra en mirar permanentemente al pasado, en lamentarse por lo que pudo ser y no fue, en pretender concienciar o cambiar moralmente a los partidos políticos, a las élites del país o a los poderosos (lo que no va a suceder), en adoctrinar moralmente a la sociedad guatemalteca (que no es peor que otras), en echar la culpa a una especie de maldición histórica e irracional, en reformar permanentemente las leyes, en una actividad “legiferante” desbocada, en crear comisiones parlamentarias escasamente útiles, en aumentar la magnitud de las penas en la ley... Todo esto, en el mejor de los casos, es dispersarse a la hora de abordar el núcleo del problema, cuando no ofrecer pretextos y excusas para no hacer nada, o para que parezca que se hace algo sin resolver nada.

A nuestro juicio, como ya se ha podido deducir, el núcleo del problema se encuentra en el sistema de justicia. Como hemos señalado, es imprescindible la mejora del sistema de justicia, especialmente en el Organismo Judicial y en las instancias de mayor riesgo, donde se tramitan casos de corrupción a gran escala. La complejidad de estos casos, en virtud de la magnitud de las organizaciones y redes criminales juzgadas, a nuestro modo de ver, demandan una revisión de diversos aspectos. El más importante es garantizar la **independencia judicial**, lo que a nuestro juicio constituye el núcleo del problema. Es necesario mejorar el sistema de acceso, promoción, inamovilidad, protección, especialización y formación continua de los jueces en general y de los que trabajan con casos de esta naturaleza en particular. Pero dicha independencia debe compensarse con una verdadera y correlativa responsabilidad en la práctica frente a los casos de corrupción judicial (prevaricato judicial, cohecho...). Es imprescindible que los jueces se dediquen a aplicar el Derecho, sin incurrir en arbitrariedad, y que eviten en todo lo posible las tácticas de litigio malicioso, con mala fe, en fraude de ley, así como la prolongación excesiva de los procesos. Si los Jueces y Magistrados, encargados de aplicar el Derecho, no lo hacen como deben, por cualquier motivo (ej., miedo, intimidación, falta de formación, preocupación por perder su puesto de trabajo o no ser ascendido, dinero a cambio, etc.) todos los demás esfuerzos serán

vanos. Por supuesto, también es importante poner los medios y recursos humanos y materiales necesarios para que dichos jueces y magistrados puedan efectuar esa labor.

Pero todo esto no puede quedarse en un mero diagnóstico de la situación o en afirmaciones más o menos abstractas o vacías de contenido relativas a la importancia de la independencia judicial. Son necesarias propuestas concretas y aquí es donde voy a hablar de la experiencia española que, aunque dista de la perfección, puede aportar ideas y reflexiones. En España, por supuesto, hay algunas deficiencias tanto en el sistema judicial como en el fiscal que han suscitado reiteradas críticas por el riesgo de influencia política. Más concretamente, mientras de momento no hay grandes dudas sobre la independencia y la imparcialidad de los jueces y fiscales como individuos, sí existe controversia alrededor de la cuestión de la independencia de los órganos rectores del Poder Judicial y del Ministerio Fiscal.

El art. 117. 1 de la Constitución española (en adelante CE) señala que “la justicia emana del pueblo y se administra por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial español (CGPJ) es un órgano constitucional, que se configura como órgano de gobierno de los jueces, participando, por ejemplo, en el nombramiento, promoción y disciplina de los jueces. Según la Constitución, el CGPJ está formado por el Presidente del Tribunal Supremo, que preside el CGPJ junto con 20 miembros. Cada uno de ellos ejerce sus funciones durante cinco años. De los 20 miembros, la Constitución especifica que 12 deben ser jueces; los otros 8 son abogados o juristas. La Constitución exige que los últimos sean nombrados por una mayoría parlamentaria de 3/5. La Constitución no especifica cómo se nombran los miembros que pertenecen al turno judicial y el sistema de nombramiento ha cambiado con los años: antes de 1985 eran elegidos por los propios jueces. No obstante, el sistema se cambió entonces y a partir de 1985 el Parlamento asumió el nombramiento. Esto ha dado lugar a un desprestigio y a una permanente sospecha de politización. El principal partido de la oposición afirma que hay que cambiarlo, pero lo cierto es que cuando estaba en el gobierno y tuvo la oportunidad, no lo cambió. También el actual presidente del gobierno lo afirmaba, pero ahora que ha llegado al poder, intenta mantenerlo e, incluso, empeorarlo. En definitiva, los políticos no se toman en serio la cuestión de la independencia del poder judicial. La forma de selección de los miembros del CGPJ es motivo de preocupación dada su susceptibilidad a la “politización” - siendo la crítica principal que el método de elección permite a los partidos políticos repartir los puestos del CGPJ como un reparto de cromos entre sus afines-. Yo entiendo que, al menos, la mayoría del Consejo debería ser elegido por los propios jueces a través de un

sistema democrático en el que todos los jueces tengan derecho a votar y a ser elegidos. Eso favorecería la independencia del Poder Judicial.

Dado el papel que el CGPJ desempeña en la toma de decisiones sobre áreas importantes de la judicatura, incluyendo nombramientos, promoción, inspección y disciplina relativa a los jueces, resulta crucial que este órgano no sólo sea libre, sino que se vea también libre de cualquier influencia política. El Ministerio de Justicia (y los órganos ejecutivos correspondientes de las ocho comunidades autónomas con competencia judicial atribuida) ostentan la responsabilidad concerniente al personal administrativo del tribunal y a la gestión de los edificios y recursos. El CGPJ tiene un presupuesto separado, pero sólo cubre las actividades del propio Consejo. Las responsabilidades del Ministerio de Justicia sobre el presupuesto y el proceso presupuestario, así como su papel para asignar fondos entre los tribunales y las necesidades judiciales durante el año presupuestario, también son percibidos por muchos integrantes de la profesión como una amenaza contra la independencia del Poder Judicial. Se debería dotar al CGPJ de mayor independencia con respecto al poder político y de mayores funciones de gestión presupuestaria.

Con todo, uno de los puntos fuertes, uno de los aspectos más positivos en España es, a mi juicio, el acceso a la carrera judicial. El acceso a la carrera judicial se basa en el principio de mérito y capacidad para desempeñar las tareas judiciales. El camino principal a la judicatura está organizado por rigurosa oposición pública abierta para los ciudadanos españoles mayores de edad (18 años) graduados en Derecho, que va seguido de un período de formación (teoría y práctica) en la Escuela Judicial. La preparación suele durar varios años (3 o más años de estudio muy intenso y otro año de Escuela Judicial). Una vez que se aprueba la primera fase, la Escuela Judicial se encarga de proporcionar una formación, más orientada a la práctica, de los jueces. Además, la Escuela Judicial ofrece continuamente cursos a los jueces sobre diferentes áreas del Derecho. Hay cursos de formación inicial obligatorios sobre, entre otros, el papel del juez y las funciones de los tribunales, que incluye secciones sobre la independencia e imparcialidad, normas éticas para el juez y valores básicos. Los cursos de formación continua sobre asuntos relativos, entre otros, a la lucha contra la corrupción y la ética judicial también están disponibles de forma opcional. Una minoría de jueces son juristas con experiencia de reconocida competencia o reconocido prestigio. Todos ellos pasan a ser inamovibles, salvo por causas muy graves, por lo que ostentan el cargo hasta que se jubilan.

Se dice que el sistema español de acceso a la judicatura es uno de los más duros de toda Europa. El proceso de selección es muy exigente para cumplir los objetivos de mérito, transparencia y objetividad. Los organismos de selección pertinentes (tribunal examinador) tienen una composición mixta reuniendo jueces, fiscales y académicos. La antigüedad es el principal criterio para la promoción o el traslado.

Sin embargo, para nombramientos superiores, por ejemplo: presidentes de Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, el CGPJ ejerce un poder discrecional respecto a las propuestas pertinentes de nombramiento. Se han emitido críticas a este respecto tanto por parte de la sociedad civil como de los propios jueces: existe la impresión de que la judicatura es independiente en su base, pero se politiza en la cima, en sus órganos de gobierno, en el CGPJ y en los altos cargos de la judicatura. Si el Consejo está politizado, no se puede pretender que los nombramientos que haga no lo estén. Todas las decisiones sobre el nombramiento y la carrera profesional deben basarse en criterios objetivos, mérito y capacidad, y total publicidad y transparencia.

A mi juicio, el sistema general de acceso por oposición, publica, muy exigente, basada en el mérito y capacidad, como he dicho, es uno de los aspectos más positivos. Si a ello se une que se obtiene una plaza fija para toda la vida y el juez es inamovible, las posibilidades de corrupción se limitan enormemente. El salario neto (tras impuestos) no es demasiado elevado, pero sí permite vivir dignamente y atender sus necesidades y las de sus familias. Todo esto conduce a que en España prácticamente ningún juez de los escalones inferiores e intermedios, que son la inmensa mayoría, se preste a un acto de corrupción. Ha hecho un esfuerzo muy serio para estar ahí, tiene un puesto de trabajo para toda su vida y no se va a arriesgar a eso.

La premisa es que los casos se asignan a los jueces por razones objetivas. La asignación de los casos, al menos como regla general, se basa en criterios objetivos y en un turno de reparto.

Por otra parte, los jueces están sujetos a un régimen de incompatibilidades muy estricto, más estricto que el de cualquier otro funcionario público. Especialmente se les prohíbe a los jueces pertenecer a partidos políticos o sindicatos, pero también cualquier otra actividad pública o privada (excepto la docencia e investigación en ámbitos del Derecho, de publicación científica...). Hay algunas prácticas discutibles (ej., los jueces o Magistrados que obtienen un sobresueldo preparando a opositores y tomándoles semanalmente los temas o la participación en determinados Congresos financiados por entidades privadas) pero en general el régimen de incompatibilidades se cumple.

Se prohíbe a los jueces ver y decidir en casos en los que puedan tener cualquier tipo de interés directa o indirectamente. Son amplias las causas de abstención y recusación (relaciones familiares, de amistad o enemistad de las partes o la intervención en las fases previas del litigio). Si no lo hacen, la parte perjudicada podrá presentar una recusación y, si se cumplen los requisitos, suele prosperar.

La práctica de pedir u ofrecer dinero o regalos costosos a un juez o a un fiscal en España es prácticamente impensable y en los poquísimos casos en que se ha detectado, la

respuesta judicial, por parte de los propios compañeros, es implacable. Esto en España se considera intolerable y no es un problema, aunque entiendo hay que ser particularmente duro con esta cuestión. Es necesario la creación de un sistema estricto de declaración de bienes de los jueces y magistrados.

Los jueces están sujetos a responsabilidad disciplinaria y las decisiones del CGPJ están sujetas a revisión judicial ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. La autoridad judicial disciplinaria del CGPJ se limita a analizar funciones judiciales (demora indebida, incompatibilidades, etc.) y su función no puede afectar en modo alguno a los asuntos jurisdiccionales, es decir, al contenido específico de las sentencias judiciales.

Los jueces son también penalmente responsables. Los procesos penales contra un juez se iniciarán, bien ante el Tribunal Superior de Justicia competente o bien ante el Tribunal Supremo, dependiendo de la posición jerárquica del juez en cuestión. Este aforamiento genera ciertas dificultades por el control del CGPJ en los nombramientos de los Presidentes de tales tribunales. Junto a los tradicionales delitos de corrupción (ej., cohecho) pueden incurrir en prevaricación judicial, tanto por dolo como por imprudencia grave e ignorancia inexcusable, cuando dicten una resolución injusta. Esto, a mi juicio, es fundamental. Sin embargo, en los últimos 20 años las condenas a jueces españoles por delitos relacionados con la corrupción son mínimas (prácticamente se pueden contar con los dedos de una mano). Ello se debe a que, al menos a niveles bajos e intermedios, los jueces españoles, en su inmensa mayoría, son verdaderamente ejemplares y en este sentido el sistema español, a mi juicio, es un buen sistema que tiene muchos aspectos positivos. Sin embargo, así como en determinados delitos (como el cohecho o soborno) no hay la más mínima tolerancia (es prácticamente impensable en España que a juez se le ocurra pedir dinero o que a alguien se le ocurra ofrecérselo a cambio de una resolución favorable) en el caso de la prevaricación judicial (prevaricato) quizá debería haber menos flexibilidad. Sería injusto y faltar a la verdad afirmar que en España tenemos un problema con los jueces prevaricadores, pues la inmensa mayoría de ellos hacen su trabajo correctamente pese a la insuficiencia de medios y recursos a su alcance, pero en materia de prevaricación judicial, a nuestro juicio, habría cierto margen de mejora en la práctica. Frecuentemente se ha exigido, a los efectos de afirmar la existencia de una resolución injusta en el delito de prevaricación judicial, que la misma se aparte de la ley de una forma tan manifiesta, patente, grosera u ostensible, que resultaba verdaderamente difícil condenar a un juez por prevaricación.

Sin embargo, no cabe duda de que una de las claves en la lucha contra la corrupción se encuentra en la regulación y aplicación correcta del delito la prevaricación judicial. Los jueces, que han de estar sometidos exclusivamente al imperio de la Ley y ser responsables de sus actos, desarrollan la que quizás sea la función más relevante en un Estado de Derecho,

que no es otra que la tutela y realización del Derecho mismo, sirviendo así de garantía última de los derechos e intereses de los ciudadanos y resolviendo de forma concreta sus conflictos más graves con arreglo a la Ley. Constituyen, por lo tanto, uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta el Estado de Derecho e indudablemente ello debe conllevar una correlativa e ineludible responsabilidad, también a nivel penal, de forma acorde con la trascendencia de los valores e intereses en juego.

Cuando un Juez o Magistrado se aparta de la Ley, en un modelo de justicia en el que la única legitimación democrática de su función es su sometimiento escrupuloso a la misma, ataca directamente las bases más esenciales sobre las que se asienta el sistema constitucional. Si los ciudadanos, a través de la Constitución, depositan en los Jueces y Magistrados la función de vigilancia y garantía del Estado de Derecho, resulta inadmisibles, a todas luces, que la exigencia de responsabilidad hacia los mismos se mantenga solo sobre el papel. Si se quiere lograr el bienestar de los ciudadanos resulta preciso hacer una apuesta decidida en contra de la corrupción y, en general, de los comportamientos desviados por parte de los poderes públicos. En este sentido, no debe olvidarse que los preceptos relativos a la prevaricación judicial constituyen una de las garantías fundamentales de nuestro Estado de Derecho y, sobre todo, que la correcta y efectiva aplicación de los mismos es, sin duda, uno de los bancos de prueba esenciales medir la seriedad y fortaleza del mismo.

En el Derecho Penal de Guatemala, la regulación del delito de prevaricación judicial se contiene en el Título XIV (“De los delitos contra la Administración de Justicia”), Capítulo III (“De la prevaricación”) del Código Penal. El art. 462, que contempla la modalidad dolosa de prevaricación judicial, establece: “El Juez que, a sabiendas, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con prisión de dos a seis años. Si la resolución dictada consistiese en sentencia condenatoria en proceso penal, la sanción será de tres a diez años”. Por su parte, el art. 463, que contempla la modalidad imprudente de prevaricación judicial, señala: “El Juez que, por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare resoluciones contrarias a la ley o las fundare en hechos falsos, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales e inhabilitación especial de uno a dos años”. Esta regulación se complementa con una previsión específica de la prevaricación de los Árbitros (art. 464) y de los representantes del Ministerio Público (art. 467).

En el Derecho Penal español, Título XX (“Delitos contra la Administración de Justicia”), Capítulo I (De la prevaricación). La modalidad dolosa del delito de prevaricación judicial se encuentra prevista en el artículo 446 del Código Penal, que establece expresamente: “El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 1. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su

mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años. 2. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta. 3. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas”. El artículo 447 del Código Penal español regula la modalidad imprudente del delito de prevaricación judicial en los siguientes términos: “El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años”.

En el Código Penal español, sin embargo, no se contiene una referencia específica a los miembros del Ministerio Fiscal, lo cual supone un grave defecto legislativo, aunque se ha afirmado en ocasiones el comportamiento de los miembros del Ministerio Fiscal podría reconducirse a la prevaricación de los funcionarios públicos prevista en el art. 404 del Código Penal español. En cualquier caso, entendemos que la regulación de la prevaricación judicial en el Código penal de Guatemala es muy correcta e incluso superior en algunos aspectos a la regulación española (ej., en vez de referirse a “resolución injusta” precisa que se trata de resoluciones “contrarias a la ley” o fundadas “en hechos falsos”), pero lo que es imprescindible es que aplique en la práctica. El Derecho más perfecto de nada sirve si solo se queda sobre el papel y no se aplica en la práctica.

En España, uno de los mayores problemas para aplicar el delito de prevaricación judicial ha sido el elemento de la injusticia de la resolución. La pregunta es: ¿Cuándo se puede estimar que una resolución judicial es prevaricadora? El planteamiento teórico de Montesquieu y de los revolucionarios franceses, en el que el Juez aparece como un mero autómatas, no siendo más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, difícilmente puede y debe ser aceptado en la actualidad. Dicho planteamiento, que tuvo su origen en la desconfianza hacia los jueces del Antiguo Régimen y que motivó la creación del Tribunal de Casación francés, ya tuvo que ser matizado por el propio Napoleón, atribuyendo a los Jueces una cierta función interpretativa. Resulta evidente que debe reconocerse a los Jueces y Magistrados la facultad de interpretar la ley, como exigencia indispensable del proceso aplicativo, pero ello desde luego no implica que los mismos puedan hacer lo que quieran, ni que pueden ampararse en doctrinas como la del uso alternativo del Derecho, pues la interpretación judicial ha de tener como regla vinculante la legalidad.

Las diferentes posiciones que se han ensayado en esta materia pueden agruparse fundamentalmente en cuatro teorías: subjetiva, objetiva, mixta y teoría de los deberes, en

función de la mayor o menor importancia que otorgan a la íntima convicción del juez¹². El Código Penal de Guatemala, con acierto desde nuestro punto de vista, se inclina por una posición objetiva, al referirse a “*resoluciones contrarias a la ley*” o fundadas “*en hechos falsos*”. Por contraposición a las posiciones subjetivas, para las posiciones objetivas lo esencial a la hora de valorar el carácter prevaricador de la resolución es su contradicción objetiva con el Derecho. Por lo tanto, lo decisivo no es que el Juez actúe en contra de su personal convicción, sino que la decisión del mismo sea objetivamente contraria a lo establecido por el Ordenamiento jurídico. Esta es la posición absolutamente mayoritaria en la doctrina española. La discusión entre objetivistas, subjetivistas y eclécticos puede encontrarse más acentuada en el ámbito de la doctrina alemana, si bien la mayoría de los autores se han inclinado por la teoría objetiva¹³. Este debate ha sido debido, entre otras razones, a la ausencia de una distinción clara entre lo objetivo y lo subjetivo en la tipificación delictiva de la prevaricación judicial. Así, tanto el antiguo § 336, como el actual § 339 del Código Penal alemán, se han referido al “Juez, otro titular de un cargo oficial o un árbitro que al dirigir o decidir un asunto jurídico tuerza el Derecho culpablemente a favor o en perjuicio de una parte”. En la doctrina española, por el contrario, la diferente configuración típica y la admisión tradicional de la prevaricación imprudente, ha conducido a rechazar los planteamientos subjetivistas. En este sentido, Octavio de Toledo y Ubieto ya advirtió acertadamente que debía negarse la viabilidad tanto de la teoría subjetiva como de la mixta, al reflejar “la imposibilidad de, siquiera, hipotetizar una prevaricación culposa (o imprudente)”¹⁴.

Con todo, este planteamiento objetivo no está libre de dificultades, fundamentalmente a la hora de adoptar un criterio para determinar qué es lo objetivamente contrario a Derecho. Mayoritariamente, se excluyen del ámbito de la prevaricación judicial aquellas resoluciones que son defendibles o justificables en Derecho. De acuerdo con este criterio, el delito de prevaricación judicial extendería su operatividad a aquellos supuestos en que la decisión adoptada sobrepasa los márgenes que otorga el ordenamiento jurídico. Sin embargo, los partidarios de tomar en consideración la conciencia del Juez a la hora de valorar el carácter prevaricador de la resolución estiman que esta teoría presenta dificultades en algunos supuestos, si bien estos autores, a nuestro juicio, parten en su

¹² Sobre estas teorías, véanse, principalmente, OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, pp. 344 y ss; RAMOS TAPIA, M.I. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2000, pp. 276 y ss.

¹³ Pueden verse, en este sentido, CRAMER, P., en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 2001, p. 2597; BEMMANN, G./SEEBODE, M./SPENDEL, G., “Rechtsbeugung- Vorschlag einer notwendigen Gesetzesreform”, en *ZRP*, n° 8, Frankfurt a.M., 1997, p. 308; SPENDEL, G., en *StGB. Leipziger Kommentar*, 11 edición, Berlin-New York, 1999, pág. 32; TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52 edición, München, 2004, pág. 2242, y la bibliografía allí citada.

¹⁴ OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., p. 354. En la misma línea, SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Tipo objetivo. Prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la S.T.S de 15-10-1999 (Sala 2)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IX, n° 415, Madrid, 1999, p. 3.

planteamiento de una crítica desproporcionada y ficticia hacia la teoría objetiva, incrementando hasta extremos irreales las verdaderas dificultades que presenta.

Una de las objeciones dirigidas a esta teoría es su insuficiencia en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales. Así, se afirma que la teoría objetiva de la interpretación defendible presenta defectos insalvables en aquellos supuestos en que la decisión se encuentra dentro de los límites de discrecionalidad otorgados por la ley, pero se dicta sin tener en cuenta las circunstancias legales para su adopción o con base en motivaciones ajenas a la finalidad de la institución¹⁵. Con ello se pretende hacer caer en el error de pensar que el criterio de la interpretación jurídica defendible posibilitaría, por ejemplo, adoptar una medida cautelar sin tener en cuenta las circunstancias legales para su adopción o de forma contraria a los fines de la misma. Sin embargo, a nuestro modo de ver, resulta evidente que, si un Juez dicta la resolución al margen de las circunstancias legales para su adopción o sin tener en cuenta los fines de la institución de que se trate, dicha resolución no podrá ser considerada como jurídicamente defendible y, ciertamente, para ello no es necesario ponderar la conciencia del Juez. Si del análisis de la resolución y de las circunstancias concurrentes en el caso se deriva que no se cumplieron las exigencias legales o que la resolución adoptada es objetivamente contraria a la finalidad de la institución, nos hallaremos ante una resolución prevaricadora, con independencia de la particular convicción del Juez. Por el contrario, si concurren las exigencias legales para la adopción de la medida y se toma la decisión de forma acorde con la finalidad de la institución, la resolución dictada no será prevaricadora, al margen de la particular conciencia del Juez sobre su adecuación. Es decir, desde las posiciones subjetivas e intermedias se pretenden potenciar las dificultades de la teoría objetiva hasta tal extremo que la crítica, en sí misma, resulta contradictoria. Si se dicta una medida de prisión provisional o preventiva al margen de las exigencias legales para su adopción, ¿cómo puede señalarse que esa resolución no presenta una contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, que contempla esas exigencias?; ¿cómo puede afirmarse que esa resolución es jurídicamente defendible? En realidad, se desea encontrar argumentos para que se pondere la inaprehensible conciencia del Juez, cuando en realidad no resulta necesario.

Otra de las objeciones que se dirigen a la teoría objetiva de la interpretación defendible hace referencia a la valoración judicial de la prueba¹⁶. Normalmente dicha crítica tiende a efectuarse sin advertir que las normas que rigen el proceso y la actuación del Juez o Magistrado en el mismo pertenecen al Derecho objetivo. Con base en ello se argumenta que a la teoría objetiva no le queda más remedio que acudir a la contrariedad de los hechos

¹⁵ Véase, en este sentido, RAMOS TAPIA, M.I. *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 304.

¹⁶ Véase, principalmente, RAMOS TAPIA, M.I. *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp. 306 y ss.

probados con los verdaderamente acaecidos en la realidad, para señalar a continuación, por ejemplo, que hay supuestos en que las normas procesales impiden la apreciación de pruebas que han sido obtenidas ilegalmente¹⁷. Esta conclusión, que en coherencia debería conducir precisamente a relativizar los aspectos pertenecientes a la conciencia del Juez, se utiliza, por el contrario, para argumentar que es necesario ponderar su propio convencimiento. Incluso los que reconocen que la teoría objetiva puede partir de la observancia de las normas procesales como normas de Derecho objetivo, entienden que el criterio de la discrepancia entre los hechos que se han declarado probados y aquellos que deberían haberse declarado como probados, criterio perfectamente aceptable a nuestro juicio, resulta inadmisibles por las dificultades que presenta ponerlo en práctica¹⁸. Se afirma, en este sentido, que ello exigiría la reproducción en la causa penal del proceso en que se dictó la resolución supuestamente prevaricadora para comprobar si la apreciación de la prueba hecha por el Juez es la correcta¹⁹. Para vencer esta supuesta dificultad, en nuestra opinión superable en la práctica por medio de un estudio de las pruebas en las que se ha basado la resolución, y más teniendo en cuenta la posibilidad actual de grabaciones y otros medios audiovisuales, se propone indagar en la conciencia del Juez, como si este nuevo criterio no presentase dificultades aún mayores en la práctica. A nuestro juicio, atacar un criterio objetivo por las supuestas dificultades que presenta en la práctica, proponiendo como alternativa un criterio subjetivo fundado en la necesidad de probar la conciencia del Juez o Magistrado, no parece lo más acertado.

Otro de los reproches que se formulan a la teoría objetiva, quizá el menos injustificado, se refiere al supuesto de las normas multívocas, es decir, aquellas normas que admiten diversas interpretaciones. Nuevamente se parte, a la hora de efectuar esta crítica, de que los métodos jurídicos y las reglas procesales previstas por el ordenamiento para aplicar el Derecho pueden ser desatendidos por las posiciones objetivas. También se adopta como premisa, equivocada desde nuestro punto de vista, la consideración de que tan solo puede existir una resolución justa y conforme a Derecho para cada supuesto, por lo que las demás resoluciones posibles en el marco de la ley serían prevaricadoras. Agravado otra vez el problema, se quiere dar a entender que con arreglo a la teoría objetiva cualquier entendimiento de los preceptos legales sería admisible, por lo que no podría dar lugar al delito de prevaricación. Sin embargo, el criterio objetivo, insistimos, no implica que cualquier interpretación más o menos aislada o fraudulenta de los preceptos legales sea jurídicamente admisible. La interpretación deberá ser acorde, no sólo con la Constitución, sino también con los criterios de interpretación comúnmente admitidos. En este sentido, desde Savigny se

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

acepta que los criterios o elementos de la interpretación (gramatical, lógico, histórico, sistemático, sociológico, teleológico) no son diferentes clases entre las cuales puede cada uno elegir a su antojo, sino diversas actividades que tienen que estar reunidas para que la interpretación tenga éxito²⁰. Por lo tanto, no es cierto que dentro de la teoría de la resolución defendible “todo vale”, si bien es preciso reconocer la dificultad derivada de la inexistencia de una jerarquía segura entre los criterios interpretativos, y de ahí que haya que contar con que la actividad interpretativa, por rigurosa que sea, puede conducir a resultados diversos. Es decir, no puede descartarse que la interpretación pueda dar lugar a más de una solución admisible en Derecho, y no por ello una solución es la única correcta y las demás pueden calificarse de prevaricadoras. A pesar de ello, consideramos que este criterio objetivo mantiene el ámbito de aplicación del delito de prevaricación judicial dentro de unos límites razonables, y más teniendo en cuenta la existencia de un sistema de recursos y de instituciones como la abstención y la recusación, dirigidas a garantizar la imparcialidad de los Jueces y Magistrados.

También plantean dificultades las expresiones “a sabiendas” y “por negligencia o ignorancia inexcusables”. A nuestro juicio, la expresión “a sabiendas” se refiere al dolo en sus distintas modalidades (directo en primer grado, directo en segundo grado y eventual)²¹. Desde un punto de vista gramatical, y en sentido propio, dicha alusión hace referencia al saber y, por lo tanto, al conocimiento que ha de tener el Juez o Magistrado de que está dictando una resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos. Sin embargo, aun aceptando la necesidad de que el Juez o Magistrado tenga conciencia o advertencia de esas circunstancias, la expresión “a sabiendas” en ningún caso prejuzga el grado de certeza de ese conocimiento²². Es decir, si de la expresión “a sabiendas” pudiera inferirse que exige no solo saber, sino saber con certeza, plantearía dificultades ir más allá del dolo directo y defender su compatibilidad con el dolo eventual, pero dicha alusión no requiere un conocimiento de

²⁰ Véase, por todos, LARENZ, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Rodríguez Molinero, Barcelona, 2001, pp. 308 y ss.

²¹ Para actuar dolosamente no basta, desde nuestro punto de vista, con el conocimiento de los elementos objetivos del tipo, sino que es necesario, además, la voluntad de realizarlos, es decir, querer realizarlos. Pero este querer no hay que confundirlo con los deseos o móviles últimos del sujeto. En alguna ocasión pueden coincidir, como en el caso del sujeto que mata por el placer de matar o del cleptómano que hurta en el centro comercial por el placer de hurtar, pero en muchos otros casos no coincidirán. Así, cuando un Juez o Magistrado dicta una resolución contraria a Derecho, es probable que su móvil último no sea el de prevaricar, sino, por ejemplo, el de evitar que, ante el transcurso del tiempo máximo de prisión provisional, el imputado quede libre y se sustraiga a la acción de la justicia, pero no por ello deja de tener voluntad de dictar una resolución contraria a Derecho. Es decir, que sus móviles o deseos últimos sean otros no es incompatible con el comportamiento doloso, ni con la exigencia de conciencia y voluntad en el dolo. En atención a la mayor o menor intensidad con la que concurren los elementos del dolo puede distinguirse entre el *dolo directo en primer grado*, en el que el propósito del sujeto es realizar el tipo objetivo del delito; *dolo directo en segundo grado*, en el que el sujeto advierte como segura la realización del tipo objetivo y, aun cuando no la persigue directamente, la acepta; *dolo eventual*, en el que el sujeto advierte como probable la realización del tipo objetivo y, aun cuando no la persigue directamente, la asume, admitiendo su eventual realización.

²² Ya en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., p. 371.

esas características. A ello se añade que el “saber” y el “querer” en el Derecho penal son conceptos esencialmente normativos con gran flexibilidad, en la medida en que hay que relacionarlos con la función de protección de bienes jurídicos, y en este sentido dichos conceptos también se predicen del que actúa o deja de actuar a pesar de haber captado el peligro.

Como ya puso de manifiesto Octavio de Toledo y Ubieto en relación con el artículo 358 del anterior Código Penal español, la función del “a sabiendas” no es otra que trazar una frontera entre todo lo doloso (incluido el dolo eventual) y todo lo imprudente²³. Esta interpretación, efectivamente, nos parece la más sensata, pues desde el momento en el que el artículo 463 castiga la conducta realizada por imprudencia o ignorancia inexcusables, las restricciones del dolo sólo pueden dar lugar a contradicciones valorativas y sistemáticas, como lo son dejar impunes acciones más graves y simultáneamente castigar conductas más leves, o reconducir los supuestos de dolo eventual a la imprudencia. La expresión “a sabiendas” ni debe identificarse con un especial elemento subjetivo del tipo, ni tampoco con el dolo directo, provocando indisolubles contradicciones valorativas y sistemáticas. Se refiere, sencillamente, al dolo común en sus distintas modalidades, cuya falta de concurrencia encontrará continuidad sin interrupciones en la imprudencia. Desde la perspectiva adoptada en la interpretación de la resolución contraria a la ley o fundada en hechos falsos, la inclusión del dolo eventual no sólo resulta posible sino también conveniente desde un punto de vista político criminal. De este modo, cuando el Juez advierta que es probable que su decisión sobrepase los límites del Derecho y, a pesar de ello, decida dictarla, conformándose con ello, le será de aplicación el tipo doloso de prevaricación judicial.

Por su parte, el art. 463 del Código Penal de Guatemala se refiere a la “negligencia o ignorancia inexcusables”. La doctrina científica en España, de forma casi unánime, consideraba que, con esa expresión, contenida en el anterior Código penal español, se aludía a la imprudencia temeraria o imprudencia grave²⁴. En efecto, a nuestro juicio, la función de la referencia legal es excluir del ámbito de aplicación del precepto aquellos supuestos que no sean graves. En el art. 463 del Código Penal de Guatemala, por lo tanto, se castigan los supuestos de imprudencia grave, consistentes en la omisión de la diligencia más elemental, es decir, aquella que con un mínimo de diligencia e interés por parte del Juez podría haber sido superada. Dicha interpretación, además, resulta preferible en orden a la compatibilidad de la norma con el principio de intervención mínima.

²³ OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., p. 372.

²⁴ Véase, en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, E. *La prevaricación del funcionario público*, ob. cit., pp. 359 y ss, y la bibliografía allí citada.

Otra de las cuestiones que puede adquirir trascendencia en este ámbito es la relativa a la configuración del deber de cuidado, cuya infracción caracteriza a la imprudencia. Superado el concepto psicológico de la imprudencia, sobre todo por su llamativo fracaso en los supuestos de culpa inconsciente, actualmente es mayoritaria la concepción normativa, en la que la infracción del deber de cuidado aparece como elemento esencial. Sin embargo, existe una discusión en torno a la naturaleza de ese deber. Mayoritariamente se distingue entre un deber objetivo de cuidado (referido a un hombre medio diligente en la misma posición del autor) y un deber subjetivo (relativo al poder individual del sujeto de observar el cuidado objetivamente debido), estimando que el primero pertenece al tipo, de tal forma que las acciones conformes a ese deber serían atípicas, y el segundo a la culpabilidad. Sin embargo, en los últimos años se está extendiendo la tesis que se inclina por la consideración exclusiva de un deber subjetivo de cuidado. Bajo esta concepción se defiende que a quien tiene una capacidad de rendimiento superior al participante habitual en el tráfico se le debe exigir más, de tal modo que si produce un resultado por no utilizar esas capacidades debe ser castigado por imprudencia²⁵. Ciertamente la diferencia entre ambas concepciones es menor de lo que en ocasiones se quiere hacer ver, hasta el punto de que puede decirse que se trata de una discusión un tanto artificial. Ello es lógico, pues desde una concepción objetiva no puede pretenderse aplicar el mismo criterio a todas las personas, sino que se acude al baremo de un hombre diligente situado en la misma posición del autor, teniendo en cuenta su nivel cultural, profesional, etc. Pero tampoco desde una concepción subjetiva del deber de cuidado se puede pretender exigir a una persona que, por ser el mejor Magistrado, cuyas resoluciones son objeto de culto por los demás juristas, deba incurrir en responsabilidad criminal porque un determinado día, sin proponérselo, no estuvo a la altura de sus extraordinarias aptitudes y habilidades, y no se dio cuenta de algo de lo que podía no haberse dado cuenta cualquier otro jurista de reconocido prestigio.

En conclusión, la regulación legal de la prevaricación judicial en el Código penal de Guatemala es, desde nuestro punto de vista, una regulación adecuada, que, interpretada correctamente, posibilita otorgar a este delito un ámbito de aplicación razonable. Sin embargo, no debe olvidarse, como ya se ha señalado, que de nada sirve la regulación técnicamente más perfecta si al final se queda sobre el papel, condenada a la inaplicación, algo que no debería suceder.

Por lo que se refiere al Ministerio Fiscal (denominado Ministerio Público en Guatemala), de acuerdo con el art. 124 de la CE, el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia

²⁵ Sobre esta problemática, véanse, por ejemplo, CORCOY BIDASOLO, M. *El delito imprudente*, 2ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pp. 127 y ss; GUIASOLA LERMA, C. *La imprudencia profesional*, Valencia, 2005, en particular, pp. 42 y ss.

jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. Las normas básicas que rigen la Fiscalía española están previstas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). El Fiscal General es el director del Ministerio Fiscal y tiene autoridad en todo el territorio español. De acuerdo con el art. 124. 4 de la CE es nombrado a propuesta del Gobierno. Esto genera gran inquietud en cuanto al grado de independencia y autonomía operativa del MF, y más cuando el nombramiento recae en una persona próxima al Gobierno, como ha sucedido con la actual Fiscal General, que fue la anterior Ministra de Justicia de este Gobierno. Es esencial que a nivel del caso individual, el Ministerio Fiscal tenga suficiente autonomía para tomar decisiones independientes de la dirección ejecutiva o gubernamental. Y mucho más ahora que se está planteando atribuir a los fiscales la instrucción de las causas penales. De aprobarse esta reforma, el Ministerio Fiscal debe ser independiente como lo son los jueces de instrucción en España.

En lo que se refiere a la autonomía económica, el presupuesto del MF es parte del presupuesto del Ministerio de Justicia. El tema de la autonomía económica del Ministerio Fiscal es claramente un tema problemático. Debería haber, bien un presupuesto aparte para la Fiscalía o bien debería estar cubierto por una partida separada si siguiera siendo parte del presupuesto del Ministerio de Justicia. Asimismo, según las disposiciones existentes, le corresponde al Ministerio de Justicia decidir las asignaciones de personal en las distintas fiscalías, incluyendo las que están especializadas en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. El Fiscal General debería poder administrar su propia oficina.

Actualmente, el Fiscal General depende financieramente del Ministerio. Sin embargo, la autonomía de gestión representa una de las garantías de la independencia y eficiencia del Ministerio Fiscal.

El ingreso en la carrera fiscal muy similar a la carrera judicial, por lo que es muy exigente y el nombramiento es vitalicio. En cuanto a la promoción en la carrera sucede algo parecido que en la judicial. A nivel bajo y medio criterios objetivos y antigüedad, pero a niveles altos el Fiscal General y el Gobierno juegan un papel preponderante en el nombramiento de los altos cargos de la jerarquía y las fiscalías especializadas. Los fiscales son grandes profesionales y muy formados, pero su dependencia jerárquica con respecto a los superiores y el hecho de que el nombramiento de estos tenga tanta influencia el Gobierno es un importante problema.

Los fiscales están sujetos a un estricto régimen de incompatibilidades comparable al de los jueces y deben abstenerse por las mismas razones que los jueces: por ejemplo, parentesco, amistad o enemistad con las partes y participación en las etapas anteriores del litigio. Una persona física (una parte interesada en el caso en cuestión) puede pedir la

inhabilitación de un fiscal. Es responsabilidad del fiscal superior el reasignar el caso a otro fiscal.

Como era el caso para los jueces, la práctica de pedir u ofrecer dinero o costosos regalos a un fiscal no es ni común ni tolerada en España. Es prácticamente impensable. En cuanto a la responsabilidad penal, como los jueces, pueden incurrir en las diferentes figuras de corrupción pública (ej., incumplimiento del secreto profesional, cohecho...). Existen infracciones y sanciones disciplinarias similares a las de los jueces. Sin embargo, a diferencia de los jueces, no se prevé expresamente la prevaricación de los fiscales, aunque algunos han considerado que podría incluirse en la prevaricación administrativa. En cualquier caso, como se ha propuesto para los jueces, tampoco estaría de más la exigencia de presentación de declaraciones de bienes y financieras.

En conclusión, consideramos que el sistema judicial español, pese a los defectos que han sido puestos de manifiesto y que deben corregirse, tiene aspectos muy positivos que, con las debidas adaptaciones y matices, podrían mejorar de manera relevante la situación de Guatemala en materia de corrupción. En particular, el sistema general de acceso a la carrera judicial y fiscal, muy exigente, y el hecho de que obtienen una plaza fija para toda la vida y un salario no muy elevado, pero sí suficiente, limita enormemente las posibilidades de corrupción, aunque solo sea porque nadie, o prácticamente nadie, se va a arriesgar a perder un puesto de trabajo para toda la vida que le ha costado mucho esfuerzo obtener. El pacto tácito es el siguiente: quizá yo no te pago todo lo que merecerías, teniendo en cuenta tu esfuerzo, mérito, capacidad y cualificación, pero te garantizo un sueldo digno y un puesto de trabajo para toda la vida y, si lo realizas correctamente, puedes vivir tranquilo y no tienes de qué preocuparte. Ahora bien, si descubro que has cometido una grave irregularidad (ej., pedir u obtener dinero a cambio de dictar una resolución favorable) irremediamente te condenaré y te apartaré de la carrera judicial o fiscal. Si ese pacto se traslada al resto de los funcionarios judiciales y a la policía y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como sucede en España, la corrupción es estos ámbitos, al margen de índices de percepción social (pues no hay que confundir la percepción con la realidad) o del sensacionalismo por parte de algunos medios de comunicación, pasa a convertirse en algo excepcional. No creo que las leyes de Guatemala sean peores que las leyes de España, como lo hemos podido comprobar en materia de prevaricación o prevaricato judicial. Tampoco creo que los españoles sean ni más ni menos tramposos o deshonestos que los guatemaltecos, pero en España es prácticamente impensable que un policía, un fiscal o un juez pida o reciba dinero a cambio de adoptar una decisión favorable o de “mirar hacia otro lado” y eso, a mi juicio, se debe fundamentalmente al pacto mencionado. Creo que no es tan difícil de entender.

Derechos de Autor (c) 2022 Félix M^a. Pedreira González



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

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

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

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

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



Laicidad y objeción de conciencia en el Derecho y la jurisprudencia comparada**

*José Roberto Oviedo Soto**
Corte de Constitucionalidad
jr.oviedosoto@gmail.com

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.93>

** Los escritos publicados en la sección de aportes especiales no son sometidos al proceso de revisión por pares en modalidad doble ciego.

* Candidato a doctor en Derecho y Máster Universitario en Sociedad Democrática, Estado y Derecho, por la Universidad del País Vasco, España. Magíster Universitario de Investigación en Derecho, por la Universidad Rafael Landívar. Magíster en Derecho Constitucional, por la Universidad Rafael Landívar. Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Participante en el programa ejecutivo de Innovación en Liderazgo y Políticas Públicas por la Universidad de Georgetown, EUA. Letrado de Carrera de la Corte de Constitucionalidad y, actualmente, Secretario del Pleno de ese Tribunal.

Laicidad y objeción de conciencia en el Derecho y la jurisprudencia comparada

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.93>

José Roberto Oviedo Soto
Corte de Constitucionalidad
jr.oviedosoto@gmail.com

El concepto de laicidad hace alusión a la idea principal de separación de toda injerencia religiosa de las decisiones políticas que deba asumir el Estado en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales. En ese sentido se consideró importante realizar un estudio comparativo entre algunos ordenamientos jurídicos y de sus respectivos fallos judiciales que sientan criterios jurisprudenciales; ello, para verificar de qué manera se ha normado, o no, esa separación y cómo esa perspectiva jurídica normativa influye en las decisiones judiciales que resuelven determinados casos de trascendencia nacional y doctrinaria y, a su vez, cómo opera el derecho de objeción en la resolución de casos concretos dentro del marco de un Estado de Derecho.

Por ello, se estudiaron determinados ordenamientos jurídicos de la región latinoamericana (Chile, Costa Rica y Colombia) y, posteriormente, se hará referencia a la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha considerado, en algunos fallos, lo relativo al principio de separación Iglesia-Estado y al derecho humano de las personas a vivir conforme a sus principios de verdad personales y cómo los Estados que han aceptado su competencia contenciosa deben hacer acopio a lo dispuesto por ese tribunal regional.

1. La idea de laicidad en Chile

1.1 Perspectiva constitucional chilena

La Constitución Política de la República de Chile¹ no es expresa en indicar que el Estado chileno es laico; sin embargo, tal carta política en su artículo 19, numeral 6º, garantiza que *“La Constitución asegura a todas las personas: (...) La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por leyes y ordenanzas. Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, las*

¹ Junta de Gobierno. Constitución Política de la República de Chile. 1980.

leyes actualmente en vigor. Los tempos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones...”.

De tal cuenta, la Constitución chilena no es expresa en indicar que el Estado al que rige posee la calidad de laica. Por ello, se hará relación a determinado fallo emitido por el Tribunal Constitucional de Chile, en el que, sin ser objeto de principal análisis, se hizo referencia al principio de laicidad dentro del ordenamiento jurídico chileno y, así, sirvió de base para efectuar una decisión judicial de relevancia nacional.

1.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. Rol 3729-2017.

Una de las actividades jurisprudenciales del Tribunal Constitucional de Chile es la supervisión de que las normas de rango no constitucional sean congruentes con su ordenamiento jurídico de rango constitucional. De tal cuenta, si una norma ordinaria es contraria a su Constitución, ese Tribunal la expulsa de su ordenamiento jurídico nacional; *contrario sensu*, esto es, si la norma ordinaria es congruente con los postulados nacional, ese Tribunal mantiene la norma como vigente por ser, precisamente acorde a lo que establece la Constitución.

Así, en sentencia de veintiocho de agosto de dos mil diecisiete, el Tribunal Constitucional de Chile emitió sentencia (Rol 3729-2017), en el que analizó la posible inconstitucionalidad de norma jurídica ordinaria, específicamente de la ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, por tres causales específicas.

Concretamente la norma cuestionada de inconstitucional disponía:

*“Mediando la voluntad de la mujer, se autoriza la interrupción del embarazo por un médico cirujano, en los términos regulados en los artículos siguientes, cuando: La mujer se encuentre en riesgo vital, de modo que la interrupción del embarazo evite un peligro para su vida. 2) El embrión o feto padezca una patología congénita adquirida o genética, incompatible con la vida extrauterina independiente, en todo caso de carácter letal. 3) Sea resultado de una violación, siempre que no hayan transcurrido más de doce semanas de gestación. Tratándose de una niña menor de 14 años, la interrupción del embarazo podrá realizarse siempre que no hayan transcurrido más de catorce semanas de gestación (...) El Ministerio de Salud dictará los protocolos necesarios para la ejecución de la objeción de conciencia (...) La objeción de conciencia es de carácter personal y **en ningún caso** podrá ser invocada por una institución...”*² (Lo resaltado no aparece en el texto original y se realiza para fines ilustrativos de lo que se consignará en párrafos posteriores)

Los argumentos en la presentación de la acción de inconstitucionalidad realizada contra ese precepto normativo son, entre otros, que una norma jurídica no puede obligar a un médico y cirujano a que practique un aborto por esas tres causales pues, aun si se normara como legal, podría afectar la libertad de conciencia de esos profesionales en tanto

² Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2017. (Rol 3729-17). Pág. 4.

estimen el incorrecto proceder de tal actividad. Aunado a ello, se estimó que esa norma jurídica es contraria al derecho a la vida.

Específicamente, en cuanto a la libertad de conciencia, los accionantes indicaron que el precepto normativo cuestionado limita aquella garantía pues *“en el caso de que la mujer requiera atención médica inmediata e impostergable, invocando la primera causal y de no existir otro profesional de la salud no objetor que pueda realizar la intervención, como también si fuera inminente el vencimiento del plazo establecido para la tercera causal. Por ello resulta clara la intención del proyecto en orden a procurar el aborto directo, afectado el derecho fundamental a la libertad de conciencia de los profesionales de la salud en el artículo 19 No. 6º de la Constitución. Se está forzando, así, a estos profesionales a actuar en contra del juicio verdadero de sus conciencias, arraigado con certeza en sus convicciones más profundas, sean morales o religiosas, quienes pueden considerar intrínsecamente injusto privar directamente de la vida a un inocente no nacido. Con lo anterior y en necesaria consecuencia, se vulnera su derecho a ejercer la profesión médica conforme a la lex artis (...). Se reemplaza el juicio profesional, el que se somete a la voluntad de la mujer y su solicitud de ‘tratamiento’. (...) agregan que la conciencia es el aspecto más íntimo del pensar humana, no regulable por el derecho, al que sólo le corresponde su protección y asegurar que sea libre, incluso de la influencia del propio Estado. La regulación constitucional, en este apartado, permite que la objeción de conciencia encuentre el debido anclaje normativo. El proyecto de ley no respeta esta garantía fundamental, dado que conforme la regulación de su articulado, es llamado a participar el sistema personal sanitario y en instancias diversas a la meramente quirúrgica. Por lo anterior, la vulneración a la libertad de conciencia es socavada en un punto tal en que dicho derecho pierde su contenido esencial...”*³

Precisamente ese es el argumento que interesa para el objeto del presente artículo, en tanto que lo relevante es establecer cómo el Tribunal Constitucional de Chile se decantó para resolver ese punto jurídico en discusión. Aquí, vale la pena acotar que la argumentación jurídica juega un rol importante e interesante; ello, por razón de que en la medida en que los razonamientos sean mejor fundados, el fallo judicial será más convincente. De tal cuenta, se traerán a colación algunas consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional de Chile para resolver el caso puesto a su conocimiento y decisión.

Ese tribunal, al referirse al análisis de la objeción de conciencia en el proyecto de ley cuestionado, consideró que *“la objeción de conciencia, en la forma planteada por el proyecto de ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, debe entenderse amparada por la dignidad de las personas que –individualmente o proyectada en su asociación con otros- se niegan a practicar cierto tipo de actuaciones (la interrupción del embarazo), por razones éticas, morales, religiosas, profesionales u otras de señalada relevancia; (...) De esta forma, ninguna ley puede disponer de las personas como un medio; a un punto tal que incluso a costa de tener que enajenar las propias convicciones que la definen como persona, cual recurso humano, sea puesta a satisfacer los deseos, apetencia o necesidades de otros. Una alineación tal implica, entonces, despojar a los destinatarios de*

³ Ibid. Pág. 32-33.

la norma de su misma calidad de personas, e imponer la obediencia ciega frente a los dictados de una ley que desconoce el elemental derecho, a ampararse en las propias convicciones, para no llevar a cabo un acto que violente su conciencia (...). Que, así, es inconcuso que la objeción de conciencia puede ser interpuesta por las personas individuales; en tanto más cuando la Carta Fundamental asegura expresamente a todas las personas la libertad de conciencia (...) Que, no es menos evidente, asimismo, que la objeción de conciencia puede ser planteada legítimamente por sujetos jurídicos o asociaciones privadas...”⁴

La anterior consideración sirvió de base, no para declarar la inconstitucionalidad de precepto normativo que permite la interrupción del embarazo, pero sí para declarar la inconstitucionalidad respecto de la prohibición contenida en ese artículo en relación a que a la objeción de conciencia en ningún caso podría ser invocada por una institución para desacatar la solicitud de una mujer que quisiera interrumpir su embarazo. En ese sentido, en la parte resolutive de la sentencia objeto de estudio, el Tribunal Constitucional de Chile declaró inconstitucional *“la frase impeditiva ‘en ningún caso’ que se emplea entre ‘es de carácter personal y’ y ‘podrá ser invocada por una institución’...”*⁵. Por ello, el texto original del proyecto de ley, en lo que concierne a esto último, dejó de pretender regular que la objeción de conciencia es de carácter personal y **en ningún caso** podrá ser invocada por una institución, para regular que la objeción de conciencia es de carácter personal **y que podrá** ser invocada por una institución; ello, ante la petición de una mujer que voluntariamente deseara interrumpir su embarazo por las causas indicadas.

Vale acotar que el propio Tribunal Constitucional de Chile, al realizar consideraciones previas a la emisión del fallo que se analiza, indicó que la temática en discusión no era uno de poca relevancia, sino todo lo contrario, pues la decisión que se tomara debía realizar una interpretación comparando, por un lado, el derecho de la vida del que está por nacer y, por el otro, la manera de amparar los derechos de una mujer. Enfáticamente, indicó que no era viable evadir la decisión, aun y cuando era sabido que existían *“posiciones religiosas, valóricas y morales involucradas. Sin embargo, no vamos a decidir sobre la óptica de la religión, de la moral, de la política, sino que desde le perspectiva de la Constitución. Somos un Tribunal de Derecho y conforme a ello decidiremos (...) Este no es un debate entre buenos y malos, entre pecadores y justos, entre personas con y sin escrúpulos. Entre personas religiosas y otras que no lo son. No podemos interpretar la Constitución conforme esos parámetros...”*⁶

De lo anterior, puede advertirse que el propio Tribunal Constitucional de Chile entendía que el tema que había sido puesto a su conocimiento y decisión (aborto, interrupción del embarazo) era susceptible de mover las convicciones internas de la ciudadanía chilena; sobre todo, puesto que va íntimamente ligado a la comisión de un “pecado” que no tendría sanción o consecuencia jurídica alguna. Aun así, puede advertirse, de lo relatado en párrafos precedentes, que ese órgano jurisdiccional utilizando como

⁴ Ibid. Pág. 128-130

⁵ Ibid. Pág. 131.

⁶ Ibid. Pág. 39.

parámetro principal los postulados de su Constitución, logró emitir un fallo equilibrado, en tanto que, por un lado, reconoció el derecho de la mujer, en los casos expresamente regulados, a interrumpir la continuidad de la vida del *nasciturus* y, por el otro, garantizó el derecho de la objeción de conciencia para aquellas personas que, estimando que su participación directa en la práctica del aborto conculcaba sus más íntimas creencias y convicciones, omitían tal actuar, no en desobediencia de la ley, sino en orden a su sistema de conducta íntimo y personal. En ambos casos, puede advertirse que no se tomaron los parámetros religiosos en la toma de la decisión jurisdiccional, sino que, como se indicó, tomando como parámetro los estándares constitucionales, se logró un fallo equilibrado, reconociendo los derechos de las mujeres y de los objetores.

2. Costa Rica. Estado confesional

Se produce aquí un nuevo concepto: la confesionalidad. En ese sentido, un Estado confesional es aquel que desde su normativa jurídica reconoce, preferentemente, una ideología religiosa por sobre las demás, lo que implica, evidentemente, nuevos retos para la efectiva aplicación de los estándares plurales propios de los ideales republicanos y democráticos que son los que imperan en la región latinoamericana. En palabras de Javier Martínez-Torrón, el Estado confesional es la *“toma de posición explícita del Estado a favor de una determinada religión como a favor de una idea no religiosa”*⁷; de cualquier manera, la confesionalidad supone la preferencia expresa que el Estado realiza para decantarse por determinada ideología, religiosa o no (Para efectos del presente artículo se sostendrá la primera de las modalidades; es decir, la preferencia religiosa expresa por parte del Estado). Evidentemente la confesionalidad de un Estado conlleva nuevos valladares en el reconocimiento e implementación de ideas laicas.

2.1 La perspectiva constitucional costarricense.

La Constitución Política de Costa Rica⁸ es expresa en dar trato preferencial a una ideología religiosa por sobre las demás. Así, en su artículo 75 regula que *“La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.”* De tal cuenta, es de sumo interés establecer de qué manera el Tribunal Constitucional de Costa Rica ha interpretado este postulado constitucional, sobre todo, en tanto que una norma jurídica que da un trato exclusivo y preferente y que, incluso, faculta al Estado a contribuir con el mantenimiento de un pensamiento religioso específico, *prima facie*, no es congruente con los postulados de una República, en la que unos de sus principios fundantes es la igualdad y el reconocimiento de la pluralidad. (Nótese que tanto el concepto

⁷ Martínez- Torrón, Javier. El Estado confesional. Disponibilidad y acceso: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9711/CC_37_art_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y Fecha de consulta: 15 de julio de 2018.

⁸ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Costa Rica. 1949.

de concepto de confesionalidad como el de república coexisten en el mismo precepto normativo constitucional).

En ese sentido, se hará alusión a una sentencia dictada por la Sala Constitucional de Costa Rica, en la que se discute la compatibilidad de la confesionalidad reconocida en la Constitución en relación a los principios democráticos y republicanos dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

2.2 Criterio jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución No. 2023-2010.

Oportunamente y ante la Sala Cuarta Constitucional de Costa Rica, se planteó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 34, párrafo segundo, del Reglamento a Ley de Carrera Docente, Decreto Ejecutivo No. 2235-E-P de 14 de febrero de 1972. Vale acotar que por vía de una acción de inconstitucionalidad se pretende expulsar del ordenamiento jurídico un precepto normativo que contraría lo dispuesto en el Texto Constitucional, en el caso de estudio, costarricense.

La normativa reprochada de inconstitucional regulaba que para la selección del personal dedicado a la educación religiosa, un requisito indispensable lo constituía la autorización previa que debía extender la Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica de Costa Rica; ello, sin perjuicio de que la elaboración de las bases promedios ponderados para la selección del personal técnico, administrativo y docente, estaría a cargo de Jurados Asesores de la Dirección General de Educación.

En ese sentido, los promotores de la acción de inconstitucionalidad estimaban que tal regulación debía expulsarse del ordenamiento jurídico costarricense, por razón de que la aplicación de tal normativa discriminaba a todas aquellas personas que, aun teniendo las capacidades personales y académicas para el ejercicio del cargo de la enseñanza en el ámbito de la educación pública, no contarán con la denominada “*misio canónica*” o autorización de la Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica de Costa Rica, para el ejercicio de tal función pública.

Quienes plantearon la acción aludida dividieron sus argumentos en varios puntos. En primer lugar, indicaron que el precepto normativo cuestionado propiciaba la desigualdad entre la ciudadanía costarricense pero, en especial, entre los profesionales de enseñanza pública; ello pues, a su juicio, para el ejercicio del servicio civil en el ámbito de la educación, únicamente debía ser necesaria la demostración de idoneidad académica y profesional, pero no la incorporación a una denominación religiosa específica, pues la finalidad de las instituciones públicas estatales no es evangelizar en los centros educativos. Aún y cuando el artículo 75 constitucional (ya referido) reconoce la exclusividad de las creencias de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana, adujeron que la Constitución no le confiere potestad alguna para determinar qué personas deben formar académicamente la docencia religiosa en las instituciones públicas, en tanto que tal cuestión resulta grave para la libertad de enseñanza de las personas no católicas que eventualmente debían, también, formarse religiosamente

según sus propias creencias y, a la vez, de los profesionales educadores quienes ostentan de autonomía universitaria de conformidad con lo postulados constitucionales.

Como segundo punto, alegaron la violación al derecho de la libertad de enseñanza religiosa, puesto que de manera exclusiva el precepto cuestionado institucionaliza la enseñanza del catolicismo oficial, lo que, evidentemente, aducen, excluye una enseñanza verdaderamente objetiva de otras formas de pensamiento cultural y religioso, lo cual, a su juicio, es incongruente con el propio artículo 75 constitucional (ya antes transcrito) y el artículo 12, numeral 4, de la Convención Americana de Derechos Humanos que regula que los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Seguidamente, indicaron que el artículo reprochado fomenta el monopolio (prohibido constitucionalmente) a favor de la Universidad Católica de Costa Rica (de naturaleza privada), por cuanto que la autorización previa de la Conferencia Episcopal, necesaria para el ejercicio de la docencia, era expedida únicamente si la persona requirente había realizado su capacitación y formación en aquella casa de estudios.

Otro punto es cuestión, es que, a juicio de los promotores de la acción de inconstitucionalidad, el precepto normativo impugnado vulnera el derecho al trabajo, pues los docentes de religión, para el ejercicio de ese derecho, debían sujetarse a determinados requisitos que, a su parecer, resultan irrazonables e innecesarios de conformidad con el perfil ético y académico de las personas, lo cual, a su vez, contraviene lo dispuesto en el Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo, Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y educación, que prohíbe la discriminación, enfáticamente, cuando su objetivo sea alterar la igualdad de oportunidades en el trato del empleo.

Por último, indicaron que el artículo cuestionado vulnera la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia, la libertad de religión y la libertad de enseñanza que se cuentan garantizados en el texto constitucional costarricense y en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional de Costa Rica, debía realizar un análisis en el que ponderara la confesionalidad expresa constitucionalmente, en el sentido de que se daba un trato preferente y exclusivo a las doctrinas propias de la Iglesia Católica, por encima de aquellos otros pensamientos culturales o religiosos, en contraposición con otras libertades establecidas en su propia constitución y en convenios internacionales en materia de Derechos Humanos.

Es evidente que el Estado de Costa Rica, como se indicó, desde su perspectiva constitucional es uno confesional, es decir, que no puede considerarse un Estado laico en su sentido estricto. Por ello, la Sala Constitucional, para darle respuesta a la acción de inconstitucionalidad sometida a su conocimiento y decisión realizó un examen jurídico-constitucional en el que indicó que dentro de un Estado constitucional contemporáneo cualquier cláusula de confesionalidad debía interpretarse de manera restrictiva, en tanto impacta considerablemente la libertad religiosa, pues, aún y cuando el artículo 75

constitucional declara la confesionalidad estatal, también reconoce el libre ejercicio de otros cultos o prácticas religiosas que no contravengan la moral y la buena costumbre, lo cual es congruente con el artículo 28 del Texto Supremo costarricense que garantiza la libertad de opinión, de conciencia y de religión.

Aunado a ello, la Sala Constitucional realizó un análisis respecto del principio de la separación de la religión y de la educación, en el sentido de que la propia Constitución costarricense, en un título específico, regula lo relativo a la cultura y a la educación, y dentro del cual nada especifica respecto a la obligatoriedad del contenido religioso en la educación pública o privada, lo cual se traduce en que aunque exista una norma constitucional expresa respecto de la confesionalidad del Estado, ello no impone que el sistema de educación público o privado incluya contenidos religiosos sino que, en la garantía de los derechos de libertad y al valor de la tolerancia, es necesario el aseguramiento de la coexistencia pacífica y en armonía de la totalidad del conglomerado social, por lo que devenía indispensable que el sistema educativo costarricense fomentara el respeto y la neutralidad religiosa.

Precisamente, respecto del principio de la neutralidad religiosa, la Sala Constitucional consideró, de manera, por demás interesante, que lejos de que el sistema educativo fomentara la confesionalidad exclusiva de una religión, debía construir un ámbito de libertad y tolerancia religiosa; ello pues, desde la base de la Constitución costarricense (artículo 1 de la Constitución de Costa Rica), se fundó al Estado en la forma de una república, lo que supone la consagración, implementación y ejecución de todos los principios relacionados con aquella forma de gobierno, tal la secularización del ámbito público, dentro del cual se encuentra la esfera del sistema educativo. Como se indicó, la interpretación que, desde el concepto de república realizó la Sala Constitucional resulta de sumo interés por cuanto a través de los principios que le son propios (igualdad, tolerancia, libertad, etc.) devenía inviable la existencia de un precepto normativo contentivo de ideas contrarias a una sociedad democrática, pluralista y fomentadora de la desigualdad de personas en atención a sus convicciones, creencias o concepciones religiosas.

Luego, respecto de las normas internacionales que los accionantes estimaron vulneradas, la Sala Constitucional estimo que el hecho de que el artículo 75 constitucional afirmara a la religión católica como la oficial del Estado, no puede suponerse que los poderes del Estado, al prestar un servicio público como la educación deba, necesariamente, incluir una materia sobre tal creencia religiosa; ello, pues de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esto es, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros, la educación debe proyectarse desde la perspectiva libre y pluralista. En ese sentido, la Sala consideró que *“Entender que en la educación pública la materia de religión debe versar, exclusivamente, sobre la católica, apostólica y romana, por el carácter confesional del Estado costarricense, lesiona, gravemente, valores y principios constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como la igualdad, la dignidad humana, el libre y pleno*

desarrollo de la personalidad, el pluralismo ideológico y confesional, la aceptación de la diversidad, la tolerancia, la comprensión, el entendimiento, la amistad y coexistencia pacífica que debe imperar entre los grupos religiosos, la justicia y la propia libertad religiosa o de culto...”⁹

De tal cuenta, y luego de realizar las consideraciones analizadas precedentemente, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional el precepto normativo cuestionado por cuanto, a pesar de la confesionalidad expresa respecto del Estado y la Iglesia Católica, contenía alcances que conculcaban los valores y principios constitucionales tales como la libertad religiosa, la separación entre la esfera educativa y la neutralidad que en el ámbito educativo debe promover el Estado.

Enfáticamente, la Sala consideró que por razón de que el artículo tachado de inconstitucional ordena la autorización previa de la Conferencia Episcopal de la Iglesia Católica en Costa Rica para la selección de personas dedicadas a la enseñanza religiosa, es evidente que la educación en tal sentido se enfocaría, con exclusividad, a la formación de un solo pensamiento religioso, con exclusión de los demás, lo cual resulta contrario a los preceptos, valores y principios constitucionales de una república en democracia pues *“Ni el constituyente originario o derivado ni el texto constitucional, señalan que la educación religiosa debe centrarse, exclusivamente, en la religión católica, el carácter confesional del Estado no habilita para establecer esa premisa inconstitucional. Incluso, la legislación ordinaria, de manera congruente, con la libertad religiosa enunciada en el texto constitucional y los principios constitucionales de separación de la órbita religiosa y educativa y de neutralidad estatal en el ámbito educativo, hace referencia a una enseñanza religiosa pluriconfesional que fomente la tolerancia, el respeto de la dignidad humana, la igualdad y de los derechos fundamentales y humanos, (...). La enseñanza religiosa en escuelas y colegios, como toda la educación, debe estar orientada, según los imperativos constitucionales y del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos, a fomentar entre los educandos el respeto por los derechos fundamentales y humanos, la tolerancia, el respeto de la dignidad humana y de la diversidad religiosa, la interdicción de cualquier discriminación por razón religiosa o de otra índole, la amistad, el entendimiento y la comprensión entre los diversos grupos religiosos, la paz y la justicia. Estos fines no se logran en el marco de una sociedad democrática y pluralista si se entiende y se emiten normas jurídicas que pretenden imponer una enseñanza religiosa enfocada, exclusivamente, sobre un credo religioso determinado, por cuanto, se excluye a todos aquellos menores de edad y jóvenes que no lo profesan. No constituye una solución congruente con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se le garantice a los padres o representantes del menor o del joven la facultad de no asistir a las lecciones de una religión específica, puesto que, todo menor o joven tiene derecho a recibir enseñanza religiosa según sus propias creencias o desde una perspectiva ecuménica. Adicionalmente, el artículo 34, párrafo 2°, del Reglamento de Carrera Docente, al delegar en un órgano de la Iglesia Católica, Apostólica y Romana la posibilidad de obtener autorización para impartir lecciones de religión, discrimina a todos aquellos docentes o educadores que no*

⁹ Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia de 2 de febrero de 2010. (Res. 2023-2010). Pág. 64

profesan esa religión y tienen otro credo. Adicionalmente, a ese colectivo de docentes que practican otro culto diferente del católico, se les lesiona sus derechos de acceder a un cargo público (...) y de contar con una ocupación honesta y útil... ”¹⁰.

De tal manera, la Sala Constitucional de Costa Rica, aún y con la formulación constitucional expresa respecto de la confesionalidad del Estado de Costa Rica, logró declarar la inconstitucionalidad del precepto normativo reprochado, realizando una interpretación armónica de la totalidad de su Texto Supremo y analizando los principios propios de una república democrática contemporánea, en la que debe prevalecer, por mencionar algunos, la igualdad, el respeto, la tolerancia y el principio de pluralismo, desarrollados en determinados Convenios y Tratados en materia de Derechos Humanos.

3. Objeción de conciencia. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia

3.1 Maco constitucional colombiano

La Constitución Política de Colombia garantiza, en su artículo 2, que las autoridades de la República de Colombia¹¹ están instituidas para proteger la vida, bienes, honra, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y los particulares.

En ese sentido, y en garantía de la protección de las creencias del pueblo colombiano, el artículo 19 del Texto Supremo garantiza la libertad de cultos, al establecer que todas las personas pueden profesar, de manera libre, su religión y ejercer su difusión personal o colectivamente. Por su parte, el artículo 18 de tal Constitución, regula “*Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie podrá ser molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.*”

De lo anterior, puede advertirse un panorama general de los postulados constitucionales que regulan y garantizan lo relacionado a la libertad religiosa y la objeción de conciencia, como elementos de configuración de un estado laico colombiano. Aunado a ello, cabe destacar que, en la totalidad del texto supremo de Colombia, no se hace mención alguna a determinada denominación religiosa con derechos preferentes sobre las demás, lo que, evidentemente, denota un carácter de cumplimiento al principio de separación del Estado de la Iglesia.

De tal cuenta, para la verificación de la aplicación de tales puntos se hará alusión a determinado fallo de la Corte Constitucional de Colombia en la que se discuten aspectos relacionados con lo redactado en líneas precedentes.

3.2 Sentencia T-259/17 de la Corte Constitucional de Colombia

¹⁰ Sala Constitucional de Costa Rica. *Op. Cit.* Pág. 66-67.

¹¹ Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existen determinados mecanismos procesales para que las personas puedan acudir ante los órganos jurisdiccionales para la exigencia de respeto a sus derechos constitucionales. Uno de esos mecanismos es la denominada “tutela” que tiene como propósito garantizar el efectivo cumplimiento, por parte del aparato estatal, de la totalidad de los derechos establecidos en la Constitución Política de Colombia.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia, en el ejercicio de la jurisdicción constitucional, luego de analizadas las peticiones formuladas en el sentido indicado en el párrafo que precede, estima la viabilidad, o no, de otorgar tutela cuando, a su juicio, el actuar de determinada autoridad pública ha vulnerado algún derecho consagrado en el texto constitucional.

En el caso objeto de análisis, una persona, de sexo masculino, promovió acción de tutela, señalando como autoridad reclamada al Ejército Nacional de Colombia, por la presunta conculcación, entre otros, de su derecho a la objeción de conciencia. En tal acción, el ciudadano señala como acto vulnerador la falta de resolución, por parte de aquella autoridad, a ser declarado exento de prestar servicio militar obligatorio por razón de la creencia que, en su religión, se practica para la abstención en el uso de armas.

Los hechos que producen el acto reclamado en la acción de tutela se resumen así: **a)** el ciudadano, de veinte años de edad, inició los trámites para definir su situación militar; **b)** desde el inicio de tales diligencias, el accionante manifestó su objeción de conciencia, por lo que solicitó la exoneración de prestar servicio militar obligatorio; sin embargo, tal solicitud no ha sido resuelta; **c)** el accionante pertenece y es miembro activo de determinada Iglesia de denominación cristiana pentecostal y señaló que, en su condición de persona cristiana, es inviable la utilización de armas por razón de que eventualmente puede hacerle daño a otras personas, lo que, es contrario a su pensamiento y creencias religiosas, y **d)** luego de las actuaciones de trámite administrativo, la autoridad cuestionada le informó al accionante que su solicitud no había sido validada por razón de la ausencia en la presentación de determinada documentación que confirmara lo dicho en la literal anterior. El accionante aseguró haber entregado cuanto soporte estimó necesario a efecto que el Ejército colombiano le exonerara su participación obligatoria en el ente de milicia en garantía de su derecho constitucional de objeción de conciencia.

Vale acotar que, como medio de comprobación para la consecución de la tutela, el accionante, entre otros documentos, aportó copia del certificado emitido por un pastor y en el que se constata que el accionante asiste activamente a determinada Iglesia Cristiana Pentecostal, junto a su familia, y en el que, a la fecha de la presentación de la acción de tutela, ejercía como pastor titular de la sede eclesiástica ubicada en Campoalegre, Huila, Colombia.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia debía establecer si, tal como lo estima el accionante, el Ejército Nacional le ha vulnerado, entre otros, el derecho de objeción de conciencia, al no definir con claridad su estatus dentro del Ejército Nacional de Colombia

o si, por el contrario, sus aseveraciones no constituían fundamento suficiente para la consecución de la exoneración en la prestación de los servicios en milicia.

En este punto, es necesario acotar que el artículo 216 de la Constitución Política de Colombia, establece que *“todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y de las instituciones públicas (...) La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”*. De manera tal que el Tribunal Constitucional debía realizar una interpretación armónica de dos preceptos constitucionales en cuestión; el primero, que garantiza el derecho a la objeción de conciencia; el segundo, que exige a los colombianos la toma de armas en casos de necesidad pública.

De tal cuenta, debe hacerse acopio de la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional de Colombia ha sentado en materia de objeción de conciencia, específicamente, en los casos de servicios militares obligatorios, en los que, vale acotar, las leyes ordinarias no incorporan, como causal de exclusión, el derecho de objeción de conciencia para la exención del servicio militar.

Así, la línea jurisprudencial al que se hizo alusión ha sido conteste en considerar desde el año 2009 que *“pese a la ausencia de una regulación concreta y específica sobre el derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio, como causal de exención, ésta puede alegarse en cualquier momento, pues se trata de una garantía de naturaleza fundamental y de carácter permanente, que responde al derecho que tiene toda persona de ‘no ser obligado a actuar en contra de su conciencia’...”*¹²

Y fue precisamente esa postura jurisprudencial la que dio sustento a la decisión judicial que se analiza; sin embargo, para robustecer la motivación del fallo, la sentencia realiza una interesante acotación respecto del derecho a la objeción de conciencia, específicamente por cuanto consideró que, para el ejercicio de tal garantía, no es suficiente su invocación, sino que deviene necesaria la demostración de que la creencia y convicción es profunda y sincera. Para el efecto, la sentencia trajo a cuenta que el objetor tiene una serie de obligaciones a seguir: a) que sus creencias y convicciones formen parte integral de su vida, de sus decisiones y apreciaciones; esto es, que no sean superficiales; b) que sus creencias y convicciones sean fijas; es decir, no modificables fácilmente, y c) que sus creencias y convicciones sean honestas, y no falsas, acomodaticias o estratégicas.

De tal cuenta que, una vez demostrados tales aspectos, las autoridades colombianas tienen la obligatoriedad de garantizar el derecho de objeción de conciencia; ello, aun y cuando las leyes ordinarias no lo contemplen como causal para la omisión de un actuar ciudadano, en tanto que, desde el orden constitucional e internacional, ha de respetarse la postura moral, religiosa, humana o filosófica de las personas.

Finalmente, y luego de las consideraciones pertinentes, la Corte Constitucional de Colombia garantizó el derecho de objeción de conciencia y, para el efecto, indicó que *“El derecho a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio, como causal de*

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 28 de abril de 2017 (T-259/17). Pág. 8.

exención, puede alegarse en cualquier momento. En este trámite, el objetor debe demostrar las manifestaciones externas de sus convicciones y/o creencias y que estas son profundas, fijas y sinceras y a la autoridad militar.... Finalmente, verificó que la objeción de conciencia alegada por Johan Estiven Gracia Cocoma se configura en una exención para prestar el servicio militar obligatorio, al demostrar que sus creencias religiosas son externas, profundas, fijas y sinceras y, en consecuencia, el ejercicio de las actividades y deberes propios del referido servicio van en contra de sus convicciones...”¹³

De ahí que pueda apreciarse que el Tribunal Constitucional colombiano, aún y cuando su ordenamiento constitucional contenía dos supuestos contrapuestos –el servicio militar obligatorio y el derecho de objeción de conciencia–, logró garantizar, con una motivación jurídica suficiente, un derecho constitucional sobre la imposición, de rango constitucional, que obligaba a una persona a actuar contra sus propias convicciones.

4. Libertad de conciencia en el sistema interamericano

La Convención Americana de Derechos Humanos¹⁴, es un instrumento internacional que contiene un catálogo de derechos humanos que deben ser respetados por los Estado que han ratificado su validez. A su vez, tal instrumento da origen a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que es un órgano jurisdiccional regional que protege, entre otros, los derechos establecidos en la convención antedicha.

En ese sentido, tal órgano jurisdiccional regional, a lo largo de su existencia ha emitido una serie de fallos cuyo contenido ha resultado de sumo interés, sobre todo, por las consideraciones e interpretaciones que realiza respecto de los derechos humanos establecidos en la convención. Por ello, es importante resaltar que dicha convención, en su artículo 11 garantiza el derecho a la honra y a la dignidad en el sentido de que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...”*; por su parte, el artículo 12 de ese instrumento internacional, al regular lo relativo al derecho de libertad de conciencia y religión, establece que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias...”*.

De esa manera, puede advertirse que incluso lo relacionado a las ideas religiosas, las convicciones e incluso la honra de la vida privada con objeto de protección internacional en tanto se considera que su ejercicio es un derecho inherente a las personas humanas. Por ello, se hará alusión a determinados pronunciamientos de la Corte Interamericana de

¹³ Ibid. Pág. 17-18.

¹⁴ Organización de Estados Americanos. Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José. 1978.

Derechos Humanos en la que ha realizado consideraciones referentes, tanto a la libertad religiosa, como la libertad y objeción de conciencia, dentro de un Estado de Derecho.

4.1 Criterio jurisprudencial interamericano

Como cuestión inicial se hará referencia a la sentencia dictada en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en la cual se realizó un interesante pronunciamiento sobre la manera en que los Estados deben garantizarle a las personas su derecho de poder vivir según sus propias convicciones.

En tal sentido, para fines de ilustración y análisis se hace alusión a que, en la parte considerativa del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación al caso en referencia, se indicó que *“El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones...”*¹⁵

Así, se advierte que incluso a nivel interamericano se han realizado argumentaciones tendientes a garantizar que ninguna actividad estatal pueda, de manera forzosa, exigirle a una persona que se comporte de manera contraria a sus propias convicciones pues, de acaecer esa exigencia, se estaría vulnerando el derecho de auto determinación y a vivir según sus creencias. **Las creencias, como ya antes se había indicado, incluye lo relativo a cuestiones religiosas, morales, filosóficas o humanas, de tal manera que el Estado queda imposibilitado a ejercer potestades que equiparen la aceptación, por parte de una persona, de determinada práctica o actividad que sea contraria a sus convicciones personalísimas.**

En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso denominado *la Última tentación de Cristo vs. Chile*, consideró que *“La protección del derecho a esta libertad es la base del pluralismo necesario para la convivencia en una sociedad democrática que, como toda sociedad, se encuentra integrada por individuos de variadas*

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 142.

convicciones y creencias; c. conforme al artículo 12 de la Convención, ‘el Estado debe tomar las medidas necesarias y proporcionales para que las personas que profesan públicamente sus creencias conduzcan sus ritos y lleven a cabo su proselitismo dentro de los límites que razonablemente puedan imponerse en una sociedad democrática’. Esta norma exige abstención estatal de interferir de cualquier modo la adopción, el mantenimiento o el cambio de convicciones personales religiosas o de otro carácter...”¹⁶

Así, se advierte que un Estado democrático, respetuoso de la pluralidad propia de una sociedad, no se encuentra avalado para exigir a las personas que adecuen su comportamiento en manera distinta a la que personalmente consideren viable. Las convicciones, como se indicó, al ser de carácter personalísimas, determinan el actuar del ser humano y es precisamente el Estado, como ente de inclusión y de respeto, quien debe velar para que tales convicciones no sean conculcadas por decisiones públicas que orienten a una persona a actuar contra su propio convencimiento interno.

Un Estado laico, respetuoso de la pluralidad social y consiente de la no uniformidad de pensamiento en el conglomerado humano, debe caracterizarse por garantizar la libertad, lo cual implica que a nadie se le obligue a profesar determinada creencia religiosa, así como que a nadie se le imponga actuar contra sus propias convicciones.

Bibliografía

1. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. 1991.
2. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de la República de Costa Rica. 1949.
3. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de 28 de abril de 2017.
4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas),
6. Junta de Gobierno. Constitución Política de la República de Chile. 1980.
7. Martínez- Torrón, Javier. El Estado confesional. Disponibilidad y acceso: https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9711/CC_37_art_11.pdf?sequence=1&isAllowed=y Fecha de consulta: 15 de julio de 2018.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 74

8. Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia de 2 de febrero de 2010. (Res. 2023-2010).
9. Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia de 28 de agosto de 2017. (Rol 3729-17).

Derechos de Autor (c) 2022 José Roberto Oviedo Soto



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

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

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

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

ARTÍCULOS

El ejercicio del control constitucional a través de la interpretación

The exercise of constitutional control through interpretation

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.79>

Herbert Rocael Girón Lemus*
Universidad Francisco Marroquín
hgiron@ufm.edu

ENVIADO EL 25 DE MAYO DE 2022
ACEPTADO EL 4 DE OCTUBRE DE 2022
PUBLICADO EL 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

La técnica constitucional tiene una perspectiva doble, según la etapa y órgano que la desarrolla. Así, se habla de técnica constitucional de creación ejercida por el poder constituyente y la técnica constitucional de interpretación y aplicación ejercida por el poder constituido. Es a través del control de constitucionalidad, encomendado a los órganos jurisdiccionales, como ambas facetas de la técnica constitucional se conjugan, toda vez que, a través de la interpretación y aplicación de la norma constitucional, el

Abstract

Constitutional technique has a double perspective, depending on the moment and government body that develops it. Thus, it exists the constitutional technique of creation, developed by the constituent power and the constitutional technique of interpretation and application, developed by the constituted power. It is through the control of constitutionality, entrusted to the jurisdictional bodies, that both facets of the constitutional technique are combined, since, through the interpretation and application of the constitutional norm, the

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

juez constitucional verifica la conformidad de las normas infra constitucionales con los parámetros dados por el poder constituyente a través de su técnica constitucional.

constitutional judge verifies the conformity of the legal norms with the parameters given by the constituent power through its constitutional technique.

Palabras claves: Técnica constitucional; interpretación constitucional; interpretación conforme.

Key words: *Constitutional technique; constitutional interpretation; interpretation according to the constitution.*

El ejercicio del control constitucional a través de la interpretación

The exercise of constitutional control through interpretation

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.79>

Herbert Rocael Girón Lemus
Universidad Francisco Marroquín
hgiron@ufm.edu

Sumario

1. El control de constitucionalidad. 2. El control del poder constituyente derivado. 3. El control constitucional ejercido a través de la interpretación. 4. La Corte de Constitucionalidad y su jurisdicción privativa. 5. La interpretación conforme a la constitución como nuevo paradigma.

Introducción

La técnica constitucional tiene una perspectiva doble, según la etapa y órgano que la desarrolla. Así, se habla de técnica constitucional de creación ejercida por el poder constituyente y la técnica constitucional de interpretación y aplicación ejercida por el poder constituido. Es a través del control de constitucionalidad, encomendado a los órganos jurisdiccionales, como ambas facetas de la técnica constitucional se conjugan, toda vez que, a través de la interpretación y aplicación de la norma constitucional, el juez constitucional verifica la conformidad de las normas infra constitucionales con los parámetros dados por el poder constituyente a través de su técnica constitucional.

Sin embargo, el control constitucional ha entrado en una crisis desde la perspectiva del principio democrático. La soberanía popular manifestada a través de las asambleas legislativas ha puesto de relieve la necesidad de conciliar la legislación con la constitución y preferir esto antes de expulsarlas del ordenamiento jurídico. Así, los órganos jurisdiccionales a través de técnicas propias de la hermenéutica tal y como lo es la interpretación conforme, ejercen su función de control de constitucionalidad mitigando el riesgo de incurrir en la paradoja del control del guardián de la Constitución.

En el presente trabajo se analiza la interrelación que existe entre la técnica constitucional de creación de normas y la técnica de interpretación de estas a cargo de los tribunales constitucionales. Ello implica a su vez la relación que existe entre el poder constituyente y el poder constituido. En este trabajo también se analizan las críticas que los tribunales constitucionales han sufrido desde la perspectiva de la crisis del principio democrático, principalmente en aquellos sistemas de control concentrado.

El objetivo de este trabajo es analizar la relación que existe entre el control constitucional y la hermenéutica jurídica desde el enfoque de la función que ejercen los órganos jurisdiccionales en

el Estado democrático actual. Esto también con el propósito de estudiar la naturaleza de la interpretación conforme a la Constitución, como una alternativa para el ejercicio del control constitucional y que a su vez pueda conciliarse con el principio democrático y la separación de poderes.

Así, en este trabajo se presenta a la interpretación conforme a la Constitución como una alternativa idónea para la auto limitación del poder que ejerce el juez constitucional en su función de control. Con esta alternativa puede armonizarse el rol de los órganos jurisdiccionales en el Estado democrático con la función legislativa, lo que a su vez permite dar una solución al dilema del control hacia el guardián constitucional.

Para el desarrollo de esta investigación se han empleado principalmente los métodos analítico e inductivo. Con el primero de ellos se analiza la función de los tribunales constitucionales y la hermenéutica constitucional, a través de la descomposición de sus elementos y estructuras esenciales. Con el segundo método, se alcanzaron las conclusiones generales a partir de la utilización de dichos elementos y estructuras básicas como premisas. Todo ello ha permitido establecer la relación que existe entre la hermenéutica y el control constitucional.

Este trabajo se ha dividido en cinco apartados interrelacionados. En el primero se trata la naturaleza del control constitucional y los alcances de este, para así introducir el tema del segundo apartado que corresponde al control del poder constituyente derivado. Como tercer apartado se aborda la incidencia de la hermenéutica jurídica en el ejercicio del control constitucional, lo cual se complementa con el cuarto apartado, mismo que analiza la naturaleza de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y su jurisdicción privativa. Finalmente, el quinto apartado presenta la interpretación conforme a la constitución como una alternativa moderada al ejercicio del control constitucional.

1. El control de constitucionalidad

La técnica constitucional versa sobre la creación y determinación de las normas constitucionales a través del poder constituyente. Sin embargo, la interpretación constitucional también forma parte de esa técnica, la cual esencialmente es ejercida por los poderes constituidos. En este apartado se pretende crear un puente entre ambas manifestaciones de la técnica constitucional, lo que puede lograrse a través del control de constitucionalidad de las normas, mismo que requiere de la interpretación para ejercerse.

Se ha afirmado por Nogueira Alcalá (2017) que el poder constituyente es una fuerza originaria, extraordinaria e ilimitada que pertenece a la sociedad y que requiere de tales caracteres para poder dictar las normas de organización y funcionamiento del Estado, desde su perspectiva política y jurídica. Por su naturaleza, también se ha sustentado que este es un poder supremo e ilimitado, al menos desde una perspectiva jurídica, toda vez que es la esencia de la manifestación del poder popular, congruente con el principio democrático.

La técnica constitucional se encuentra inmersa en este poder constituyente, ya que es la manera en que el mismo se canaliza, para darle una organización ordenada a la comunidad. El poder constituyente es la fuerza política y normativa ejercida por el soberano. La técnica constitucional de creación de normas es la metodología y guía a través de la cual se ejerce dicho poder para dar la creación de las normas fundamentales que organizan la comunidad desde su perspectiva política y jurídica.

Claro está que el poder constituyente es ilimitado desde la perspectiva que tiene encomendado la organización, desde cero, de la comunidad social y no existen precedentes respecto a cómo debe ser ejercido dicho poder. Pero ello no implica que este poder constituyente tenga limitaciones, toda vez que según Oyarte (1998) límites y limitaciones no son sinónimos. El primer término hace referencia al campo respecto al cual se ejerce el poder, mientras que el segundo se refiere a los obstáculos que a dicho poder se le pueden imponer en el ejercicio de su aplicación.

Así, mientras que el campo de actuación del poder constituyente es amplio e ilimitado, toda vez que le corresponde la fundación y organización de la comunidad política y social; las limitaciones son las que se le imponen a través de la técnica constitucional de creación de normas, en virtud de que esta sirve de parámetro y guía para encausar el ejercicio de dicho poder y evitar que el mismo sea desordenado, incongruente y con lagunas. Las limitaciones a través de la técnica constitucional se convierten en un aspecto necesario para garantizar los caracteres de plenitud, coherencia y unidad del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la técnica constitucional no se limita a la creación de las normas, sino que también abarca la interpretación de las normas constitucionales y ello se garantiza a través del control de constitucionalidad, toda vez que este consiste en verificar la congruencia entre la norma infra constitucional con la Constitución. De esta manera también se vela por el principio de supremacía constitucional e indirectamente se garantiza también la congruencia, unidad y plenitud del ordenamiento jurídico, caracteres eminentes del iuspositivismo, pero que tienen su razón de ser en la técnica constitucional de creación de normas.

Guastini (2012) reconoce que todo Estado democrático requiere de órganos encargados de ejercer el control constitucional sobre los actos de poder, especialmente los que provienen del legislador. Este autor indica que, en el Estado democrático, esta función ha sido encomendada a los órganos que ejercen funciones jurisdiccionales, ya que es a través de la interpretación y aplicación de las normas, que logran determinar si el contenido de estas es congruente o no con la Constitución.

El control constitucional por tanto lo ejercen jueces, quienes son funcionarios que emiten resoluciones de forma independiente e imparcial respecto a la constitucionalidad de la legislación. Para ejercer este control, los jueces no solamente deben interpretar las leyes, sino también la constitución para así conocer el alcance de esta. Por ello la interpretación se ejerce en una doble vía e implica una actividad intelectual necesaria y previa al control constitucional.

La técnica constitucional también se refiere a la interpretación de la constitución y esta, a diferencia del poder constituyente, es ejercida por un poder constituido de naturaleza jurisdiccional y que sí cuenta con límites y limitaciones que previamente fueron impuestos por el soberano al determinar el contenido y alcance de las normas constitucionales. Existen al menos dos sistemas de control constitucional principales, los cuales son el control difuso y el control concentrado, siendo la diferencia el órgano jurisdiccional que tiene encomendada esta función como los efectos del ejercicio de esta función.

Algunos autores sin embargo consideran que, en todo Estado constitucional moderno, dado que el principio jurídico de la supremacía constitucional se encuentra inmerso en los valores de dicho Estado, todo juez es de naturaleza constitucional porque vela para que se respete el principio que la constitución prevalece sobre cualquier norma infra constitucional (Díaz, 2016). Si bien esta afirmación en parte es verídica, no es del todo acertada, toda vez que un aspecto es velar por la supremacía constitucional y otro distinto es a través de qué medios se lleva a cabo tal empresa, lo cual es el elemento diferenciador entre los sistemas de control constitucional.

Así, mientras que en el sistema de control difuso el efecto principal es la inoponibilidad normativa, es decir la no aplicación de la norma infra constitucional al caso concreto por ser contraria a la Constitución; con el control concentrado el efecto es la derogación o expulsión del ordenamiento jurídico de dicha norma contraria a la Constitución. Probablemente sea el sistema de control difuso el que menos críticas ha recibido, toda vez que al no ejercer el órgano jurisdiccional un poder equivalente al de un legislador soberano, no se ha cuestionado fuertemente esta facultad desde la óptica de la separación de poderes y el principio democrático.

No está de más mencionar que los órganos jurisdiccionales no se conciben en su origen democrático, sino más bien aristocrático, tanto por las cualidades de sus miembros como por los mecanismos de designación y nombramiento. Por ello, en los sistemas de control concentrado, se critica fuertemente que un órgano de esta naturaleza pueda derogar el fruto del consenso de un órgano político eminentemente democrático y representativo, como lo es el parlamento.

La solución para solventar estas críticas ha sido la auto limitación de los órganos jurisdiccionales conocido también en el derecho anglosajón como el *judicial self restraint*, lo cual conlleva a una medida en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales para evitar contrariar el principio de separación de poderes (Bercholz, 2017). De esta manera, el órgano jurisdiccional debe ejercer su control y poder no de forma extensiva sino más bien restrictiva y limitarla solamente a aquellas situaciones en donde la vulneración constitucional de la norma sea eminente.

Por último, Guastini (2012) resalta la importancia de preferir un balance de poderes a una estricta separación de poderes. Esto porque el balance permite la imposición de contrapoderes que sirven para limitarse recíprocamente y así garantizar de forma más eficiente la protección de los derechos fundamentales. Por el contrario, con una estricta separación de poderes, estos contrapesos se ven eliminados al igual que las garantías que el ciudadano puede tener para el reclamo ante las vulneraciones a sus derechos.

Lo cierto es que el control constitucional es indispensable para garantizar el principio de supremacía constitucional, como también para asegurar la unidad, plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, sobre todo si se considera a la Constitución como la norma suprema del Estado. El control constitucional, además, es la manera a través de la cual el poder constituido competente verifica el cumplimiento de la técnica constitucional en cuanto a su interpretación, toda vez que otorga certeza respecto al alcance de las normas constitucionales y garantiza que las normas infra constitucionales sean acordes a dicho alcance.

2. El control del poder constituyente derivado

Cuando se habla del poder constituyente, surge la idea del carácter ilimitado de este. Sin embargo, cuando se analiza el poder constituyente desde la perspectiva de la técnica constitucional, también surge el cuestionamiento respecto a qué tipo de poder constituyente se hace referencia. Esto toda vez que el poder constituyente es dual, en el sentido que es originario, pero también puede ser derivado, sin que ello implique confundirlo con el poder constituido. El poder constituyente derivado es aquel que permanece de manera latente y que se presencia únicamente cuando la reforma constitucional se hace necesaria.

La reforma constitucional, al igual que la fundación y organización del Estado, es una manifestación de la técnica constitucional. El poder constituyente originario se encarga de la organización política y jurídica del Estado. El poder constituyente derivado tiene encomendado

mantener dicha organización actualizada y congruente con el contexto social y cultural, caso contrario puede colocarse en riesgo la estructura constitucional del Estado. Por ello es un poder latente, toda vez que, si bien la constitución tiene una aspiración de rigidez y aplicabilidad a largo plazo, dicho poder lo garantiza a través de efectuar los ajustes pertinentes hacia tales objetivos.

Sin embargo, por su misma naturaleza este poder no es ilimitado, deriva de la constitución y los parámetros dados por el poder constituyente originario. Está subordinado al mismo y se encuentra limitado al único propósito de reformar y actualizar la constitución (Oyarte, 1998). Como bien lo indica Nogueira Alcalá (2017), este poder opera entre la necesidad de conciliar la estabilidad y rigidez constitucional con la inminente necesidad de adaptarse a los cambios sociales y culturales, en aras de evitar la pérdida de legitimidad de la Constitución.

Dentro de los factores que la técnica constitucional toma en consideración para la creación de normas se encuentra el contexto social, político y cultural de la comunidad. Estos elementos, como bien se abordó al inicio de este capítulo, dotan de legitimidad al texto constitucional y refuerzan los argumentos para favorecer su aplicabilidad normativa y su supremacía en el ordenamiento jurídico. Cuando los valores y contexto social y cultural cambian, la Constitución debe adecuarse a ello so pena de perder ese elemento de legitimidad, con las consecuencias negativas que de ello devendría.

El principio democrático y el principio de supremacía constitucional caracterizan al Estado constitucional moderno. A través del primero se fundamenta por qué el pueblo debe ser el titular del poder constituyente originario (Gutiérrez, 2017). Consecuencia de ello, el poder constituyente derivado, al ser el encargado de actualizar el texto constitucional también debe ser ejercido por el pueblo y, para ser congruente con el principio democrático, la reforma suele hacerse a través de asambleas nacionales

Bien lo indica Hernández (2015) al señalar que el poder constituyente derivado tiene también un origen directo de la propia soberanía popular, toda vez que es a través de las asambleas constituyentes como se ejerce. Es importante aclarar que, incluso en los sistemas a los que se le permite al poder legislativo llevar a cabo las reformas constitucionales, el mismo lo hace en ejercicio del poder constituyente derivado y no como un poder constituido. Adicionalmente, en la mayoría de los Estados, este tipo de reformas requieren de una aprobación directa del pueblo a través del mecanismo del referéndum, como es el caso de Guatemala.

Debido a que el poder constituyente derivado no es ilimitado, se infiere que el mismo tampoco escapa del control constitucional. Surge así una paradoja que coloca en crisis al constitucionalismo contemporáneo, toda vez que un poder constituido, como lo son los órganos jurisdiccionales, es capaz de controlar un poder constituyente que deviene de la misma soberanía popular. A pesar de lo contradictorio que ello podría parecer, la justificación se encuentra en la naturaleza del poder constituyente derivado, mismo que al no ser ilimitado y estar delimitado por los parámetros constitucionales, requiere de un guardián encargado de velar por esta conformidad.

La clave para comprender esta aparente contradicción se encuentra también en lograr diferenciar la naturaleza del poder originario y el derivado. El originario, como se ha visto, no está sujeto a límites, pero si a limitaciones dadas por la técnica constitucional (De Vega, 2006). El poder derivado, por el contrario, está limitado específicamente a la reforma constitucional y en ese sentido, tiene como límites los propios principios y valores constitucionales, como también aquellos límites que el poder originario expresamente impone como pueden ser las normas constitucionales pétreas.

Guastini (2007) ha reconocido que el poder de reforma constitucional siempre se encuentra delimitado por la constitución, aún ante la ausencia de limitaciones expresas. Así, los principios supremos de la constitución y las garantías individuales sirven como límites implícitos al poder constituyente derivado. Estos valores tienden a ser inmutables, toda vez que la misma constitución es el resultado del consenso entre diversos sectores sociales que lograron conciliar los valores y principios dominantes y plasmarlos con ánimo de inmutabilidad en el texto constitucional (Hernández, 2015).

No obstante, si bien estos principios y valores tienden a ser inmutables, el alcance de estos sí puede variar y de ahí deviene la necesidad de reforma constitucional. Sin embargo, esta reforma constitucional siempre debe ser acorde a la esencia de estos valores y además seguir con los procedimientos establecidos por la misma Constitución. De ahí deviene que, como lo indica Nogueira Alcalá (2017), la reforma será legítima solamente cuando tanto sus fines como medios coincidan con el principio político democrático y el jurídico de supremacía constitucional.

Cuando se habla de las limitaciones al poder constituyente derivado, es indispensable tratar también la rigidez de la Constitución, aspecto que es independiente al principio de supremacía constitucional. La rigidez, como lo indica Brewer-Carías (2005) consiste en la previsión de procedimientos específicos en la propia constitución para llevar a cabo su reforma, mismos que por su naturaleza tienden a ser complejos en comparación con los procedimientos legislativos de revisión de normas infra constitucionales.

Así, el poder de reforma constitucional es un poder limitado a la revisión y actualización del texto constitucional y delimitado por los parámetros formales y materiales que la misma constitución impone (Nogueira Alcalá, 2017). Por su limitación, es indispensable el ejercicio del control sobre ese poder de reforma. Nogueira (2006) indica que este control es el idóneo para resguardar estos límites formales y materiales en todo proyecto de reforma constitucional. La necesidad del control del poder es característica del constitucionalismo, por lo que es congruente con ello que el poder constitucional derivado también esté sujeto a este.

Independientemente de que el poder constituyente derivado sea encomendado directamente al pueblo soberano, a asambleas constituyentes, o bien a órganos representativos de la sociedad que ejercen un poder constituido, como lo es el Congreso o Parlamento; lo cierto es que este poder siempre está limitado y por ende sujeto al control (Brewer-Carías, 2005). La manera de garantizar el control sobre este poder de reforma es a través del órgano que tiene encomendado ejercer el control constitucional dentro del Estado democrático moderno, es decir, los órganos jurisdiccionales (Hernández, 2015). Así es como un poder constituido controla un poder constituyente, pero dicho control está justificado por el propio principio de supremacía constitucional y el rol de los jueces constitucionales.

El principio de supremacía constitucional motiva a que ninguna manifestación de poder que derive de la propia Constitución pueda ser contrario a esta (Brewer-Carías, 2005). El poder de reforma constitucional, a derivar de esta, tampoco escapa de esta necesidad de control. Por lo tanto, los órganos a los que se les ha encomendado ejercer el control constitucional, que según el sistema serán los jueces ordinarios o bien los jueces constitucionales, deben cumplir con el mandato de garantizar que las reformas sean acordes a los límites formales y materiales impuestos por el poder constituyente originario (Nogueira, 2006).

No puede negarse que la idea que un poder constituido sea capaz de controlar a un poder constituyente genere una crisis para la concepción del Estado constitucional moderno. Sin embargo,

la crisis se supera en virtud de los principios democrático y de supremacía constitucional sobre los cuales se cimenta el Estado constitucional moderno. Además, el control del poder constituyente derivado también es una manifestación de la técnica constitucional en cuanto a su esfera interpretativa, toda vez que esta es indispensable para someter al control constitucional los proyectos de reforma.

3. El control constitucional ejercido a través de la interpretación

Corresponde ahora tratar a la técnica constitucional específicamente desde su manifestación aplicativa, lo que se logra a través de la hermenéutica e interpretación constitucional. Sin embargo, el propósito de este apartado no es solo abordar la interpretación constitucional, sino a su vez conjugarla con la técnica constitucional de creación de normas, es decir, el poder constituyente. Esto se logra a través del análisis del papel que la interpretación juega en el ejercicio del control constitucional y la conformidad que las normas infra constitucionales deben tener respecto a la Constitución.

Sin perjuicio de la concepción valorativa de la constitución, debe reconocerse que al menos dentro de los Estados que cuentan con una Constitución escrita, esta se concibe como un texto compuesto por frases y términos de naturaleza semántica y que, por la propia naturaleza de vaguedad y ambigüedad del lenguaje, requiere constantemente de ser interpretada para comprender el sentido y alcance de sus disposiciones (Díaz, 2016). Al igual que otro texto jurídico, la Constitución debe ser interpretada, sin embargo, por su especial naturaleza, se debe tomar en consideración otras situaciones que la diferencian del resto del ordenamiento.

En primer lugar, no debe perderse de vista que, por su naturaleza organizativa y política, los enunciados de la Constitución tienden a ser generales o bien suele acudir al empleo de términos indeterminados en su redacción, por lo que la determinación de estos es labor del intérprete constitucional (Eguiguren, 2008). Desafortunadamente, las controversias en cuanto a su interpretación surgen cuando no existe un acuerdo unívoco respecto a la determinación que se le puede dar a sus enunciados y términos (Quiroga, 1983). De esta manera la interpretación constitucional se torna compleja y a la vez necesaria.

Como lo indica Díaz (2016), la complejidad y especialidad de la interpretación constitucional se encuentra en la susceptibilidad del desarrollo infinito que se le pueden dar a sus términos generales e indeterminados, como también la multiplicidad de alcances que se le pueden otorgar por parte del órgano encargado de la aplicación de la Constitución. Conviene aclarar que si bien la Constitución faculta al órgano estatal encargado de consensuar la voluntad general, es decir el Congreso, a desarrollar su contenido normativo, ello no implica negar el carácter normativo de la Constitución y la posibilidad de aplicarla directamente.

Otra consideración importante respecto a la Constitución es que la misma no se limita a establecer preceptos normativos, sino que su esencia radica en establecer los principios y valores que inspiran a todo el ordenamiento jurídico y político del Estado (Guastini, 2007). La misma amplitud de la Constitución no solo deviene de sus conceptos indeterminados sino también de la naturaleza axiológica de su contenido, aspecto que torna complejo el proceso interpretativo (Quiroga, 1983). Sin embargo, ello no es excusa para dejar a un lado la función interpretativa como manifestación de la técnica constitucional.

La interpretación constitucional también es necesaria para garantizar la estabilidad de la constitución, toda vez que, a diferencia de las normas infra constitucionales, aquella está predeterminada a perdurar a lo largo del tiempo y ser más estable que el resto del ordenamiento jurídico por su naturaleza organizativa (Guastini, 2007). Como lo indica Brewer-Carías (2005), es a través de la interpretación como, sin necesidad de una reforma o revisión formal, la Constitución puede adaptarse al contexto social y cultural cambiante.

Sin embargo, desde la perspectiva de la separación de poderes, una interpretación que haga incurrir en una mutación constitucional también es un fenómeno fuertemente criticado. No debe negarse la necesidad de adaptabilidad de la constitución y cómo la interpretación constitucional puede favorecer ello sin recurrir a la reforma constitucional (Guastini, 2007). Sin embargo, tampoco debe descuidarse la necesidad del intérprete constitucional de evitar incurrir en arbitrariedades al ejercer su función.

El control constitucional es ejercido a través de la interpretación, toda vez que el juez constitucional interpreta tanto la constitución como las normas infra constitucionales para determinar si estas últimas son acordes o no a los principios y valores constitucionales (Eguiguren, 2008). El control de constitucionalidad, encomendado a los órganos jurisdiccionales en virtud del principio democrático del Estado moderno, requiere de la interpretación para llevarse a cabo. Así, el juez constitucional, para ser el guardián del principio de supremacía constitucional, interpreta.

Sin embargo, esta función interpretativa también debe estar sujeta a limitaciones, caso contrario surge la paradoja de quien controla al guardián de la supremacía y orden constitucional. Como lo indica Da Silva (2005), la interpretación y el ejercicio del control constitucional siempre involucra una fricción entre el poder legislativo y el poder judicial, toda vez que este último es el que, al darle el alcance a las disposiciones normativas del legislador, puede variar el contenido y finalidad de estas para adecuarlas, sea de forma deliberada o inconsciente, al parámetro de constitucionalidad.

Dentro de la concepción del Estado constitucional democrático, corresponde al poder legislativo al ser el representante del pueblo soberano, dictar las normas necesarias para el desarrollo de los preceptos constitucionales. Al juez, por el contrario, se le encomienda estrictamente la función de aplicación de estas normas legales. No obstante, en el caso del juez constitucional esta labor se amplía a velar por el control que sobre dichas disposiciones normativas debe efectuar para determinar su conformidad con los parámetros formales y materiales de la Constitución.

Otra complejidad que se suma a la interpretación constitucional radica en que, en el ejercicio de su función, el juez constitucional debe ser consciente del impacto político que sus resoluciones tendrán, principalmente en aquellos sistemas de control concentrado en el cual el efecto de las resoluciones se asimila a las de un legislador negativo. La misma generalidad e indeterminación del contenido de las normas constitucionales fomenta esta situación, toda vez que, al concretizarse a través de la interpretación, el impacto trasciende de la esfera jurídica.

Así Díaz (2016) sostiene que, si bien el juez constitucional decide las controversias a través de la interpretación jurídica, no debe dejar a un lado el impacto y las consecuencias que dichas resoluciones pueden tener en el ámbito político. Como se indicó previamente, el control constitucional puede generar una pugna entre el poder legislativo y el judicial, desde la perspectiva de la separación de poderes y el principio democrático. No obstante, tampoco puede negarse la necesidad de ejercer el control constitucional, por lo que la solución se encuentra en la armonización más que en la pugna entre estos aspectos.

Como lo indica Bercholz (2017), se debe preferir la armonización de las disposiciones infra constitucionales con la constitución y evitar excederse en su función de legislador negativo, principalmente en los sistemas de control concentrado. Así, la autolimitación en el ejercicio de sus funciones que el mismo juez constitucional se impone se ha visto como una manifestación del *judicial self-restraint* y una garantía al principio democrático del Estado constitucional moderno (Carpio, 2008). En otras palabras, el control constitucional no debe ejercerse indiscriminadamente so pena de generar una crisis y la paradoja del control del guardián constitucional.

Así, el juez constitucional debe evitar, en su función interpretativa, crear roces innecesarios con el legislador, lo cual está fundamentado en el hecho que, en la mayoría de las ocasiones, la interpretación de una norma puede dar lugar a diversas aproximaciones, siendo preferible aquella armonice con el texto constitucional (Da Silva, 2005). Para Espinosa-Saldaña (2006), las sentencias interpretativas pueden ser un medio idóneo para tal fin, toda vez que el efecto de estas no radica en la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, sino más bien en declarar la manera en que debe ser interpretada la norma infra constitucional para que sea acorde al texto de la Constitución.

En conclusión, el control constitucional requiere de la interpretación, toda vez que el órgano encargado de ejercer esta función es de naturaleza jurisdiccional. No obstante, dado que el ejercicio del control implica también un poder, el mismo debe ejercerse de forma mesurada y en congruencia con el principio democrático que caracteriza al Estado constitucional moderno. De esta manera se mitiga el riesgo de la paradoja del control del guardián constitucional sin descuidar la necesidad de velar por el orden y supremacía constitucional.

4. La Corte de Constitucionalidad y su jurisdicción privativa

Un aspecto importante para resaltar es el papel que el juez constitucional ejerce en aquellos sistemas concentrados de control constitucional, toda vez que por los efectos de sus resoluciones se le ha tendido a conocer también como un legislador negativo, con las críticas que de ello deviene en la esfera del principio democrático y la separación de poderes.

Bien es sabido que la mayoría de los Estados se han decantado por los sistemas de control constitucional difuso o concentrado (Storini y Escudero, 2011). Ambos sistemas se basan en la función que ejerce el órgano jurisdiccional para velar por el principio de supremacía constitucional a través de la adecuación de las normas infra constitucionales a los parámetros materiales y formales de la Constitución. Sin embargo, la diferencia principal radica en que, en los sistemas de control concentrado, el órgano jurisdiccional que ejerce esta función es único y sus resoluciones tienen el efecto de una función derogatoria de las normas contrarias a la constitución.

Se sabe que Hans Kelsen fue uno de los más álgidos promotores y partidarios del sistema de control concentrado, como el mecanismo idóneo para garantizar el principio de supremacía constitucional y controlar así la función del legislador (Martínez, 1995). Sin embargo, este sistema no escapa de críticas fundamentadas en el principio democrático y el papel que el juez jurisdiccional debe tener desde la perspectiva de la separación de los poderes.

El sistema de control concentrado se fundamenta en la necesidad que exista un órgano jurisdiccional especializado en la protección de la constitución y el principio de supremacía constitucional. Este órgano especializado es el tribunal constitucional o, Corte de Constitucionalidad en el caso de Guatemala, cuya función esencial es velar por la defensa de la Constitución y el orden constitucional (Storini y Escudero, 2011). Así, el tribunal constitucional se convierte en el guardián de

la constitución, mismo que a través de su función estrictamente jurisdiccional, lleva a cabo la ejecución de su función y atribuciones.

Sin embargo, esta concepción miope deja a un lado la relevancia que el tribunal constitucional tienen desde la perspectiva política, toda vez que según se ha indicado, las decisiones jurídicas del juez constitucional necesariamente tienen un impacto político dada la naturaleza de la constitución. Sin embargo, cuando se habla de un sistema de control concentrado, el impacto de dichas resoluciones trasciende aún más, toda vez que, en ejercicio de su función, este órgano que carece de legitimación democrática puede derogar aquello que fue producto del consenso de un órgano democrático y representativo, entendiéndose el Parlamento o Congreso.

Serrano (2007) considera que no debe olvidarse que la función del juez constitucional está limitada a la interpretación y aplicación de las normas constitucionales para construir sobre esa base principios interpretativos y argumentativos que no implican la creación de normas, al ser esta una función exclusiva del legislador. Sin embargo, si bien para los sistemas de control difuso esta aseveración puede ser adecuada, no ocurre lo mismo con los sistemas de control concentrado, toda vez que el rol que adopta el juez constitucional es el de un legislador negativo, capaz de derogar normas dictadas por el Parlamento.

En el caso de Guatemala, García Laguardia (2012) manifiesta que una de las novedades más notorias de la actual constitución política fue la creación de la Corte de Constitucionalidad, órgano jurisdiccional colegiado de carácter permanente y de jurisdicción privativa. Al hablar de jurisdicción privativa, se hace referencia a la función propia y exclusiva de la Corte de Constitucionalidad para velar por la defensa del orden constitucional a través de su función jurisdiccional, aspecto que la diferencia de otros órganos jurisdiccionales y que la hace coincidente con la función propia de un sistema concentrado de control.

Por privativo, según el *Diccionario de la Lengua Española* (2021) debe entenderse aquello que es propio, peculiar y que es singularmente de alguien o algo y no de otros. Es decir, se refiere a una cualidad de exclusividad y especialidad. La Corte de Constitucionalidad tiene una jurisdicción privativa, toda vez que le corresponde con exclusividad la función jurisdiccional de carácter constitucional y no tiene competencia respecto a otras ramas del derecho.

Es oportuno aclarar que la exclusividad no se refiere a la defensa de la constitución y el principio de supremacía constitucional, toda vez que, en Guatemala a diferencia de otros Estados, cuenta con una amalgama de sistemas de control constitucional, lo que clasifica a este sistema como ecléctico o mixto. En otras palabras, en Guatemala no solo se reconoce el control constitucional concentrado, el cual sí es exclusivo de la Corte de Constitucionalidad, sino también el sistema de control difuso, toda vez que todos los órganos jurisdiccionales deben velar por el principio de supremacía constitucional.

La jurisdicción privativa en Guatemala por tanto radica en la defensa de la Constitución a través del control concentrado de constitucionalidad. Dado el carácter y naturaleza de este órgano jurisdiccional, para evitar la vulneración del principio democrático y de separación de poderes, se ha considerado que el mismo no puede actuar de oficio, pese a que la continuación de los procesos no requiere la intervención de parte interesada. No obstante, García Laguardia (2012) manifiesta que, en un fallo histórico, la Corte de Constitucionalidad actuó de oficio al declarar inconstitucionales las disposiciones normativas presidenciales que vulneraban el orden constitucional.

En conclusión, el control concentrado de constitucionalidad es una manifestación de la técnica constitucional de interpretación y aplicación de las normas. Sin embargo, dado los efectos de las resoluciones que emanan de este tipo de órganos jurisdiccionales, es necesario sujetar las mismas a controles y parámetros para mitigar las consecuencias de la paradoja del control del guardián constitucional. Así, estos parámetros pueden ser impuestos por la misma constitución como también por el mismo juez constitucional a través del *judicial self-restraint*.

5. La interpretación conforme a la constitución como nuevo paradigma

Se ha discutido respecto a las críticas a la función del control constitucional desde la perspectiva del principio democrático y la separación de poderes. Se ha cuestionado si, principalmente en los sistemas de control constitucional concentrado, la expulsión del ordenamiento jurídico de normas que hacen los jueces constitucionales vulnera o no con la función legislativa que es propia de los parlamentos y asambleas nacionales. Se ha criticado también si en ejercicio de su función, el juez constitucional contribuye con la paradoja del control del guardián constitucional.

Sin embargo, también se ha sustentado que la función interpretativa que se pone de manifiesto a través del ejercicio del control constitucional es una manifestación de la técnica constitucional. Sobre todo, se ha puesto de manifiesto cómo es que tanto la técnica de creación de normas constitucionales, a cargo del poder constituyente y la técnica de aplicación e interpretación de dichas normas, a cargo de jueces constitucionales, están íntimamente relacionadas; lo que hace concluir que la técnica constitucional es solo fenómeno que puede comprenderse desde dos perspectivas, según sea el órgano que la materializa.

Corresponde en este apartado responder a las críticas que derivan de la función del control constitucional a través de la interpretación que ejercen los órganos jurisdiccionales y, principalmente, el juez constitucional. Para ello, se hace referencia a la interpretación conforme a la Constitución como el nuevo paradigma que deviene de la crisis del constitucionalismo moderno, así como el impacto que esta tiene desde el enfoque del principio democrático y de separación de poderes del Estado.

Conviene aclarar que la interpretación conforme a la Constitución es una corriente cuyas raíces no se hayan en el sistema de derecho civil romano canónico, sino más bien de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que se basa en la necesidad de interpretar sus normas infra constitucionales en armonía con la Constitución. Así, es una técnica de interpretación sustentada en la conciliación entre los valores y principios constitucionales con las normas legales (Miranda y Navarro, 2014).

La interpretación conforme a la Constitución se basa en el presupuesto lógico que la Constitución no solo es un parámetro de validez formal del ordenamiento jurídico, sino también material (Quiroga, 1983). Es decir, las normas que conforman el ordenamiento jurídico deben ser acordes con los principios y valores constitucionales, siendo estos un límite sustancial para el legislador, quien no debe emitir normas contrarias a dicha perspectiva axiológica (Guastini, 2012). Sin embargo, existen situaciones donde se puede detectarse una aparente pugna entre las normas infra constitucionales y la Constitución. En estos casos, el juez constitucional debe reaccionar conforme a su función de control constitucional.

Nótese que se ha hecho referencia al término de aparente pugna en lugar de una pugna real. Ello deriva a que existe consenso mayoritario en la doctrina respecto a que, ante situaciones

evidentes de pugna o vulneración del principio de supremacía constitucional, el juez constitucional debe inaplicar o expulsar del ordenamiento jurídico la norma infra constitucional. Sin embargo, cuando lo que existe es una pugna aparente, el consenso no es en ese sentido, toda vez que para no vulnerar el principio democrático y de separación de poderes, sobre todo en los sistemas de control concentrado, lo que debe preferirse es una interpretación armonizadora y conciliadora.

La interpretación conforme a la constitución pretende garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico sin vulnerar el principio de separación de poderes (Sorrenti, 2014). La misma se fundamenta en la necesidad de restringir o limitar el poder del juez constitucional para que se abstenga de declarar la inconstitucionalidad de una norma infra constitucional, en el supuesto en que la vulneración a la supremacía constitucional no sea evidente (Carpio, 2008). Esa vulneración no será evidente en aquellas situaciones donde la norma infra constitucional admite diversas interpretaciones, siendo una de ellas más acorde a la constitución que las otras.

De ahí deviene la importancia que la interpretación tiene en el ejercicio del control constitucional. Es a través de la interpretación como el propio juez constitucional puede auto limitarse en el ejercicio de su función, al preferir aquella interpretación de la norma legal que es más acorde a la Constitución sobre aquella que no lo es; lo cual incide en la toma de decisión respecto a declarar o no inconstitucional la referida norma legal.

Así, la interpretación conforme a la Constitución se convierte en una manifestación del *judicial self-restraint*. Como lo indica Guastini (2007), esta doctrina se fundamenta en el principio democrático del Estado constitucional moderno, toda vez que implica una deferencia que el juez constitucional hace respecto a la función del legislador y la legitimidad democrática de la cual este goza en comparación a la propia. Por tal razón esta doctrina se materializa en este caso con la máxima que una ley no debe ser declarada contraria a la Constitución, salvo en aquellos casos donde la incompatibilidad y vulneración sea evidente.

Fernández Cruz (2016) considera que la interpretación conforme a la constitución funciona como un mecanismo corrector de aquellas normas legales que admiten una interpretación múltiple, en el sentido que garantiza que sea preferida y empleada aquella interpretación que sea armónica con la constitución y no aquella que implica una vulneración a la misma. Claro está que, si la vulneración es evidente, la interpretación conforme a la Constitución no tiene cabida y, por el contrario, implicaría una vulneración a la función del juez constitucional.

El presupuesto de la interpretación conforme a la Constitución es una norma legal que admita más de una interpretación (Da Silva, 2005). Si ello no es así, automáticamente queda descartada esta técnica hermenéutica. El siguiente paso es determinar si entre las múltiples interpretaciones existe alguna que permita armonizar el contenido de la norma con los principios y valores constitucionales. Si ello es posible, el resultado de la función del juez constitucional debe ser una declaratoria en el sentido de indicar cuál es la interpretación idónea, aspecto que se asimila pero que no implica necesariamente de una sentencia interpretativa.

Se vio previamente que las sentencias interpretativas son aquellas que, en lugar de declarar la inconstitucionalidad de una norma, lo hacen respecto a una forma de interpretación de esta. Sin embargo, estas sentencias no son indispensables para llevar a cabo una interpretación conforme a la constitución. Si bien pueden coincidir, no son conceptos interdependientes. La única similitud que existe entre ambos conceptos, como lo manifiesta Fernández (2017), es que con estas se pretende evitar dictar una sentencia de inconstitucionalidad, con los efectos negativos de estas desde la perspectiva del principio democrático.

La lógica intrínseca en la técnica de interpretación conforme a la constitución radica en que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes debe ser ejercida de forma mesurada para evitar arbitrariedades y vulneraciones desde la perspectiva de la separación de poderes (Carpio, 2008). Así, si un precepto normativo admite una interpretación que es armónica con la Constitución, debe preferirse esta antes de optarse a su declaratoria de inconstitucionalidad.

De igual manera, la interpretación conforme a la constitución parte del supuesto de la presunción de constitucionalidad de las disposiciones constitucionales, aspecto que también se ha manifestado con el aforismo *in dubio pro legislatore* (Serrano, 2007). De esta manera, en lugar de tenerse una desconfianza intrínseca respecto a la labor del legislador, se debe presumir que este actúa siempre de conformidad con los parámetros de validez formal y material dados por la Constitución. Solo cuando la contravención es eminente, deberá ejercerse el control constitucional con efectos derogatorios.

El carácter de unidad del ordenamiento jurídico también es congruente con la técnica de interpretación conforme a la Constitución, toda vez que este carácter implica una visión piramidal del ordenamiento jurídico, a través del cual la Constitución es el fundamento y las demás normas deben ser acordes a la misma (Da Silva, 2005). Bajo esta perspectiva, la interpretación conforme lo que pretende es que, ante la situación en la cual una norma infra constitucional pueda adoptar diversas significaciones, se prefiera aquella que es acorde a la base del ordenamiento jurídico.

Con la interpretación conforme a la Constitución lo que se pretende es reducir esas tensiones entre el órgano que detenta el poder judicial y el poder legislativo, que son inherentes a la función del control de constitucionalidad (Fernández, 2017). Esto a su vez es congruente con el principio democrático del Estado constitucional moderno, lo que permite garantizar también la limitación del poder a través del *judicial self-restraint* y el principio de separación de poderes.

De esta manera se verifica que la técnica constitucional, desde la dimensión de aplicación e interpretación de las normas, está encomendada a un poder constituido que ejerce funciones jurisdiccionales a través del sistema de control de constitucionalidad. Sin embargo, este poder como cualquier otro también debe estar sujeto a limitaciones. No obstante, por la naturaleza del órgano que ejerce el control, la auto limitación se convierte en el mecanismo idóneo de control, siendo la interpretación conforme a la constitución una técnica hermenéutica idónea para tal fin.

Conclusión

La interpretación y aplicación de las normas constitucionales es una manifestación propia de la técnica constitucional. Además, la interpretación es el presupuesto para que el juez constitucional lleve a cabo su función de control de constitucionalidad de las normas infra constitucionales. De esta manera, a través del ejercicio de esta función se conjugan las facetas de creación e interpretación que son propias de la técnica constitucional. No obstante, como cualquier otro poder público, el control constitucional debe estar sujeto a límites. Por la naturaleza del juez constitucional, la auto limitación o *judicial self-restraint* se convierte en el medio idóneo, siendo la interpretación conforme a la constitución una herramienta para ello. De esta manera se mitiga la paradoja del control del guardián constitucional y se garantizan los principios propios del constitucionalismo moderno tales como la supremacía constitucional, la separación de poderes y el principio democrático.

Referencias

- Bercholz, J. (2017). Las sentencias interpretativas y el control de constitucionalidad. Su utilización por el Tribunal Constitucional de España. *Revista Brasilia*, Núm. 54, 31-48.
- Brewer-Carías, A. (2005). La reforma constitucional en América Latina y el control de constitucionalidad. *Congreso sobre Reforma Constitucional y Control de Constitucionalidad*, Pontificia Universidad Javeriana, 1-62.
- Carpio, E. (2008). Interpretación conforme con la constitución y las sentencias interpretativas (con especial referencia a la experiencia alemana). *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 155-174.
- Da Silva, V. (2005). La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 12, 3-28.
- De Vega, P. (2006). La reforma constitucional como defensa de la constitución y de la democracia. *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonomico*, 1-27.
- Díaz, F. (2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Núm. 37, 9-31.
- Eguiguren, F. (2008). Las sentencias interpretativas o “manipulativas” y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 321-345.
- Espinosa-Saldaña, E. (2006). Sentencias interpretativas: Sus alcances y algunas reflexiones sobre su uso a la luz de la experiencia peruana. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 203-220.
- Fernández Cruz, J. (2016). La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual. *Revista Ius et Praxis*, Núm. 2, 153-188.
- Fernández, J. (2017). La interpretación conforme con la constitución en los límites del mandato de certeza. *Revista Chilena de Derecho*, 44(3), 653-675.
- García Laguardia, J. (2012). La justicia constitucional en Guatemala. El estatuto del juez constitucional: asignatura pendiente. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 475-488.
- Guastini, R. (2007). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. España: Editorial Trotta.
- Guastini, R. (2012). El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 3, 3-12.
- Gutiérrez, W. (2017). El poder constituyente frente al poder constituido en la reforma y la interpretación constitucional boliviana. *Revista Jurídica Derecho*, 6(7), 1-13.
- Hernández, R. (2015). Reforma constitucional y control de constitucionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 143, 833-850.
- Martínez, A. (1995). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 9-32.
- Miranda, J. y Navarro, P. (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica*, 13(26), 69-80.

- Nogueira Alcalá, H. (2017). Poder constituyente, reforma de la constitución y control jurisdiccional de constitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 36, 327-349.
- Nogueira, H. (2006). Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 435-455.
- Oyarte, R. (1998). Limite y limitaciones al poder constituyente. *Revista Chilena de Derecho*, Número Especial, 65-84.
- Quiroga, A. (1983). La interpretación constitucional. *Escritos de Derecho Constitucional - Selección*, 33-57.
- Serrano, F. (2007). La interpretación conforme a la Constitución. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 2-13.
- Sorrenti, G. (2014). La interpretación conforme a la Constitución en el ordenamiento italiano: Estado de la cuestión. *Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 2, 1-20.
- Storini, C. y Escudero, J. (2011). El control de constitucionalidad en el nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Revista General de Derecho Público y Comparado*, Núm. 9, 1-33.

Derechos de Autor (c) 2022 Herbert Rocaél Girón Lemus



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

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

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

[Resumen de licencia](#) - [Texto completo de la licencia](#)

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

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



La perspectiva de género y el lenguaje inclusivo en las constituciones de Latinoamérica

The gender perspective and the inclusive language in the constitutions of Latin America

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.81>

Lina María Muralles Orellana*
Corte de Constitucionalidad
linamuralles@gmail.com

ENVIADO EL 3 DE JUNIO DE 2022
ACEPTADO EL 5 DE OCTUBRE DE 2022
PUBLICADO EL 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

Realizar un análisis desde la perspectiva de género o enfoque de género en el Derecho Constitucional comparado permite advertir cómo la legislación en distintos países latinoamericanos ha venido evolucionando, transformándose para ser más inclusiva, mediante la incorporación en los textos constitucionales de la perspectiva de género y con ello la aplicación en su redacción del lenguaje inclusivo de género, reconociendo de forma directa a las mujeres como sujetas de derechos dentro de los mismos, eliminando disposiciones discriminatorias a través de la implementación de lenguaje inclusivo.

Palabras clave: Perspectiva de género o Enfoque de género, derecho constitucional, constitución, constituciones de

Abstract

Carrying out an analysis from the gender perspective or gender approach in comparative Constitutional Law allows us to see how the legislation in different Latin American countries has been evolving, transforming itself to be more inclusive, through the incorporation of the gender perspective in the constitutional texts and with For this reason, the application of gender-inclusive language in its wording, directly recognizing women as subjects of rights within them, eliminating discriminatory provisions through the implementation of inclusive language.

Key words: Gender perspective or gender approach, constitutional law, constitution, Latin American constitutions, human rights,

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

Latinoamérica, derechos humanos, igualdad, *equality, equity, women, androcentrism,*
equidad, mujeres, androcentrismo, lenguaje *inclusive language.*
inclusivo.

La perspectiva de género y el lenguaje inclusivo en las constituciones de Latinoamérica

The gender perspective and the inclusive language in the constitutions of Latin America

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.81>

Lina María Muralles Orellana
Corte de Constitucionalidad
linamuralles@gmail.com

Sumario

Introducción – 1. Enfoque de género en el Derecho Constitucional comparado en Latinoamérica – 2. Conclusiones

Introducción

El camino hacia el reconocimiento de las mujeres como sujetas de derecho ha sido arduo y fatal para muchas de las feministas que han luchado por esa visibilización y relevancia que las mujeres merecen en la sociedad, en la política, en la cultura, en la justicia, en las normas, entre otros ámbitos de sus vidas.

Revistiendo de gran importancia la reivindicación de los derechos humanos de las mujeres en las normas fundamentales de los Estados, debido a que son las constituciones las cuales establecen los principios y garantías que serán irradiadas a las demás leyes que rigen en un país, y por medio de los cuales se deben interpretar las demás disposiciones.

Es por ello que el presente ensayo versa sobre el enfoque de género en las constituciones políticas nueve Estados de Latinoamérica, tanto de la región centroamericana como de América del Sur, que la escritora considero de suma importancia analizar, siendo estos: Guatemala, Nicaragua, Costa Rica, México, Chile, Colombia, Venezuela, Bolivia y Ecuador, ya que son países en los cuales se ha hecho la incorporación de normas con enfoque de género, de forma abstracta, implícita o una consagración plena de la igualdad de entre mujeres y hombres, prohibiendo todo tipo de discriminación por género y sexo.

El objetivo de la investigación es determinar los cambios que han sufrido algunas de las constituciones latinoamericanas en sus textos para reconocer de forma expresa a las mujeres como sujetas de derechos y obligaciones que las mismas garantizan y cuáles aún mantienen un lenguaje androcéntrico.

El método utilizado en el estudio fue el descriptivo, con el cual fue posible descomponer el problema jurídico en cuestión en sus diversos aspectos, estableciendo

relaciones y niveles que ofrecerán un estado del Derecho Constitucional actual en relación con los derechos humanos de las mujeres.

El contenido del trabajo está dividido en nueve subtemas, los cuales representan a cada uno de los países objeto de análisis, que resalta lo relativo a las democracias, derechos fundamentales, partidos políticos, la conformación del Estado, las formas de convivencia ciudadana, entre otros.

1. El enfoque de género en el Derecho Constitucional comparado en Latinoamérica

El derecho constitucional es la fuente de la mayoría de los sistemas legales alrededor del mundo, debido a que establece los derechos fundamentales de sus habitantes, principios y garantías que rigen los mismos, así como las bases de sus órganos y gobierno. Esto hace que surja importancia e interés por estudiarlo desde una perspectiva de género, ya que es en las bases constitucionales donde se dan los verdaderos cambios estructurales de sus sistemas legales, para la convivencia social basadas en relaciones justas y en igualdad de oportunidades.

La lucha de las mujeres por la igualdad y el reconocimiento de sus derechos humanos se ha materializado en algunos países por medio de reformas constitucionales, redacción de nuevas constituciones o mediante interpretaciones constitucionales. Este reconocimiento y consagración de los derechos de las mujeres constituye una de las reivindicaciones democráticas más importantes de los últimos tiempos, manifestándose en todos los ámbitos de la vida social de las mujeres, no refiriéndose únicamente al derecho de igualdad entre mujeres y hombres, sino que busca que las mujeres no solo sean consideradas, sino tratadas y respetadas también como humanas, de forma equitativa. Siendo insoslayable que se realice un análisis de esta reivindicación desde las constituciones políticas de los Estados, para establecer cómo por medio de la Norma Fundamental, los Estados han incorporado la perspectiva de género, que permita un cambio en el sistema jurídico de cada país.

El proceso de incorporar la perspectiva de género en las constituciones ha conllevado el surgimiento de determinadas condiciones jurídicas como el lenguaje inclusivo, enfatizar la perspectiva de género, el principio de igualdad y no discriminación, entre otros, para su posterior desarrollo en las leyes secundarias y reglamentarias, las que crean el escenario operativo para la aplicación adecuada del reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, generando la obligación para los Estados de reconocer, promover, proteger y garantizar estos derechos, mediante acciones sociales, culturales, legislativas, judiciales y administrativas en procura de la igualdad efectiva y plena entre mujeres y hombres.

La Organización de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y Empoderamiento de las Mujeres -ONU Mujeres- ha señalado que las constituciones establecen la estructura jurídica y política de un país y orientan el ejercicio del poder, teniendo muchos efectos sobre la vida y las relaciones entre mujeres y hombres, lo que hace que sea imperativo que los procesos constituyentes contemplen la discusión acerca de cómo

garantizar la igualdad de género en la carta magna (Organización de las Naciones Unidas Mujeres, 2016).

Aunado a lo anterior, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW, 1979-, impone a los Estados suscriptores de la misma en su artículo 2 literal a) la obligación de incorporar en sus constituciones nacionales y en otra legislación apropiada el principio de igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio, así como la prohibición de la discriminación contra la mujer.

Para cumplir con la disposición anterior, es necesario que las y los constituyentes realicen un análisis del lenguaje utilizado sobre la interpretación que podría realizarse del texto, la distribución y estructura de poder que genera el Texto Fundamental, las normas de convivencia y el grado de reconocimiento del derecho internacional y el derecho consuetudinario, pues el lenguaje sexista o excluyente se basa en un pensamiento androcéntrico que considera a los hombres como sujetos de referencia o de interés y a las mujeres como seres dependientes o que viven en función del sexo masculino. El lenguaje tiene un papel muy importante en la visibilización de las situaciones y sus efectos, teniendo una relación con la formación de la identidad social de las personas y en sus actitudes, influyendo en su comportamiento y percepciones, es por ello que a través de los años las distintas organizaciones de derechos humanos de las mujeres, los movimientos feministas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH- han motivado y enfatizado a los países la necesidad de erradicar el sexismo lingüístico del lenguaje jurídico, legal y administrativo, toda vez que los usos sexistas del lenguaje hacen invisibles a las mujeres, promoviendo la ginopia, ya que no nombra, no incluye ni hace presente a más de la mitad de las poblaciones, conformadas por mujeres.

De esa cuenta, para que se instaure una política de igualdad, es trascendental que el lenguaje utilizado, especialmente por las y los legisladores, sea incluyente, igualitario, libre de los estereotipos basados en el sexo arraigados en las culturas y usos patriarcales. La finalidad del lenguaje neutral es evitar opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes al implicar que uno de los sexos es superior al otro.

Por lo anterior y debido a la importancia que tiene para el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, se realiza un análisis desde una perspectiva de género a distintas constituciones antes mencionadas, reflejando los avances en materia de derechos humanos de las mujeres, en las constituciones.

1.1 República de Guatemala

La Constitución Política de la República de Guatemala que rige a partir de 1985, fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente electa de forma popular y estuvo integrada por ochenta y ocho diputados, de los que solo cuatro eran mujeres. Sin embargo, a pesar de la gran diferencia de mujeres y hombres que la conformaron, se lograron incorporar varios artículos en los que se reconoce de forma abstracta la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, dentro de los que destaca el principio de igualdad presente en el

preámbulo de la Constitución Política de la República de Guatemala, al incorporar términos que incluyen por igual a mujeres y hombres:

Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado; afirmando *la primacía de la persona humana* como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la *promoción del bien común*, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz (...). (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985).

Como se puede observar el preámbulo hace referencia, partiendo de un lenguaje neutro, de "*la persona humana*", a mujeres y hombres de forma igualitaria como sujetos y fin del orden social.

En el mismo sentido se establece en el artículo 1º. Que el Estado de Guatemala se organiza para proteger *a la persona* y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985). Sin hacer diferencia alguna entre mujeres y hombres, por lo que el Estado de Guatemala tiene la obligación de proteger a mujeres y hombres por igual, buscando el bien común, además de garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, tal como lo regula el artículo 2º. constitucional (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985).

Por su parte, el artículo 4º. del texto constitucional hace referencia específicamente al derecho de libertad e igualdad, indicando que *en Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.* (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985).

No obstante que la Constitución reconoce como iguales en dignidad y derechos a mujeres y hombres, debido a la cultura patriarcal y machista que se encuentra enraizada en la sociedad guatemalteca, se ha colocado a la mujer en una situación de vulnerabilidad e invisibilización en muchos ámbitos de la sociedad. En este aspecto es de resaltar que el doctor García Laguardia en sus estudios sobre la Constitución guatemalteca de 1985, expreso que la

... igualdad es un valor que se afirma expresamente en el artículo 4º, pero que se proyecta y desarrolla en muchos de los derechos y libertades. El preámbulo afirma que el Estado es responsable de la consolidación del régimen de [...] igualdad [...], y aparece disperso en todo el articulado. Es igualdad formal ante la ley, como ficción jurídica que equipara a todos y también como no discriminación. Se concreta en muchas disposiciones: sufragio igual, libre acceso a la función pública en condiciones de igualdad, igualdad de hijos, salario igual a trabajo igual (García Laguardia, 1997, pág. 51)

De esa cuenta, la Corte de Constitucionalidad ha emitido diversas sentencias en las cuales hace alusión a ese trato desigual que existe entre mujeres y hombres concluyendo que es necesario buscar los mecanismos para protegerlas y darles ese trato igualitario que como mujeres son acreedoras.

La sentencia de fecha veintitrés de febrero de dos mil doce, emitida dentro del expediente tres mil nueve guion dos mil once (3009-2011), inconstitucionalidad general parcial contra los artículos 5,7 y 8 de la Ley contra el Femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República, es emblemática, puesto que en ella se resaltó que existe un trato discriminatorio y desigual en perjuicio de la mujer, que genera violencia en sus diferentes facetas y que se encuentra apoyado en patrones culturales que tienden a ubicar al sexo femenino en situación de subordinación frente al hombre, los que desde una perspectiva democrática es innegable que deben ser superados.

Asimismo, afirmó que la justificación en la que descansa dicha discriminación, es una problemática social real, que determina y *hace exigible un trato disímil entre mujeres y hombres en lo que a la prevención y penalización de la violencia en su contra se refiere*, toda vez que el legislador no asume -como la experiencia social lo demuestra- que exista un condicionamiento social o cultural que ubique al hombre en situación de vulnerabilidad, por discriminación o violencia, como sí sucede con la mujer. Es por ello que surgen tipos penales específicos que protegen a la mujer contra la violencia física, sexual, psicológica o económica ejercida en su contra.

Siendo necesaria que la protección penal que brinda la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer, persigue un fin constitucionalmente legítimo, pues busca garantizar la integridad y dignidad de la mujer, así como su desarrollo integral y el efectivo ejercicio de sus derechos a la igualdad, a la seguridad y a la libertad.

Dicho objetivo se enmarca en los valores superiores reconocidos en los artículos 1º, 2º, 3º y 4º constitucionales previamente transcritos, aunado a que la protección de la integridad y dignidad de la mujer es un elemento ineludible para garantizar, a la vez, la protección de la maternidad regulado en el artículo 52 y, con ello, de la familia de conformidad con el artículo 47.

Por otro lado, la desigualdad que persiste entre mujeres y hombres y a la que se hizo alusión en la sentencia relacionada de la Corte de Constitucionalidad, se evidencia en la parte orgánica de la Constitución Política de la República de Guatemala, en lo concerniente al ejercicio del poder público, los artículos que disponen lo referente a los cargos y puestos de poder, de toma de decisiones y de mayor incidencia en el país, se logra haciendo uso de un lenguaje androcéntrico uso de las palabras “los hombres”, “los gobernados”, “los representantes”, “los ciudadanos”, “los habitantes”, “los funcionarios”, “guatemaltecos”, “abogados”, “empleados públicos”, “los organizadores”, entre otras, excluyendo o reduciendo la oportunidad de las mujeres a optar a cargos públicos, pudiendo citarse como ejemplo de esto los artículos siguientes:

En su artículo 154 preceptúa que *los funcionarios* son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella

(Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985), invisibilizando por exclusión de forma indirecta a las mujeres de poder ser depositarias de la autoridad que conlleva el ser funcionario público, al pretender incluirlas por medio de una redacción neutral, como respuesta al androcentrismo.

Otro ejemplo del lenguaje androcéntrico en que se encuentra nuestro texto constitucional es en cuanto a la integración del Congreso de la República, el artículo 157 del Texto Magno, preceptúa que estará compuesto por *diputados* electos directamente por el pueblo en sufragio universal y secreto. De igual forma el artículo 162 dispone que para ser electo *diputado* se requiere ser *guatemalteco* de origen y estar en el ejercicio de sus derechos ciudadanos (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985). Como se puede advertir, en ambos artículos se utiliza un lenguaje masculino por defecto para la descripción de personas en general; no obstante, para que las mujeres puedan adquirir un reconocimiento igualitario al de los hombres es necesario un lenguaje incluyente, por medio del cual sean incluidas y reconocidas de forma expresa como sujetas de derechos y obligaciones, puesto que el lenguaje es el principal medio para introducir en un pueblo nuevas ideas y hábitos, encaminados a erradicar la discriminación hacia las mujeres, lo que se traduce como disminución de la violencia en contra de estas.

Con relación a los artículos ya citados, se estima oportuno traer a colación el artículo 182 del texto constitucional, que norma lo relativo a la Presidencia de la República e integración del Organismo Ejecutivo, el que inicia haciendo énfasis en que el *Presidente de la República es el Jefe del Estado* de Guatemala y que actuará siempre con *los Ministros*, en Consejo o separadamente con uno o más de ellos; es *el Comandante General del Ejército*, representa la unidad nacional y deberá velar por los intereses de toda la población de la República. *El Presidente de la República*, juntamente con *el Vicepresidente, los Ministros, Viceministros y demás funcionarios* dependientes integran el Organismo Ejecutivo y tienen vedado favorecer a partido político alguno (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985).

En la historia de Guatemala, no ha existido aún, una mujer presidenta y bien que ocupe cargos en la milicia con rango superior como el de general dentro del ejército de Guatemala lo que conlleva que tampoco haya habido una ministra de la Defensa Nacional, pues es una institución que históricamente ha sido creada con integración de hombres y las pocas mujeres que han logrado acceder a la misma, en un inicio fueron delegadas a los servicios de Sanidad Militar (enfermería), donde sus normativas las han condicionado para mantenerse en los espacios castrenses, entre ellas lo relativo al noviazgo y a la maternidad.

Para ocupar magistraturas de Salas de Apelaciones, Tribunales de igual categoría e integrantes de la carrera judicial, el artículo 207 de la Constitución Política de la República de Guatemala manteniendo un lenguaje androcéntrico, establece como requisitos: ser *guatemaltecos* de origen, de reconocida honorabilidad, estar en el goce de sus derechos ciudadanos y ser *abogados* colegiados activos (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Guatemala, 1985), haciendo énfasis en el sexo masculino para la ocupación de cargos relevantes y de gran incidencia en el país.

Lo anteriormente acotado, permite arribar a la conclusión que, si bien es cierto, la Constitución Política de la República de Guatemala en su parte dogmática hace un reconocimiento universal de algunos derechos fundamentales, entre ellos el de igualdad, en su parte orgánica se olvida de las mujeres y únicamente le reconoce expresamente y de forma directa a los hombres el derecho de optar a cargos públicos y administrativos, lo que hace necesario que el Estado de Guatemala adapte su normativa constitucional evitando este tipo de normas discriminatorias hacia las mujeres en cumplimiento con los Convenios y Tratados internacionales en materia de derechos de las mujeres suscritos y ratificados.

1.2 República de Nicaragua

La Constitución Política de la República de Nicaragua de 1987, entro en vigor dos años después que la de Guatemala, pero en ella se puede observar un lenguaje más inclusivo, ya que inicia haciendo un reconocimiento expreso de las mujeres y los hombres en su preámbulo, afirmando:

En Nombre del pueblo nicaragüense; de todos los partidos y organizaciones democráticas, patrióticas y revolucionarias de Nicaragua; de sus *hombres y mujeres*; de sus *obreros y campesinos*; de su gloriosa juventud; de sus *heroicas madres*; de los cristianos que desde su fe en DIOS se han comprometido e insertado en la lucha por la liberación de los oprimidos; de sus intelectuales patrióticos; y de todos los que con su trabajo productivo contribuyen a la defensa de la Patria. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Nicaragua, 1987)

En relación con la nacionalidad nicaragüense, los mismos Los artículos que regulan lo relativo a la nacionalidad se encuentran redactados desde un lenguaje androcéntrico, colocando al hombre como el centro de todos los derechos, haciendo uso de palabras como “*los nicaragüenses*”, “*funcionarios*”, “*los ciudadanos*”, “*los hijos*”, “*los centroamericanos*”.

El artículo 16 del texto fundamental establece que son nacionales los nacidos en el territorio nacional. Se exceptúan *los hijos* de extranjeros en servicio diplomático, los de *funcionarios* extranjeros al servicio de organizaciones internacionales o los de enviados por sus gobiernos a desempeñar trabajos en Nicaragua, a menos que optaren por la nacionalidad nicaragüense (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Nicaragua, 1987), como se puede observar, por medio de la utilización de un lenguaje masculino, se invisibiliza a las hijas de funcionarios o funcionarias extranjeras y a las mujeres funcionarias, pues únicamente se hace referencia a hijos varones y funcionarios hombres. El referido artículo, más adelante hace énfasis en *los hijos de padre o madre* nicaragüense, *los nacidos* en el extranjero, de *padre o madre* que originalmente fueron nicaragüenses; *los infantes de padres* desconocidos encontrados en territorio nicaragüense y *los hijos de padres* extranjeros nacidos a bordo de aeronaves y embarcaciones nicaragüenses (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Nicaragua, 1987), dando así reconocimiento a las madres pero siempre deja de lado a las hijas.

En el capítulo referente a los derechos individuales, se regulan los derechos fundamentales en donde se hace un reconocimiento implícito de las mujeres como sujetas de derechos humanos al estar redactados en un lenguaje neutro que se puede interpretar que incluye a las mujeres, toda vez que en su artículo 25 dispone que los derechos de *cada persona* están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Nicaragua, 1987). Asimismo, lo hace en el artículo 26 en el que establece que *toda persona* tiene derecho a la libertad individual, a su seguridad y al reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Nicaragua, 1987).

Como se puede advertir, la cultura androcéntrica está tan enraizada que se hace difícil mantener una consistencia con un el lenguaje incluyente, y esto se puede observar en el texto nicaragüense en lo relativo a los derechos políticos, toda vez que, si bien expresa en el artículo 48 que existe una igualdad absoluta entre las mujeres y los hombres, su redacción incluyente no se mantiene.

La Constitución nicaragüense contiene varios artículos redactados en un lenguaje no sexista, sin embargo aún es necesario que la totalidad de su texto sea revisado y adecuado a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, especialmente a la obligación impuesta por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979) de incorporar en su texto constitucional y en otra legislación apropiada, el principio de igualdad de las mujeres y de los hombres y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio, así como la prohibición de la discriminación contra las mujeres.

1.3 República de Costa Rica

La Constitución Política de la República de Costa Rica promulgada en 1949, se caracteriza por ser más antigua que las dos constituciones antes analizadas y comentadas. Dicha constitución, fue promulgada por una Asamblea Nacional Constituyente en la no participó ninguna mujer, por lo que al haber sido creada por hombres y para hombres, se subsimió a las mujeres en palabras que hacen alusión únicamente a los hombre, haciendo un reconocimiento del derecho de las mujeres a ser consideradas como sujetas de derechos humanos a través del reconocimiento de los derechos del hombre. De esa cuenta, se trae a colación como ejemplo el artículo 33 que regula que *todo hombre* es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949).

Esta Constitución mantiene una redacción en términos de género, de manera neutral, reflejando una invisibilización de las mujeres y con ello su autonomía, las cuales son producto de culturas machistas, tal como lo muestran los artículos 20, 22 y 33, en los que se consignaron terminos como "*todo hombre*", "*todo costarricense*". Preceptuando además que: no puede ser *esclavo* el que se halle bajo la protección de sus leyes; puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre

libre de responsabilidad, y volver cuando él convenga. No se podrá exigir a *los costarricenses* requisitos que impidan su ingreso al país y es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República de Costa Rica, 1949).

Posteriormente, a través de la Ley número 7879 del 27 de mayo de 1999 se modificaron los artículos 20 y 33 citados, y se consigno que “*Toda persona es libre en la República...*” y “*Toda persona es igual ante la ley...*”, respectivamente, con la reforma se incorporó un lenguaje neutro a la Constitución, dejando a tras el lenguaje sexista con el que fue promulgada.

El lenguaje inclusivo ha ido sustituyendo poco a poco terminos androcentristas, en el texto constitucional. Recientemente, el 29 de mayo de 2019 la Asamblea Legislativa aprobo la Ley 9697 de reforma constitucional, la que tenia como objetivo eliminar el lenguaje discriminatorio y sustituirlo por conceptos inclusivos, con perspectiva de género. Por lo que, siguiendo las recomendaciones de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado de Costa Rica, se modificó el artículo 51 que señalaba textualmente a “*la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido*” como sujetos de protección especial por parte del Estado y se incluyó la nomenclatura más actualizada en materia de derechos humanos, recogiendo los principios de inclusión, neutralidad y perspectiva de género, de tal manera que se referirá en adelante a “*la madre, el niño y la niña, las personas adultas mayores y las personas con discapacidad*”. No obstante lo anterior, la implementación del lenguaje inclusivo, en la legislación costarricense continúa siendo un reto.

1.4 Estados Unidos Mexicanos

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que se encuentra vigente actualmente tras varias reformas, (identificar los años de las reformas) dispone en su artículo 1 que *todas las personas* gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, prohibiendo toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, *el género*, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra, que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de *las personas* (Congreso Constituyente, 1917).

Dicho artículo hace un reconocimiento pleno de forma igualitaria y sin discriminación de los derechos humanos, tanto a hombres como mujeres, sin hacer distinción alguna entre ellos. Asimismo, en el numeral II, III de la literal A del artículo 2 de la Ley Suprema, se establece que reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante,

la dignidad e integridad de las mujeres (...) III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados (...). (Congreso Constituyente, 1917).

Asimismo, resalta el reconocimiento e independencia de los pueblos indígenas, así como, el papel de las mujeres y hombres dentro de los mismos, dándoles igualdad de oportunidades y derechos dentro de la sociedad, cultura, política y el ámbito judicial de estos. Destacando el respeto a las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera notable, la dignidad e integridad de las mujeres, quienes han sido menoscabadas en sus derechos y garantías debido a la sociedad machista, patriarcal y androcéntrica que prevalece en los países de Latinoamérica.

Se resalta que en su artículo 3 reconoce a *hombres y mujeres, niñas y niños, y adolescentes* el derecho a la educación universal, inclusiva, pública, gratuita y laica, basándose en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, agregando que *las maestras y los maestros* son agentes fundamentales del proceso (Congreso Constituyente, 1917).

En el ámbito familiar la Norma Constitucional de México, enfatiza nuevamente que la mujer y el hombre son iguales ante la ley y que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, así como, a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad y que será el Estado quien lo garantizará.

Se puede advertir que el Estado mexicano se ha esforzado por tener una Constitución inclusiva, en la que mujeres y hombres gozan de los mismos derechos y garantías, incorporando un lenguaje con perspectiva de género, buscando no minimizar los derechos de las mexicanas, haciéndolas visibles en el texto fundamental.

Sin embargo, al reconocer los derechos de participación, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuando menciona los órganos del Estado, excluye a las mujeres de los cargos públicos y administrativos, como se puede observar en el artículo 6 literal A numeral romano VIII, que dice: “(...) *con excepción de aquellos asuntos jurisdiccionales que correspondan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuyo caso resolverá un comité integrado por tres ministros (...) El organismo garante se integra por siete comisionados (...) En caso de que el Presidente de la República objetara el nombramiento, la Cámara de Senadores nombrará una nueva propuesta (...) El comisionado presidente será designado por los propios comisionados (...)*” (Congreso Constituyente, 1917).

1.5 República de Chile

La Constitución Política de la República de Chile de 1980, inicia asentando en su artículo “1º. *que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Afirmando*

además que, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, siendo su deber resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional” (Comisión Ortúzar Consejo de Estado y Junta Militar, 1980).

En el artículo citado se reconoce de forma abstracta los derechos de las mujeres a participar en igualdad de oportunidades, derechos y libertades, sin embargo, la Constitución Chilena hace un reconocimiento directo de los derechos humanos de las mujeres al establecer en su artículo 19 .2º. que *“hombres y mujeres son iguales ante la ley”*, esta frase es una de las reformas que ha sufrido la Carta Magna chilena para dar cumplimiento a la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de la que es parte.

Pero al igual que las constituciones anteriores, la Norma Fundamental al redactar las disposiciones relacionadas con los órganos del Estado y quienes ejercen esta función los hace sin reconocerle a las mujeres este derecho, pues, están escritas en masculino, lo que conlleva a que la misma está escrita únicamente para los hombres, regulando en su artículo 24 que el Gobierno y la administración del Estado corresponden al *Presidente* de la República, quien es *el Jefe del Estado*, resaltando en el artículo 25 que para ser presidente es necesario ser *ciudadano* con derecho a sufragio. (Comisión Ortúzar Consejo de Estado y Junta Militar, 1980).

En cuanto a las personas que ejercen cargos ministeriales, el artículo 33 constitucional dispone que *los Ministros* de Estado son los *colaboradores* directos e inmediatos *del Presidente* de la República en el gobierno y administración del Estado (Comisión Ortúzar Consejo de Estado y Junta Militar, 1980), nuevamente se hace alusión únicamente del sexo masculino, negando con ello que las mujeres tienen los mismos derechos y capacidades que los hombres a ocupar estos cargos, sin embargo, como en el año en que se hizo la Constitución de Chile aun no era concebible que las mujeres salieran al espacio público; es decir que trabajaran fuera de casa en labores remuneradas y mucho menos en cargos de incidencia y poder político, fueron subsumidas en los términos masculinos. Del mismo modo ocurrió en los artículos 46 y 47, en los cuales se establecen la composición del Congreso de la República, asentando que la Cámara de *Diputados* está integrada por 120 *miembros elegidos* en votación directa por los distritos electorales que establezca la ley orgánica (Comisión Ortúzar Consejo de Estado y Junta Militar, 1980).

En la propuesta de una nueva constitución (la cual no fue aprobada), las personas involucradas habían fijado ciertos principios que deberían irradiar el texto constitucional, dentro los que se encontraba el carácter inclusivo, puntualizando que debía contener mecanismos que promoviera que todas las voces de quienes iban van a participar de su elaboración pudieran ser expresadas, atendiendo al derecho de las minorías y a través de la implementación de ese principio se pretendía erradicar el lenguaje androcéntrico que ha estado presente en las constituciones anteriores y dar un reconocimiento a todas las personas que conforman la población chilena.

1.6 República de Colombia

Colombia, por su parte tiene en su Constitución promulgada en 1991, artículos redactados en un lenguaje inclusivo hacia las mujeres y otros en los que hace ese reconocimiento de forma abstracta como es el caso de Chile.

Como ejemplo del reconocimiento abstracto de igualdad entre mujeres y hombres se encuentra el artículo 12, en el que se consignó que *nadie* será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de igual forma se consignó en el artículo 13 que *todas las personas* nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades *sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991).

Como se puede observar en los artículos anteriormente citados la Norma Fundamental de Colombia le reconoce los mismos derechos fundamentales a mujeres y hombres, haciéndolo de una forma abstracta, sin hacer una referencia directa y expresa a las mujeres, entendiéndose que las palabras *“toda persona”, “nadie”* y *“seres humanos”* engloba tanto a mujeres como hombres por igual, además, reforzando que está prohibido *cualquier tipo de discriminación por sexo*.

En el artículo 43 la Constitución Política de Colombia, hace un reconocimiento pleno y expreso de los derechos de las mujeres señalando que *la mujer y el hombre* tienen iguales derechos y oportunidades. *La mujer* no podrá ser sometida *a ninguna clase de discriminación*. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada; además, en el citado artículo se indicó que el Estado apoyará de manera especial a *la mujer* cabeza de familia (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991).

El reconocimiento anterior irradia todo el texto constitucional, lo que hace que la Constitución en su conjunto se interprete desde una perspectiva de género y se les reconozca a las mujeres como a los hombres y como sujetas de derechos, visibilizándolas y haciéndolas parte de las normas constitucionales, secundarias y administrativas.

1.7 República de Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que fue adoptada mediante un referéndum popular y que a diferencia de la Constitución mexicana y la guatemalteca, en el título II “De los Derechos Humanos y Garantías”, Capítulo I “Disposiciones Generales”, hace un reconocimiento implícito de la igualdad de género, incorporando el término *“toda persona”* en las disposiciones relativas a derechos humanos, siendo un claro ejemplo de ello el artículo 19 que dispone que el Estado garantizará a *toda persona*, conforme al *principio de progresividad y sin discriminación alguna*, el goce y ejercicio

irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. (Asamblea Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

La Carta Magna de Venezuela en su artículo 21 prohíbe todo tipo de discriminación, lo que motiva a la población a ser más tolerantes e inclusivos bajo este principio, que es de suma importancia para el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres, protegiéndolas de cualquier vulneración, abuso o violación, logrando así, la invisibilización, al preceptuar que todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia no se permitirán discriminaciones fundadas entre otros por razón del sexo, entre otras formas, aunado a ello la ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Asamblea Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999)

En el título II “De los Derechos Humanos y Garantías”, Capítulo II relacionado a la nacionalidad y de la ciudadanía, Sección Primera: De la Nacionalidad” consagrando de forma explícita la igualdad entre mujeres y hombres regulando así, en el artículo 32 que son venezolanas y venezolanos por nacimiento:

1. Toda persona nacida en el territorio de la República.
2. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento y madre venezolana por nacimiento.
3. Toda persona nacida en territorio extranjero, hijo o hija de padre venezolano por nacimiento o madre venezolana por nacimiento, siempre que establezcan su residencia en el territorio de la República o declaren su voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana. (Asamblea Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

Este reconocimiento de igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres también se encuentra evidenciada en lo relativo a la participación política logrando una consagración plena del reconocimiento de los derechos de las mujeres, dejando a un lado el lenguaje sexista tradicional, incorporando en su texto fundamental un lenguaje inclusivo, siendo una evidencia de ello el artículo 41 en el que se afirma que:

Sólo los *venezolanos y venezolanas* por nacimiento y sin otra nacionalidad, podrán ejercer los cargos de Presidente o Presidenta de la República, *Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, Presidente o Presidenta y Vicepresidentes o Vicepresidentas* de la Asamblea Nacional, *magistrados o magistradas* del Tribunal Supremo de Justicia, Presidente o Presidenta del Consejo Nacional Electoral, *Procurador o Procuradora* General de la República, *Contralor o Contralora* General de la República, Fiscal General de la República, *Defensor o Defensora* del Pueblo, *Ministros o Ministras* de los despachos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas, educación; *Gobernadores o Gobernadoras* y *Alcaldes o Alcaldesas* de los Estados y Municipios fronterizos y aquellos contemplados en la ley

orgánica de la Fuerza Armada Nacional. (Asamblea Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999)

Adicionalmente, el referido artículo establece que:

Para ejercer los cargos de *diputados o diputadas* a la Asamblea Nacional, *Ministros o Ministras*, Gobernadores o Gobernadoras y *Alcaldes o Alcaldesas* de Estados y Municipios no fronterizos, los *venezolanos y venezolanas* por naturalización deben tener domicilio con residencia ininterrumpida en Venezuela no menor de quince años y cumplir los requisitos de aptitud previstos en la ley. (Asamblea Constituyente, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999).

1.8 Estado Plurinacional de Bolivia

La Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia del año 2009, con una visión más renovada sobre la importancia de reconocer en su Norma Fundamental los derechos humanos de las mujeres, reconociéndolas tan humanas como los hombres, colocándolas en un plano de equidad e igualdad, dentro de un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

La Constitución de Bolivia desde su preámbulo muestra un lenguaje inclusivo desde una perspectiva de género, al establecer en su quinto párrafo: “*Nosotros, mujeres y hombres*, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país” (Asamblea Constituyente , Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, 2009).

En dicho texto hacen ver la importancia que tuvo la participación de las mujeres que formaron parte de la Asamblea Constituyente, dejándolo plasmado en la Ley Suprema del país, misma que irradia en sus disposiciones y principios a las demás leyes del país.

En su artículo 3 coloca como iguales a mujeres y hombres, al regular que: “*La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano*” (Asamblea Constituyente , Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, 2009).

No obstante, es en el artículo 8.II se consagra la igualdad de oportunidades y la equidad de género desde una perspectiva de género; que se refleja en todo el texto constitucional, al disponer que el Estado se sustenta en los valores de “*unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien*” (Asamblea Constituyente , Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia, 2009).

La Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia está realizada por mujeres y hombres que comprometidos con los convenios y tratados internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, ratificados y suscritos por dicho Estado, les dieron

cumplimiento en una Constitución moderna, con perspectiva de género y con un lenguaje inclusivo, que reconoce la consagración plena de la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres, prohibiendo todo tipo de discriminación por género y sexo, colocando a mujeres y hombres en un mismo plano y no en relaciones de poder o reforzando el machismo, el androcentrismo y el patriarcado.

1.9 República del Ecuador

Se puede resaltar que la Constitución Política de la República del Ecuador de 2008, al igual que la Constitución Política de Bolivia desde su preámbulo hace un reconocimiento pleno y explícito de la igualdad entre mujeres y hombres expresando de la forma siguiente:

Inspirado en su historia milenaria, en el recuerdo de sus héroes y en el trabajo de *hombres y mujeres* que, con su sacrificio, forjaron la patria; fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz que han guiado sus pasos desde los albores de la vida republicana, proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas, invoca la protección de Dios, y en ejercicio de su soberanía, establece en esta Constitución las normas fundamentales que amparan los derechos y libertades, organizan el Estado y las instituciones democráticas e impulsan el desarrollo económico y social. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República del Ecuador, 2008).

El hecho que la Constitución del Ecuador sea del año 2008, es decir, de promulgación reciente al igual que la Constitución de Bolivia y Venezuela, permitió que sus redacciones se realizaran relativamente con un lenguaje inclusivo y desde una perspectiva de género en todo el cuerpo constitucional, haciendo un reconocimiento directo y completo de los derechos de las mujeres, haciéndolas visibles en todos los ámbitos sociales y políticos del país, equiparando a las mujeres en derechos y condiciones con los hombres.

Esta Constitución considera a las mujeres como iguales gozando de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación debido a nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.

En el ámbito laboral de la mujer, la Constitución del Ecuador da un paso trascendental en la redacción del artículo 36 relacionado a la incorporación de la mujer al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor, velando especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia, de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez.

En dicho artículo, prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra las mujeres, reconociendo como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado, lo que es un avance en materia de derecho de las mujeres; ya que, a lo largo de la historia, las mujeres se

han dedicado naturalizando las labores del hogar y del cuidado de los hijos, sin que estas actividades le fueran reconocidas como un trabajo productivo remunerado.

Concretando lo anterior, los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente plasmaron en el artículo 41 de la Carta Magna que:

El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la *igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, a través de un organismo especializado que funcionará en la forma que determine la ley, *incorporará el enfoque de género en planes y programas*, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público. (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República del Ecuador, 2008).

Es de resaltar que esta Constitución atiende lo relativo a los grupos vulnerables donde las mujeres embarazadas, niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, con enfermedades catastróficas de alta complejidad y las personas de la tercera edad, víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, en situación de riesgo, desastres naturales, garantizándoles el derecho a la vida, integridad física y psíquica, identidad, nombre y ciudadanía y a todos los derechos sociales.

Como se puede observar en las disposiciones constitucionales citadas, la Ley Fundamental del Ecuador es una Constitución progresista, en la cual se reconoce a mujeres y hombres por iguales, utilizando un enfoque de género, visibilizando a las mujeres como sujetas de derechos, y en la aplicación de las políticas públicas, siendo de relevancia para las mujeres y para la sociedad, ya que las mismas se atenderán con base a las necesidades propias de las mujeres y su diversidad.

A pesar que lo vanguardista en la parte dogmática de la Constitución, donde se hace una incorporación directa de las mujeres en los procesos de desarrollo social mediante un lenguaje inclusivo y desde una perspectiva de género, se observa que en lo referente a la atención sobre los puestos de elección popular, cargos tanto públicos como administrativos, lo hace de manera androcéntrica, disminuyendo e invisibilizando el derecho y las oportunidades de las mujeres a ser electas en igualdad de condiciones con los hombres, ya que los artículos que se refieren a las elecciones están redactados desde un lenguaje masculinizado invisibilizando a las mujeres, tal como se advierte en el artículo 98. Sobre la participación democrática, donde expresa que:

Los partidos políticos legalmente reconocidos podrán presentar o auspiciar *candidatos* para las dignidades de elección popular. Podrán también presentarse como *candidatos los ciudadanos* no afiliados ni auspiciados por partidos políticos. *Los ciudadanos* elegidos para desempeñar funciones de elección popular podrán ser reelegidos indefinidamente. El *Presidente y Vicepresidente* de la República podrán ser reelegidos luego de transcurrido un período después de aquel para el cual fueron elegidos (...). (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República del Ecuador, 2008).

A pesar de que dicho artículo, como otros están redactados en un lenguaje masculinizado, el artículo 102 les acredita estos mismos derechos a las mujeres señalando que:

El Estado promoverá y garantizará la participación equitativa de mujeres y hombres como candidatos en los procesos de elección popular, en las instancias de dirección y decisión en el ámbito público, en la administración de justicia, en los organismos de control y en los partidos políticos” (Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de la República del Ecuador, 2008).

2. Conclusiones

De acuerdo al análisis de estos textos constitucionales se pueden observar los esfuerzos por la incorporación de un lenguaje incluyente y desde una perspectiva de género en la mayoría de las normas de manera expresa, directa y plena reflejando un trabajo perseverante, tanto para las mujeres que han luchado para alcanzar ese reconocimiento y visibilización en los textos fundamentales y demás normas ordinarias, como para el cumplimiento por parte de los Estados, al lograr la reforma de sus Constituciones para poder cumplir con los compromisos adquiridos en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres. Aún falta mejorar desde esta perspectiva dichos textos, pero se convierten en referentes para otros proyectos de reformas constitucionales que tienen una redacción masculinizada y una perspectiva machista, que no logra influir en sus normativos internos.

Debido a lo enraizado que se encuentra la cultura machista, patriarcal y androcéntrica en los países latinoamericanos, muchos de ellos aún no han modificado sus constituciones, con una perspectiva de género y en un lenguaje inclusivo que genere no solo cambios en sus normativas internas sino que además en lo cultural y estructural de cada sociedad.

Finalmente se resalta que la Constitución Chilena de contar con la aprobación en el próximo referéndum, marcará un modelo a considerar y a seguir, para que la región cuente no solo con constituciones incluyentes y con perspectiva de género, sino permitirá cambios en sus políticas públicas, sistemas políticos, participación de las mujeres a cargos de decisión en la función pública, y a una justicia en igualdad con equidad.

Referencias

- Asamblea Constituyente . (2009). *Constitución Política del Estado plurinacional de Bolivia*. Bolivia.
- Asamblea Constituyente. (1999). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Venezuela.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1949). *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Costa Rica.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala.

- Asamblea Nacional Constituyente. (1987). *Constitución Política de la República de Nicaragua*. Nicaragua.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Ecuador.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2005). *El Enfoque de Género en el Derecho Constitucional Comparado*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Unidad Mujer y Desarrollo Corte Nacional Electoral, Área de Educación Ciudadana.
- Comisión Ortúzar, Consejo de Estado y Junta Militar. (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. Chile.
- Congreso Constituyente. (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México.
- Organización de las Naciones Unidas Mujeres. (05 de Agosto de 2016). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile/BCN Programa Américas*. Recuperado el Junio de 2020, de Constituciones y género: la utilidad de la Base de Datos Global de Género e Igualdad
Constitucional:
<https://www.bcn.cl/observatorio/americas/noticias/constituciones-y-genero-la-utilidad-de-la-base-de-datos-global-de-genero-e-igualdad-constitucional>

Derechos de Autor (c) 2022 Lina María Muralles Orellana



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

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

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

[Resumen del licencia](#) - [Texto completo de la licencia](#)

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

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



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

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

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

*Santos Romeo Barrientos Aldana**

Universidad de San Carlos de Guatemala

santosbarrientos3@gmail.com

ENVIADO EL 2 DE JULIO DE 2022

ACEPTADO EL 4 DE OCTUBRE DE 2022

PUBLICADO 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

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

Abstract

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sumario

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

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Consideraciones preliminares

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. El bloque de constitucionalidad en Guatemala

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para Nash Rojas (2013a):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Las cursivas son propias.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Constitucionalismo democrático y constitucionalismo más allá del Estado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. A modo de conclusión

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

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

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

Referencias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Leyes

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

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

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

Derechos de Autor (c) 2022 Santos Romeo Barrientos Aldana



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

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

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

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

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

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



La jurisprudencia constitucional guatemalteca en materia del debido proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal

Guatemalan constitutional jurisprudence on the due process of adolescents in conflict with criminal law

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.83>

Carlos Horacio Morales López*

Organismo Judicial

chmorales@oj.gob.gt

ENVIADO EL 8 DE JUNIO DE 2022

ACEPTADO EL 4 DE OCTUBRE DE 2022

PUBLICADO EL 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

La inserción doctrinaria, legal y jurisprudencial del debido proceso como garantía en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley es un avance para la modernización de la justicia penal juvenil.

Desde la perspectiva del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, el concepto acumula las garantías básicas constitucionalizadas dirigidas a cualquier persona; la modulación que el principio del interés superior del niño realiza en dichas garantías en todas las etapas procesales, y la incorporación de las garantías específicas generadas por el bloque de constitucionalidad en la materia. Las mismas se encuentran positivizadas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Abstract

The doctrinal, legal and jurisprudential insertion of due process as a guarantee in the process of adolescents in conflict with the law is an advance for the modernization of juvenile criminal justice.

From the perspective of the process of adolescents in conflict with criminal law, the concept accumulates the basic constitutionalized guarantees addressed to any person; the modulation that the principle of the best interest of the child makes in said guarantees in all procedural stages, and the incorporation of the specific guarantees generated by the constitutionality block in the matter. They are positivized in the Law for the Comprehensive Protection of Children and Adolescents.

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

El tercer paso, lo constituye la interpretación y aplicación del debido proceso en la práctica jurisprudencial, develándose el proceso de adolescente en conflicto con la ley penal como un escenario de la batalla judicial por la materialización de tales garantías, con avances y retrocesos en función de consideraciones más resocializadoras o más punitivistas hacia los adolescentes que hayan transgredido la ley penal.

Palabras clave: Proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal; Debido proceso; Jurisprudencia constitucional.

The third step is the interpretation and application of due process in jurisprudential practice, revealing the adolescent process in conflict with criminal law as a scenario of the judicial battle for the materialization of such guarantees, with advances and setbacks depending on more resocializing or more punitive considerations towards adolescents who have transgressed the criminal law.

Keywords. *Adolescent process in conflict with criminal law; Due process; Constitutional jurisprudence.*

La jurisprudencia constitucional guatemalteca en materia del debido proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal

Guatemalan constitutional jurisprudence on the due process of adolescents in conflict with criminal law

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.83>

Carlos Horacio Morales López*

Organismo Judicial

chmorales@oj.gob.gt

Sumario

1. Introducción. 2. El debido proceso como garantía en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal. 3. Análisis jurisprudencial. 3.1. Incidencias relacionadas con el posible irrespeto a las garantías penales acaecidas durante las distintas audiencias del procedimiento. 3.2. Ejecución de las sanciones socioeducativas. 4. Conclusiones.

1. Introducción

El objetivo del presente artículo es describir la jurisprudencia constitucional guatemalteca reciente en relación al debido proceso en el procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal. Se basó en el método jurídico-descriptivo y analítico jurisprudencial, por lo que constituye un aporte a la doctrina nacional para conocer los alcances de la interpretación constitucional del debido proceso en a este proceso especializado, con principios propios que deben ser aplicados por una jurisdicción también especializada

Sin embargo, al igual que el garantismo en el proceso penal de adultos, puede observarse cómo existe una lucha conceptual para su materialización efectiva en el de adolescentes. En primer lugar, porque si bien en abstracto y positivamente se reconoce su existencia, es en la práctica jurisdiccional donde finalmente termina haciéndose o no efectivo. Prueba de ello, es el planteamiento de medios de impugnación y posteriormente la acción de amparo, para lograr la tutela judicial efectiva de los derechos que integran el debido proceso para los adolescentes.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario, Universidad Rafael Landívar; Maestro en Educación Superior, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala; Maestro en Derecho Civil y Procesal Civil, Universidad San Carlos de Guatemala. Catedrático cursos: Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala y de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil, Universidad de San Carlos de Guatemala. Juez de primera Instancia ramos: Civil, Económico Coactivo, penal con competencia especializada en delitos de trata de personas, de la niñez y la adolescencia y adolescentes en conflicto con la ley penal.

Esa distancia entre el deber ser y el ser tiene consecuencias trascendentales en la vida actual y futura del adolescente infractor quien, tras su paso por el sistema de justicia penal juvenil, enfrentará su reinserción social en mejores o peores circunstancias, según se le haya respetado o no el debido proceso. El estudio se estructura en dos partes principales: la primera la construcción doctrinaria, desde el bloque de constitucionalidad y legal de la garantía del debido proceso en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, seguido de la presentación de una selección de sentencia y casos de amparo resueltos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Finalmente, en el apartado conclusivo, se presentan los hallazgos jurisprudenciales.

2. El debido proceso como garantía en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal

Con carácter previo al desarrollo del tema, y si bien es conocido por la comunidad jurídica, es preciso estudiar conceptualmente y con carácter general el debido proceso en materia penal. El debido proceso se encuentra conceptualmente relacionado con la tutela jurisdiccional de los derechos y facultades de los sujetos procesales, especialmente del imputado, frente a la actuación de los órganos competentes de la persecución penal y del enjuiciamiento.

El debido proceso adquiere la categoría de derecho fundamental, puesto que es concebido como una garantía aseguradora de los derechos fundamentales (aspecto sustantivo del debido proceso, los fallos deben responder a un criterio de justicia material) y a la par como un estándar de justicia o razonabilidad de la dinámica del procedimiento, lo que se conoce también como el aspecto adjetivo del debido proceso (Portocarrero, 2005).

Sin lugar a duda, ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia reiterada, la entidad que ha consolidado en el ámbito latinoamericano la funcionalidad y eficacia del debido proceso en materia penal reconocido en el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, denominado “Garantías judiciales” En ese sentido, la Corte ha explicado que *“Este artículo 8 reconoce el llamado “debido proceso legal”, que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”* (Corte IDH. Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párrafo 28) Ha señalado que se trata del *“conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos* (Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párrafo 69)

También ha mencionado que se trata de garantías mínimas: *“Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal”* (Corte IDH.

Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párrafo 24).

En Guatemala, la incorporación de la figura, se ha realizado, principalmente, a través de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, que integra conceptualmente en el debido proceso las normas procedimentales y la tutela o acceso a la justicia, en relación a aspectos como: el derecho al fallo en plazo razonable (Gaceta Número 43. Expediente 254-94, sentencia de 8 de diciembre de 1994), la posibilidad de ofrecer y aportar pruebas, de presentar alegatos, de hacer uso de los medios de impugnación contra las resoluciones judiciales (Gaceta Número 54. Expediente 105-99. Sentencia de 16-12-1999); la prohibición del rechazo formalista de los recursos, por razones o “exigencias innecesarias y enervantes”, u omisión de requisitos no contemplados en la norma jurídica (Expedientes Números: 1601-2001, 170-98, 804-97).

Además, lo ha definido en la sentencia de 9 de abril de 2004 (Expedientes 306-2001 y 316-2001, también en la sentencia de 15 de abril de 2002, Expedientes 297-2001 y 298-2001). como concepto comprensivo de todas las garantías procesales constitucionales y que consiste en la *“observancia de las formas sustanciales del proceso relativas a sus diferentes fases, a la acusación, a la defensa, a la prueba, así como a las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales”*.

La Corte de Constitucionalidad la acota como una garantía aseguradora de los demás derechos fundamentales” (Expediente Número 4245-2011, sentencia de 31 de enero de 2012), que se vincula naturalmente con el derecho de defensa previsto en el artículo 12 del texto constitucional (Expediente Número 2797-2011, y el Expediente 427-93, sentencia de 25 de abril de 1994).

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, ha desarrollado al figura al hilo del planteamiento del recurso de casación por motivos formales, por la violación a las normas que regulan el debido proceso respecto a la omisión de proporcionar u abogado defensor al sindicado en la audiencia de primera declaración (Expedientes 141-2002 y 142-2002, sentencia de 28 de octubre de 2002), no consignar una protesta en un acta de debate (Expediente 17-2003, sentencia 10 de julio de 2003), la falta de motivación en las resoluciones (Expedientes 292-2002 y 300-2002, sentencia de 23 de septiembre de 2003).

El concepto de debido proceso se reconoce normativamente a través del artículo 16 de la Ley del Organismo Judicial, y a través del Decreto Número 7-2011 del Congreso de la República.

En suma, el proceso penal actual se encuentra construido bajo los esfuerzos del garantismo constitucional y convencional. Sin embargo, desde una perspectiva doctrinaria, dicho esfuerzo se encuentra en curso en relación al Derecho Penal Juvenil, como a continuación se expondrá.

En primer lugar, la existencia de un Derecho Penal Juvenil diferenciado y especializado responde a una adecuación paulatina del sistema de justicia a los principios

propios de la niñez y adolescencia en el marco de un sistema penal formalizado y de garantías dentro de un Estado de Derecho (Cillero, 2000). Esto se ha explicado por el cambio de paradigma que reconoce al adolescente imputado como sujeto de derecho (Llobet Rodríguez, 2002). También se le ha denominado sistema punitivo-garantista, puesto que atribuye responsabilidad al adolescente sobre sus actos, pero le reconoce garantías procesales derivadas de los derechos humanos (Rosa Vigil, 2000). Y se ha recordado que no se puede construir un derecho penal juvenil sin el sistema de garantías propio de un Estado democrático de derecho (Berríos Díaz, 2015).

En ese sentido, las normas del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal deben ser interpretadas con arreglo al bloque de constitucionalidad, compuesto por las siguientes disposiciones:

- Declaración de los Derechos del Niño (noviembre, 1959).
- Convención sobre los Derechos del Niño (noviembre, 1989).
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing. (noviembre, 1985).
- Reglas de la Naciones Unidas para protección de los menores privados de libertad - Reglas de la Habana-. (diciembre, 1990).
- Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil – Directrices de Riad-. (diciembre, 1990).
- “Resolución del ECOSOC 1997/30 (Julio, 1997). Directrices de Viena”. Administración de la Justicia de Menores.
- Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 (agosto, 2002).
- Observación General Nº 10 del Comité sobre los Derechos del Niño. (febrero, 2007). Los derechos de los niños en la justicia de menores.
- Observación General Nº 12 (2009) CRC/C/GC/12 20 de julio de 2009. El derecho del niño a ser escuchado.
- Observación General Nº 14: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.
- Resolución del ECOSOC 2009/26: Apoyo a las medidas adoptadas en el plano nacional e internacional para reformar la justicia de menores, en particular mediante una mejor coordinación de la asistencia técnica (Julio, 2009).
- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”. (Julio, 2011).
- Resolución del Consejo de Derechos Humanos 18/12: “Los derechos humanos en la administración de justicia, en particular la justicia de menores” (octubre, 2011).

Al listado anterior, cabe agregar la Declaración Iberoamericana en Justicia Juvenil Restaurativa que define la justicia juvenil restaurativa como:

Una forma de tratar a los niños en conflicto con la ley con el objetivo de reparar el daño individual, relacional y social causado por la ofensa cometida y que contribuya a la rehabilitación y reintegración del niño a la sociedad. Esto supone un proceso en el que el menor agresor, la víctima (solamente con su consentimiento) y, si corresponde, otros individuos y miembros de la comunidad, participan activamente y juntos en la resolución de asuntos que se desprende de la ofensa. (Consejo de la Judicatura de Ecuador)

Se ha indicado por la Corte de Constitucionalidad que el alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, *“determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno”* (Calderón Cristal, 2020).

Como es sabido, la normativa internacional, se integra por textos normativos y por recomendaciones de nivel general o específicas emanadas de los organismos de supervisión y cumplimiento de las obligaciones internacionales, pero entre todas conforman un *“corpus iuris”* de aplicación integral también denominado *“estándares internacionales en materia de derechos humanos”*. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2008)

Respecto a la especialización se ha señalado que la Convención Interamericana de Derechos Humanos:

Menciona en su artículo 19 que los ratificantes tienen que establecer medidas para proteger a los menores de edad y ellos, al estar en su etapa de desarrollo físico y emocional, deben tener un trato diferenciado. Esta diferenciación se debe dar en todas las interacciones de niños, niñas y adolescentes, pero con mayor rigurosidad cuando un adolescente interactúa con los aparatos del sistema de justicia, ya que los principios, fines, procedimientos y sanciones deben ser especializados, atendiendo a la protección de derechos humanos, reinserción y rehabilitación social (en caso de ser necesario). Por ello, en este ensayo explicaremos el uso de nuevas herramientas y metodologías para el uso de la justicia en ciudadanos menores de edad. (Altamirano Escalante & Ramírez Benítez, 2020)

Como se ha indicado *“en el corpus juris de la justicia penal juvenil convergen los sistemas universal y regional de Derechos Humanos”* (Gómez Barrera, 2021). Y al respecto se ha considerado que las garantías normativas *“suponen límites internos al derecho internacional dentro de los cuales es posible avanzar hacia un sistema de justicia juvenil especializada”* (Cillero Bruñol & Vázquez Rossoni, 2016).

Adicionalmente, debe recordarse el deber judicial de aplicar la normativa interna con arreglo al bloque de constitucionalidad. Como se ha indicado:

En este sentido, los jueces no solo deben aplicar la normativa interna sino también la internacional, realizando un control de convencionalidad, si la normativa interna estuviere en oposición o si la internacional contiene reglas y principios más beneficiosos a la persona;

además, no sólo respecto con los tratados sino a sus interpretaciones. (Defensoría Pública del Ecuador, 2016)

En segundo lugar, a nivel nacional, cabe mencionar la regulación especializada procesal, recogida en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y el Acuerdo de la Corte Suprema de Justicia No. 74-2017, Reglamento de Gestión de Juzgados y Salas con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley Penal.

Como ha indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “el carácter irreductible y estricto de los principios y actos del debido proceso legal no le impiden ampliarse a la luz de nuevos avances en materia de derechos humanos” (Contreras Rojas, 2021), en este caso, los propios de la infancia y adolescencia:

(...) la protección especial derivada del artículo 19 de la Convención implica que la observancia por parte del Estado de las garantías de debido proceso se traduce en algunas garantías o componentes diferenciados en el caso de niñas, niños y adolescentes, que se fundan en el reconocimiento de que su participación en un proceso no se da en las mismas condiciones que un adulto. El sistema de justicia adaptado a las niñas, niños y adolescentes importará que exista una justicia accesible y apropiada a cada uno de ellos, que tome en consideración no solo el principio del interés superior, sino también su derecho a la participación con base en sus capacidades en constante evolución, conforme a su edad, grado de madurez y nivel de comprensión, sin discriminación alguna. En definitiva, tal y como lo ha sostenido anteriormente esta Corte, si bien el debido proceso y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de asegurar un acceso a la justicia en condiciones de igualdad, garantizar un efectivo debido proceso y velar por que el interés superior se erija en una consideración primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se adopten. (Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.V. y Otros vs. Nicaragua, de 8 de marzo de 2018, párr. 158)

Expuesto lo anterior, se formula la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo se formula el derecho al debido proceso en la justicia penal juvenil?

La integración del debido proceso se realiza de una forma fragmentaria pero especializada, de esa cuenta, lo integran una serie de garantías procesales particulares que integran en el concepto más amplio del debido proceso (Castillo Estribi, 2008; Herrera Lizcano, 2006; Luz Rivas, 2002; Maier, 2000; Vasconcelos Méndez, 2009) tales como:

- a) El derecho de ser escuchado y de recibir su opinión, previsto en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño.
- b) Principio del interés superior del niño (artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño) como modular del debido proceso.
- c) En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas para un juicio imparcial y justo, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al

asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior (Regla 7 de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Reglas de Beijing). Todo ello en el marco de un sistema procesal penal acusatorio.

Como se ha indicado:

Es por ello que, la aplicación de las categorías básicas de la dogmática penal, es un elemento valioso dentro de la justicia penal juvenil que posibilita una aplicación legal, proporcionada, garantista y por ende no autoritaria del derecho penal, dentro del marco de un Derecho Penal mínimo, en el ámbito sustantivo y dentro de un modelo acusatorio garantista en el adjetivo. (Hernández Alarcón, 2005)

Esto en consonancia con el listado de garantías enumerado en el artículo 40 de la Convención de Derechos del Niño, que constituye el principal referente normativo internacional enumerativo de las garantías procesales específicas aplicables al proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal tales como la presunción de inocencia, principio de legalidad y derecho de defensa.

- d) Excepcionalidad de la prisión preventiva (Regla 13.1 de las Reglas de Beijing). También se recuerda en el artículo 18 del Reglamento de Gestión de Juzgados y Salas con Competencia en Materia de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en conflicto con la Ley Penal I. Pero se indica que esta procederá únicamente en los casos previstos en el artículo 182 de la Ley Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
- e) Principios rectores de la sentencia y la resolución. La sanción será proporcional a las circunstancias, gravedad del delito, pero también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad. Debe contener el debido razonamiento y motivación suficiente que respalde el fallo.
- f) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves. (Regla 17 de las Reglas de Beijing). El confinamiento de menores en establecimientos penitenciarios se utilizará en todo momento como último recurso y por el más breve plazo posible (Regla 19.1 de las Reglas de Beijing).
- g) Revisabilidad evolutiva de las medidas sancionadoras impuestas a condición de que la modificación se efectúe en consonancia con los principios enunciados en las presentes Reglas (Regla 23.2 de las Reglas de Beijing).

A mayor abundamiento la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado un comentario de la aplicación de las garantías del Pacto de San José al proceso de adolescentes en conflicto con la Ley Penal, explicando cómo dichas garantías en algunos casos revisten particularidades en atención a que se trata de personas en desarrollo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Finalmente, el conjunto de garantías internacionalmente expuestas, tienen su reflejo en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, las que las desarrolla ampliamente entre los artículos 142 a 159, sub dividiéndolas entre garantías básicas y especiales. Como indica el artículo 142 de dicha Ley:

Desde el inicio de la investigación y durante la tramitación del proceso judicial, a los adolescentes les serán respetadas las garantías procesales básicas para el juzgamiento de adultos, además, las que les correspondan por su condición especial. Se consideran fundamentales, las garantías consagradas en la Constitución Política de la República, en los instrumentos internacionales aceptados y ratificados por Guatemala y en las leyes relacionadas con la materia objeto de esta Ley. Todas las actuaciones en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal serán gratuitas y se efectuarán oralmente, de forma sucinta se hará un relato escrito de la audiencia, relación que podrá tomarse taquigráficamente o por otros medios técnicos, según las posibilidades y disposiciones del juzgado. El juez o tribunal en su caso, el fiscal, el abogado defensor, el adolescente acusado y las partes procesales deberán asistir personalmente al desarrollo íntegro de todas las audiencias que se señalen.

Además, se consagra de manera específica el derecho al debido proceso en el artículo 148 de la citada Ley.

Sin embargo, la incorporación de los principios garantista no ha sido siempre fácil en el contexto latinoamericano, como se expresó:

El objetivo de la nueva normativa fue adecuar la legislación a los estándares del debido proceso estipulados tanto en la Constitución como en la CDN. Pero, además, la nueva legislación tuvo por objeto mejorar la eficiencia del sistema de justicia penal juvenil y dar protección a las víctimas y a la población general en el contexto de un aumento en la percepción de los delitos cometidos por menores de edad. En este sentido, hubo una clara tensión en la concepción misma del nuevo modelo entre el objetivo de proteger el debido proceso y los derechos de niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley versus el objetivo de aumentar la eficiencia en la persecución y el castigo de los delitos cometidos por adolescentes. (Ricardo Lillo, 2014)

A esto se suman, las reformas legislativas que amplían el catálogo de delitos graves y el uso de la prisión como sanción para adolescentes reincidentes. (Ramírez España, 2010.)

3. Análisis jurisprudencial

A continuación, se efectúa un análisis de casos relevantes fallados por la Corte de Constitucionalidad relacionados al debido proceso en materia de procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal. Para presentarlos en forma sistemática, se ha utilizado el criterio de las etapas del proceso, es decir, como se respetan las garantías procesales básicas de un juicio imparcial y justo en las mismas, anotando las incidencias procedimentales más relevantes que han dado lugar al planteamiento de amparos y el recurso a la justicia constitucional por violación al debido proceso.

En términos simplificados, y para efectos investigativos, se agruparon los casos en aquellas incidencias relacionadas con el posible irrespeto a las garantías penales acaecidas durante las distintas audiencias del procedimiento y, en segundo lugar, lo relativo a la ejecución de las medidas socioeducativas derivada a la vulneración del debido proceso.

3.1. Incidencias relacionadas con el posible irrespeto a las garantías penales acaecidas durante las distintas audiencias del procedimiento

A) Falta de mérito

En este caso ante el Juez de Primera Instancia de la Niñez y la Adolescencia y de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Santa Rosa, se incoó proceso por el delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de Uso Civil y/o Deportivas. Tras la audiencia de primera declaración el referido órgano jurisdiccional, en esa misma fecha, decretó falta de mérito. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación, que fue conocido por la Sala Mixta de la Corte de Apelaciones del departamento de Santa Rosa – autoridad cuestionada–, la cual, en auto de veintisiete de febrero de dos mil diecinueve – acto reclamado–, lo declaró sin lugar y, como consecuencia, confirmó lo resuelto en primera instancia¹.

Contra dicha resolución se planteó amparo argumentando falta de fundamentación. La Cámara consideró que la Sala cumplió con exponer y razonar con claridad los motivos de hecho y de derecho en que fundamentó su decisión, en particular la existencia de dos versiones de los hechos, que genera duda razonable. En concreto:

Este Tribunal de alzada considera que el adolescente, estaba a pocos metros de su casa, como bien lo indicó el juzgador y que es muy inusual que existan declaraciones a favor de una persona sindicada del delito de Portación Ilegal de Armas de Fuego de uso Civil y/o deportivas, de parte del dueño del arma, es decir qué interés tendría el dueño del arma en declarar a favor de la persona que portaba su arma, esto es muy atípico y que esta declaración sea corroborada por otra persona que también indica que se encontraba en el lugar de los hechos en ese momento es más extraño todavía por lo tanto se genera una duda, ya que los agentes captores pudieron haber actuado con abuso de autoridad aprehendido (sic) a una persona de forma ilegal e ingresando a una residencia sin orden de juez competente, aspecto que debe tomar en cuenta el ente investigador antes de hacer una imputación por el simple hecho de acusar a una persona y peor aún si esta persona es menor de edad, ya que se debe velar por la objetividad, regulada en el artículo 108 del Código Procesal Penal.

En relación a la supuesta falta de argumentación del fallo de la Cámara en el amparo de grado, la Corte de Constitucionalidad en el Considerando III realiza el análisis comenzando por acotar la figura de la falta de mérito al proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, desde su interpretación y aplicación analógica del artículo 272 del Código Procesal Penal, y señala desde el punto de vista del debido proceso que:

¹ Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 4547-2021. Guatemala, cuatro de noviembre de dos mil veintiuno

... para dictar la falta de mérito, el órgano jurisdiccional, luego de indagar al procesado, debe establecer: a) que no medie información sobre la existencia de un hecho punible; o b) que la investigación sea carente de elementos racionales de convicción que permitan creer que el sindicado cometió el hecho delictivo o participó en él. (Criterio sostenido, entre otras, en las sentencias de dos de noviembre de dos mil diez, diez de julio de dos mil doce, veintiséis de septiembre de dos mil trece, y dieciséis de julio de dos mil veinte, dictadas dentro de los expedientes 1866-2010, 1105-2012, 583- 2013 y 380-2020, respectivamente).

Y concluyó que la Cámara analizó las circunstancias del caso particular, precisando las razones de hecho y de derecho por las cuales estimó que era pertinente decretar la falta de mérito, ello porque confirmó la decisión del juez, quien en su momento determinó que tales medios recabados por el ente fiscal, no eran suficientes para creer que el adolescente cometió el hecho delictivo. Y en particular enfatizó como argumento principal la existencia de contradicciones entre las declaraciones testimoniales prestadas por los agentes captores y otros testigos, respecto a que estos últimos aseveraron, de manera conteste, que el arma se encontraba en posesión de su dueño, quien era titular de la licencia respectiva para su portación". Y razonó la Corte de Constitucionalidad que: *"Esta valoración de suficiencia indiciaria determinó que se declarara sin lugar el recurso de apelación de mérito, y que se confirmara el pronunciamiento que se conoció en grado."*

Se concluye que, en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, la debida motivación de la falta de mérito debe fundamentarse en la debida apreciación y valoración de los medios de investigación presentados por la Fiscalía por el juez, conforme al estándar requerido por el artículo 272 del Código Procesal Penal, ahora aplicable a la materia.

Sin embargo, es preciso puntualizar que, en este momento procesal, la especialidad del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal debe prevalecer en relación a que, en muchas ocasiones, tal y como se deriva de este caso, existe contradicción entre los agentes captores y los adolescentes detenidos. Ambos prestan declaración, pero debe recordarse que el Juez de Instancia especializado debe valorar la declaración de los adolescentes con arreglo a las normas que componen el bloque de constitucionalidad en la materia. Entonces, podrá confrontar y ponderarla con la declaración de los agentes captores, para lograr la convicción sobre la existencia de los hechos y la posible responsabilidad del adolescente en aquellos, pues no es suficiente con constatar la existencia de una "contradicción". Por supuesto, deberá apreciarse en conjunto todos los indicios existentes en los distintos medios de investigación ofrecidos por la Fiscalía.

B) Inadmisión de medios de prueba

En este caso, se impugnó la resolución de once de agosto de dos mil diecisiete, proferida por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público contra la decisión emitida

por la Juez Primero de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, que no admitió determinados medios de prueba propuestos por el ente fiscal, en la audiencia de admisión o rechazo de prueba, en un proceso por infracciones a la ley penal de Motín de presos, Plagio o secuestro, Asesinato y Asesinato en grado de tentativa².

El dieciocho de julio de dos mil diecisiete, en la audiencia de admisión o rechazo de prueba, la juez profirió resolución por la que admitió la totalidad de la prueba ofrecida por el ente fiscal en la guía relacionada en el escrito de imputación, pero dispuso rechazar los medios de prueba que presentó complementariamente el momento de la audiencia. En concreto:

“...a) peritaje genético realizado por Licenciado, el cual esta [sic] identificado como GEN-17-2729, INACIF-17-18571, (GEN-17-1739/1741/1872/2268/2472/2490/2654/2742/2745/2862/3051/3392); a través del cual se prueba que la evidencia relacionada con los adolescentes se encontró perfil genético de algunos de los fallecidos dentro del presente proceso. b) Peritaje biológico realizado por el Licenciado, identificado como BIOL-17-2269, INACIF-17-18571 (BIOL-17-3639), de fecha 22 de mayo de 2017, a través del cual se prueba que la evidencia analizada y relacionada a los adolescentes se detectó presencia de sangre humana y c) Peritaje balístico, suscrito por el Licenciado, identificado como BAL-17-12800, INACIF-17-18571, de fecha 29 de Junio de 2017. A través del cual se prueba el calibre de los casquillos, de los proyectiles encamisados así como de los cartuchos y si los mismos fueron detonados y percutidos por una misma arma de fuego. Así mismo [sic] los siguientes medios de prueba material a) Una Playera de color blanco y un pans color azul identificado como indicio 22 identificado en la escena del crimen, correspondiente al adolescente..., b) Una playera de color blanco con manchas de sangre, que en su etiqueta se lee AMERICAN LEGEND la cual en uno de sus bordes de dicha prenda se lee un manuscrito..., identificada como BIOL-17-2269-51. c) Cuatro proyectiles encamisados 3 identificados como BAL17-6347-1 al BAL-17-6347-3 y 1 Identificado como BAL-17-6288-1”.

El Ministerio Público interpuso recurso de apelación, argumentando que con lo resuelto se había causado un gravamen irreparable, al limitarle el ejercicio de la persecución penal, supuesto que encaja dentro de los regulados en el artículo 230 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El artículo 209 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia indica: ‘... En el escrito de ofrecimiento de prueba, el Ministerio Público y el adolescente, su defensor o sus padres o representantes, podrán presentar todas las pruebas que consideren convenientes para ser evacuadas...’. Supletoriamente se aplicará el Código Procesal Penal (artículo 141 de la misma Ley). La Sala entendió que el juez *a quo* aplicó correctamente la normativa.

La Corte de Constitucionalidad acota que su doctrina legal con relación a la falta de definitividad en amparos dirigidos contra las decisiones que admiten o rechazan medios de prueba (Expediente 2175-2016, sentencia de 31/08/2016. En igual sentido: Expediente

² Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 7110-2019. Guatemala, veintiuno de mayo de dos mil veinte

1630-2016, sentencia de 08/02/2018. Expediente 1618-2016, sentencia de 10/07/2017. Expediente 955-2016, sentencia de 15/03/2017), no es aplicable a este caso concreto, por cuanto que en los procedimientos relacionados a adolescentes en conflicto con la ley penal, es aplicable una normativa legal específica, la cual, para las disposiciones dictadas sobre admisión o rechazo de pruebas, habilita expresamente la alzada y no contempla la reposición como protesta para que el asunto sea revisado con posterioridad; ese aspecto ocasiona que en casos como el que se examina sea posible efectuar el análisis del fondo del asunto.

C) Archivo de la denuncia por prescripción

Se reclamó contra la: resolución de cuatro de octubre de dos mil diecinueve, emitida por la Juez Primero de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, que declaró sin lugar la actividad procesal defectuosa que interpuso la postulante contra la audiencia unilateral solicitada por el Ministerio Público, en la que se accedió a lo solicitado por el ente fiscal y, como consecuencia, se decretó la prescripción de la carpeta judicial y el archivo de la denuncia presentada por los delitos de Violación y Abusos deshonestos, sobre hechos que sucedieron entre el año dos mil o dos mil uno, cuando tanto la agraviada como el denunciado eran menores de edad.³

Durante la investigación el Ministerio Público solicitó el control jurisdiccional de la causa y formuló requerimiento de prescripción de la acción penal y archivo de la carpeta judicial, fundamentándose en el artículo 225 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. La Juez Primero de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, en audiencia unilateral de diecinueve de septiembre de dos mil diecinueve, conoció el requerimiento del ente acusador y escuchó los argumentos en los que se sustentó para realizar el mismo, concluyendo sobre su procedencia, por lo que accedió a lo solicitado y decretó la prescripción de la acción penal y el archivo de la carpeta judicial.

La amparista argumentó vulneración a la normativa supletoria del Código Procesal Penal para declarar la prescripción, en virtud que el artículo 225 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia regula la prescripción de la acción, sin determinar con exactitud el trámite a seguir para ventilar dicho asunto. Sin embargo, el artículo 141 de esa ley establece que deberá aplicarse supletoriamente la legislación penal y procesal penal, en cuanto a lo que no se encuentra regulado en aquella normativa. Por ello, mencionó que el artículo 32 del Código Procesal Penal cataloga a la prescripción como una forma de la extinción de la persecución penal, y los artículos 294, numeral 3), y 295 de esa ley, la contemplan como una excepción, la que deberá tramitarse en forma de incidente, que se encuentra regulado en el artículo 150 bis del mismo, en donde taxativamente se consigna que debe darse audiencia a todas las partes y, por lo tanto, la audiencia cuestionada contiene vicios, al no tomarse en cuenta las formalidades que la ley establece, ya que debió haberse llevado a cabo por el procedimiento de los incidentes.

³ Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 540-2020. Guatemala, diez de septiembre de dos mil veinte.

La Corte de Constitucionalidad dio la razón a la amparista, declarando sin lugar el recurso de apelación planteado por el Ministerio Público. Lo relevante del fallo constitucional es que aclara el régimen jurídico-procesal de la prescripción del delito y archivo de la denuncia penal en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal.

En primer lugar, recuerda que existe una norma especial, artículo 225 de la Ley PINA, en su parte conducente, lo siguiente:

...La acción contra infracciones a la ley penal cometida por los adolescentes prescribirá a los cinco años en el caso de delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la integridad física (...) los plazos señalados para la prescripción de la acción, se contarán a partir del día en que se cometió el delito o la contravención o desde el día en que decretó la suspensión del proceso....

Pero reconoce la supletoriedad en relación al procedimiento conforme al artículo 141 de la LPINA: *“Todo lo que no se encuentra regulado de manera expresa en la presente Ley, deberá aplicarse supletoriamente la Legislación Penal y el Código Procesal Penal, en tanto no contradigan normas expresas de esa Ley.”* Y que por tratarse la prescripción de un obstáculo a la persecución penal debe tramitarse como excepción en forma de incidente, tal y como se dispone en los artículos 294 y 150 Bis del Código Procesal Penal Audiencia en la que deben estar presentes todas las partes procesales, además de la Fiscalía. No se trata de una audiencia unilateral por lo que la Juez de instancia varió las formas del procedimiento, irrespetando el debido proceso al adolescente.

D) Clausura provisional

Se trató de un caso de homicidio en el que la audiencia oral de la etapa intermedia, la juzgadora dictó clausura provisional. Contra ese fallo, el abogado defensor del procesado aludido, interpuso recurso de apelación, debido a que solicitó el sobreseimiento del proceso a favor de su defendido, al estimar una doble persecución en su contra, el cual la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, declaró sin lugar; y d) por lo anterior, instó recurso de casación por motivo de fondo, que la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia -autoridad cuestionada-, en auto de veintidós de agosto de dos mil diecinueve –acto reclamado–, rechazó de manera liminar⁴.

El amparo se plantea porque la autoridad cuestionada rechazó el recurso de casación realizando una errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 235 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, al aducir que el asunto no encuadraba en las causales del artículo 441, numeral 5) del Código Procesal Penal, inobservando que el proceso subyacente es de justicia especializada juvenil, la cual está desprovista de formalidades, en cuanto a si el medio de impugnación interpuesto es por forma o por fondo, con base en el principio de interés superior del niño.

⁴ Amparo en única instancia. Expediente 1252-2020. Guatemala, diez de noviembre de dos mil veinte.

En el fondo del asunto se alega que se había iniciado proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal en su contra, pese a que desde su inicio, se indicó que se le persigue por el mismo hecho endilgado, pues fue sancionado por la infracción al tipo penal de Portación ilegal de armas de fuego de uso civil y/o deportivas –la cual se encuentra cumpliendo– y, posteriormente se le inició proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal por la infracción al tipo penal de homicidio, lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El recurrente incurrió en defectos de planteamiento de la casación:

Cuando se presenta un recurso por motivo de fondo [sea de apelación especial o de casación], las argumentaciones deben partir de los hechos acreditados por el Juez o Tribunal de primera instancia, siendo este apartado el único marco fáctico referencial para el análisis de inconformidades respecto a la aplicación de la ley sustantiva [vicios in iudicando], y en el presente caso por la etapa procesal en que se encuentra el juicio, aún no se ha dictado sentencia, por ende no existe base fáctica a través de la cual Cámara Penal pueda revisar la errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación de la ley sustantiva.

Y la Corte de Constitucionalidad consideró:

El submotivo de fondo invocado –contenido en el numeral 5) del artículo 441 del Código Procesal Penal–, debía exponer por medio de un alegato de carácter jurídico, la errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación de la ley sustantiva en el caso concreto, no obstante el postulante pretendía que se examinara la supuesta indebida aplicación o falta de aplicación de los artículos 150 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y 17 del Código Procesal Penal en relación a los artículos 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 20 del Código Procesal Penal y 148 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, normas que no guardan relación con el submotivo de fondo invocado, las que en todo caso, con base en el argumento que se sustenta, era viable denunciar por medio de un motivo de forma, de ahí que lo dispuesto por la aludida autoridad se encuentra ajustado a Derecho.

Por lo tanto, declaró sin lugar el amparo. El fallo pone de manifiesto el formalismo con que debe plantearse y conocerse el recurso de casación también en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal. El argumento del amparista no prosperó.

El principio del antiformalismo pretendido bajo la especialidad de la justicia penal juvenil no alcanza a la materia recursiva. Se debe indicar con claridad si los motivos del recurso de casación son de forma o de fondo:

...Respecto al argumento relacionado con que la autoridad reprochada rechazó el recurso extraordinario instado inobservando que el proceso subyacente es de justicia especializada juvenil, la cual está desprovista de formalidades relacionadas con el principio de interés superior del niño, se estima que, en congruencia con lo anteriormente establecido, la Cámara Penal efectuó el estudio de admisibilidad correspondiente, sin exigir requisitos no previstos en la Ley, en tanto que, al interponer dicho recurso de casación, el accionante, aún dentro de un proceso de menores en conflicto con la Ley Penal, debe cumplir con exponer los elementos necesarios para su trámite, entre ellos los motivos en que funda su recurso, tal y como lo establece el artículo 235 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad muestra el error técnico en que incurrió el casacionista en su oportunidad:

...el recurrente incurrió en defectos en el planteamiento del recurso de casación interpuesto, pues conforme al submotivo de fondo invocado –contenido en el numeral 5) del artículo 441 del Código Procesal Penal–, debía exponer por medio de un alegato de carácter jurídico, la errónea interpretación, indebida aplicación o falta de aplicación de la ley sustantiva en el caso concreto, no obstante el postulante pretendía que se examinara la supuesta indebida aplicación o falta de aplicación de los artículos 150 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y 17 del Código Procesal Penal en relación a los artículos 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, 20 del Código Procesal Penal y 148 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, normas que no guardan relación con el submotivo de fondo invocado, las que en todo caso, con base en el argumento que se sustenta, era viable denunciar por medio de un motivo de forma, de ahí que lo dispuesto por la aludida autoridad se encuentra ajustado a Derecho.

Pero *obiter dicta* recuerda a la Cámara Penal que, al tratarse de una clausura provisional, aun no existe plataforma fáctica en sentencia de hechos probados, únicamente hechos acusados, y en buenos términos garantistas ofrece la siguiente solución para plantear el motivo de fondo en casación:

...se estima que si el recurrente expone argumentos jurídicos atinentes al motivo de fondo de casación, desarrollando una tesis que sea coherente con los distintos submotivos dispuestos en el Código Procesal Penal para el efecto, su impugnación sería susceptible de ser conocida. (En similar sentido, al analizar lo relativo a otra figura procesal, se pronunció esta Corte en el fallo de veintinueve de abril de dos mil veinte, dictado en el expediente 3662-2019)”.

E) Motivación debida de la sentencia. Agravación de la sanción

Se impugnó la sentencia de 1 de marzo de 2021, por la que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal⁵, declaró improcedente el recurso de casación por motivos de forma y fondo interpuesto por el postulante contra el fallo de apelación, en el proceso instado en su contra por la infracción a la ley penal calificada como Violación con agravación de la pena. Al momento de los hechos el adolescente procesado tenía diecisiete años de edad, y el niño víctima cuando fue violado tenía diez años de edad. El Juzgado de instancia le impuso la sanción socioeducativa de libertad asistida por un plazo de un año y ocho meses. Contra esa decisión, el Ministerio Público interpuso recurso de apelación, que la Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Retalhuleu acogió parcialmente y, como consecuencia, modificó la sanción impuesta a privación de libertad en centro especializado de cumplimiento en régimen cerrado por el plazo de tres años.

⁵ Amparo en única instancia. Expediente 1902-2021. Corte de Constitucionalidad., treinta de noviembre de dos mil veintiuno.

Merece la pena citar los argumentos de la sentencia de instancia:

Si bien es cierto la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, busca la reinserción del adolescente en su familia y en la sociedad, también lo es que el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, tendrá como objetivos establecer la transgresión a la ley penal, determinar quién es su autor o partícipe y ordenar la aplicación de las sanciones correspondientes, por lo que este Tribunal considera que en el caso que es objeto de estudio debe estarse a lo que para el efecto establecen los artículos 252 y 253 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que establecen la privación de libertad como una medida de carácter excepcional que puede ser aplicada solo en los siguientes casos: a) Cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad y se trata de un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes; b) Cuando se trata de delitos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con penas de prisión superiores a seis años, y para el efecto la segunda norma citada contempla lo relativo a los distintos regímenes de privación de libertad en centro especial de cumplimiento; también lo relativo a la sanción, debe de analizarse desde la perspectiva del artículo 65 del Código Penal.

La Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal estimó que la Sala argumentó adecuadamente las razones para modificar la sanción, supuesto de excepcionalidad en la que se amerita aplicar prisión. El condenado estimó que el agravamiento de la sanción incumple con los fines de resocialización del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal. Sin embargo, la Cámara valida que la plataforma fáctica del delito avala la sanción, al haberse comprobado la participación del adolescente en el delito de Violación con agravación de la pena, cometido contra la libertad sexual de un niño menor de diez años, lo cual constituye un delito doloso sancionado en el Código Penal para mayores de edad con una pena de prisión de más de seis años.

La Corte de Constitucionalidad denegó el amparo, y argumentó concretamente:

En ese sentido, la decisión que asumió el Tribunal de Casación, al resolver sobre las alegaciones realizadas por el postulante se ajustan a lo prescrito en el artículo 11 Bis del Código Procesal Penal, ya que conforme a los antecedentes previamente referidos y la sentencia que constituye el acto reclamado, se determina que la autoridad objetada, en uso de sus facultades, realizó el estudio legal pertinente, consistente en un análisis confrontativo entre lo resuelto por la Sala impugnada y lo denunciado por el postulante, concluyendo que la respuesta que brindó ese tribunal de alzada, contrario a lo denunciado por el amparista, se encontraba debidamente fundamentada, en concordancia con los motivos de impugnación planteados por el Ministerio Público. Además, estableció que la Sala jurisdiccional, al modificar la sanción impuesta al amparista, aplicó correctamente el 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pues tomó en consideración la gravedad de los hechos acreditados y la afectación causada al niño víctima.

En este caso concreto, puede no compartirse el criterio agravatorio, en función del principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, pero también por una interpretación en nada garantista del artículo 252 de la LPINA inherente a la justicia penal juvenil

En otro caso, se reclama en contra de la sentencia de diez de agosto de dos mil veinte, por la que la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal –autoridad cuestionada–, declaró improcedente el recurso de casación, por motivo de forma contra el fallo emitido por la Jueza Segunda de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, en el proceso penal incoado en su contra por infracción a la ley penal calificada como Lesiones culposas

La Jueza. Primera de Paz Penal del municipio y departamento de Guatemala, impuso al adolescente las sanciones siguientes: i) prohibición de conducir vehículo automotor por el plazo de un año; ii) obligación de prestar servicio comunitario por dos meses (sesenta días efectivos) en la Municipalidad de Guatemala, para lo cual deberá comparecer ante el Juez de Asuntos Municipales, autoridad que determinará en qué área de la municipalidad pueda prestar el servicio, debiendo extender las constancias correspondientes; iii) obligación de tomar cursos de educación vial por el plazo de seis meses, acudiendo a cualquier escuela de automovilismo que esté debidamente autorizada, quien extenderá las constancias respectivas; iv) para los efectos de la reparación digna, indicó que quedaba habilitada la vía civil a los agraviados, para poder solicitar el resarcimiento de los daños que les hubieren causado, como resultado de las acciones acreditadas.⁶

El recurso de apelación se planteó señalando vulneración al principio de razón suficiente, pues se le otorgó valor probatorio a la declaración de dos testigos, sin que a ellos les consta personalmente que el adolescente procesado era quien manejaba el vehículo. Además, el adolescente portaba licencia con base en la prevención policial, pero esta no fue diligenciada como medio de prueba en el debate.

La Sala argumentó:

Que aunque el apelante se pronuncia en cuanto a la existencia del semáforo de ciclovía, este en ningún momento se demostró su injerencia toda vez que tal y como lo analiza la juzgadora a quo, lo declarado e interrogado a los testigos es totalmente coherente y se robustecen entre sí, toda vez que atendiendo al hecho que tratándose de semáforos para el paso vehicular, son totalmente diferentes a los que alude el apelante

La Cámara consideró esta explicación como lógica, clara y precisa de los motivos por los que consideró no acoger el recurso de apelación y en casación sin vulneración a las reglas de la sana crítica razonada y al debido proceso. El amparo no fue otorgado, ya que la Corte de Constitucionalidad lo avaló el razonamiento de la Cámara Penal al declarar improcedente el recurso de casación:

Ello, porque luego del estudio que efectuó, la hoy autoridad cuestionada determinó que la Sala jurisdiccional dio respuesta concreta y precisa en cuanto a las denuncias planteadas por el adolescente procesado en el recurso de apelación instado, haciendo los razonamientos propios, determinando que la Jueza Sentenciadora, aplicó correctamente la sana crítica razonada, en especial en cuanto a los principios de la lógica y la razón suficiente, porque, entre otras cosas, consideró: en relación al primer submotivo de forma: que la autoridad reprochada fundamentó debidamente su decisión porque explicó en forma clara y precisa en

⁶ Amparo en única instancia. Expediente 1882-2021. Guatemala, veinticinco de enero de dos mil veintidós

qué consistían los principios que el impugnante señaló de vulnerados, efectuando las motivaciones y razonamientos necesarios para concluir que no se transgredieron las reglas de la sana crítica razonada. Para el segundo submotivo de forma consideró que el Tribunal de alzada resolvió conforme a Derecho porque se sustentó que la Jueza de primera instancia realizó el razonamiento lógico en la concatenación de los medios de prueba generados en el debate oral y público, lo que le permitió concluir como lo hizo, resolviendo en forma motivada y fundamentada, determinó la no vulneración al principio de razón suficiente y tercero excluido. En lo que respecta al tercer submotivo de forma, al igual que en los submotivos anteriormente relacionados, estableció que quedó debidamente razonado del porqué no vulneró el principio de razón suficiente y el debido proceso al considerar correcta la forma en que se identificó al agraviado y como se acreditó el hecho de que el adolescente en la comisión del hecho condujo vehículo sin la licencia respectiva, por lo que el Tribunal de alzada sí resolvió con apego a Derecho. El cuarto submotivo de forma, también fue debidamente fundamentado al motivar cada uno de los elementos que la sentenciante consideró en relación al adolescente en cuanto a la comisión del hecho, tales como que actuó con imprudencia, negligencia e impericia, aspectos de los cuales se efectuaron por la Juez de Apelación, los razonamientos correspondientes. Por último, el quinto submotivo de forma, al igual que los anteriores, advirtió que se cumplió con la motivación y fundamentación que requiere la ley para el efecto, no existiendo vulneración al debido proceso por parte de la sentenciante, pues se pronunció respecto al derecho del querellante adhesivo, en cuanto a acudir a la vía civil para efectuar el reclamo correspondiente, explicó que el hecho de no solicitar la reparación digna en la vía penal, no limitaba el derecho de acudir a la vía civil.

3.2. Ejecución de sanciones socioeducativas

A) Revisión de la sanción privativa de libertad a libertad asistida

Mediante auto de dos de octubre de dos mil dieciocho, la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia declaró con lugar el recurso de apelación que instó el Ministerio Público contra la decisión de la Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala y, como consecuencia, revocó la resolución que modificó la sanción de privación de libertad en centro especializado de cumplimiento por la sanción de libertad asistida, dentro del proceso incoado por infracciones a la ley penal calificadas como homicidio y tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM.⁷ La Corte de Constitucionalidad en el caso concreto señaló:

Resulta relevante señalar que consta en las actuaciones procesales que la sanción concerniente a cinco años de privación de libertad en centro especializado de cumplimiento en régimen cerrado venció el once de enero de dos mil veinte, por lo que a partir de ese momento el adolescente comenzaría a cumplir la sanción de libertad asistida impuesta, la cual vence en enero de dos mil veintiuno, como quedó apuntado con anterioridad. Por ello, se determina que siendo el objeto de reproche en el presente amparo la modificación de la sanción impuesta, a la presente fecha, ninguna incidencia tendría en la esfera jurídica del

⁷ Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 6957-2019. Guatemala, veinticuatro de noviembre de dos mil veinte.

postulante cualquier pronunciamiento que se emitiera sobre el acto reclamado, puesto que ya ha transcurrido el plazo –de cinco años– por el que fue impuesta inicialmente la sanción de privación de libertad en centro especializado de cumplimiento en régimen cerrado.

El autor debe comentar lo siguiente en relación al fallo en relación al debido proceso. Se está de acuerdo con la interpretación *favor libertatis* realizada por la Corte de Constitucionalidad y es acorde con el principio de reeducación y resocialización que debe buscar la justicia penal juvenil y en particular en la etapa de ejecución de sanciones socioeducativas

En otro caso, auto de cinco de abril de dos mil diecisiete, dictado por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia –autoridad reprochada–, que declaró con lugar el recurso de apelación instado por el Ministerio Público contra la decisión del Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala y, como consecuencia, revocó el auto que modificó la privación de libertad en régimen semi abierto, por la sanción socioeducativa de libertad asistida y sanción de prestación de servicios a la comunidad, dentro del proceso incoado en su contra por el delito de Asesinato.⁸

El conflicto versa sobre la interpretación de las facultades revisoras previstas en el artículo 106, literal f), de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, para los jueces de control de ejecución de medidas. La Corte de Constitucionalidad realiza una interpretación resocializadora:

Esta Corte determina que efectivamente en el fallo impugnado debió considerarse que el objetivo de la ejecución de las sanciones a menores en conflicto con la ley penal, conforme lo regulado en el artículo 255 de la Ley *ibid*, tiene por objeto fijar y fomentar acciones sociales necesarias para que el adolescente sometido a algún tipo de sanción obtenga su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y a la sociedad, así como desarrollar sus capacidades y sentido de responsabilidad, por cuanto que conforme la fase de ejecución regulada en los artículos 260 y 261 de la ley precitada, como mínimo deben respetarse algunos derechos fundamentales como la vida, dignidad, integridad física y moral e igualdad ante la ley, y tiene derecho a no ser discriminado, permanecer preferentemente en su medio familiar, recibir servicios de salud, educativos y sociales conforme su edad y que se los proporcionen personas con la formación requerida, así como ser ubicado en un lugar apto para el cumplimiento del plan de ejecución individual y no ser trasladado arbitrariamente, no ser incomunicado ni sometido a un régimen de aislamiento, ni a imposición de penas corporales, para evitar actos de violencia en su contra, garantizándole además, los derechos especialmente establecidos para los adultos y que sean aplicables a los adolescentes.

Por lo anterior, es procedente revocar la sentencia apelada, otorgando el amparo.

⁸ Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 1801-2018. Guatemala, diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

B) Conexión y unificación de sanciones

Se impugnó la resolución de dieciséis de febrero de dos mil diecisiete, por la que la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, declaró sin lugar el recurso de apelación y, como consecuencia, confirmó la decisión del Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, que conexó los expedientes que contienen las conductas cometidas por el adolescente violatorias a la ley penal.⁹

En su oportunidad, la Jueza Primera de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, el treinta de diciembre de dos mil quince, en la causa C-178-2016, impuso la sanción de tres años de privación de libertad en régimen cerrado, por haber sido declarado culpable de la comisión de los actos violatorios a la ley penal de Asociación ilícita y Extorsión, efectuados del veintiséis de febrero al veinte de mayo de dos mil quince; Asimismo, la Jueza Segunda de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, el dos de marzo de dos mil dieciséis, en la causa C-241-2016, impuso al interponente la sanción de seis años de privación de libertad en centro especializado de cumplimiento en régimen cerrado, por haber sido encontrado responsable de la comisión de la infracción a la ley penal de Asesinato, cometido el veintitrés de enero de dos mil quince. Los fallos sancionatorios dictados adquirieron firmeza, para la primera causa el catorce de enero de dos mil dieciséis y para la segunda el diecisiete de marzo del citado año y, posteriormente, se aprobaron los planes de cumplimiento y se remitieron las causas para su ejecución

Al remitir las causas relacionadas al Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, este decidió conexaslas, dictando la resolución correspondiente en la que dispuso la forma en que debían cumplirse las sanciones impuestas.

Además de infringir las reglas de conexión, que únicamente se prevén para las etapas preparatoria e intermedia, se pretende que se le prive de su libertad por un período de nueve años, superando los seis años que existen como pena máxima para adolescentes entre quince y dieciocho años, de conformidad con lo que regula el artículo 252 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. La Corte de Constitucionalidad declara su doctrina legal en la materia:

Es procedente otorgar el amparo cuando la autoridad cuestionada, confirma el cómputo de las sanciones impuestas al postulante, emitiendo un fallo que carece de la debida fundamentación, al inobservar lo regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en lo referente a que únicamente es viable el cumplimiento sucesivo de las sanciones en los casos en que el adolescente cometa un nuevo hecho ilícito luego de que la primera sanción haya adquirido firmeza; lo anterior en aplicación de la doctrina legal emitida por la Corte de Constitucionalidad, en cuanto a la interpretación del artículo 252 de la precitada ley y, el ejercicio del control de convencionalidad que corresponde entre otros, a los órganos jurisdiccionales.

⁹ Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 6006-2017. Guatemala, veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve.

Sin embargo, no fue así, en el caso del auto de cinco de septiembre de dos mil diecinueve, dictado por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, que rechazó liminarmente para su trámite el recurso de casación, por motivo de fondo, contra el fallo de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia que declaró sin lugar el recurso de apelación que este planteó contra la decisión de la Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, de unificar las sanciones que le fueron impuestas dentro de tres causas penales, en las que fue condenado, como consecuencia, el cómputo ascendió a doce años de privación de libertad.¹⁰

La Sala indicó que se trataba de tres sanciones contra la misma persona por tres hechos distintos, por lo que la Juez de autos al hacer el cómputo tomó en cuenta dicho extremo, para ser cumplidas las sanciones una en pos de otra. No se trata de una modificación de sanciones.

La Cámara interpretó la improcedencia de la casación porque no se impuso nueva sanción, considerando lo dispuesto en el artículo 234 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia preceptúa que: “El recurso de casación procede contra las resoluciones que terminen el proceso y contra las fijaciones ulteriores de la sanción, siempre que el hecho no constituya una falta.” La Corte de Constitucionalidad lo reiteró.

El autor considera que el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal carece de normas en que regulen el concurso de delitos aplicable en la materia, por lo que existe una laguna legal al respecto, con consecuencia negativas para el adolescente. Además, en el supuesto de concurrencia de ejecución de sanciones por distintos hechos, se opina que debe respetarse el plazo máximo de pena privativa de libertad previsto en la LPINA, y en todo caso, considerar la evolución en el tratamiento reeducativo del adolescente sancionado, para solicitar y acordar una revisión de la sanción a una medida no privativa de su libertad.

En el caso del auto de seis de enero de dos mil veinte, emitido por la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, que rechazó liminarmente el recurso de casación, por motivo de fondo contra el fallo de la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia del departamento de Guatemala, que declaró sin lugar el recurso de apelación que éste planteó contra la decisión de la Jueza de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, de unificar las sanciones que le fueron impuestas, dentro de dos causas penales, en las que fue condenado; como consecuencia, el cómputo ascendió a siete años y seis meses de privación de libertad.¹¹

La Sala utilizó la doctrina legal de la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente número mil trescientos guión dos mil catorce [1300-2014, y en igual sentido, los expedientes mil ochocientos cuarenta y seis guión dos mil trece (1846-2013) y mil novecientos treinta guión dos mil trece (1930-2013), al resolver en igual sentido], pues las sanciones provenían de procesos diferentes tramitados en su contra ambos por el delito de

¹⁰ Amparo en única instancia. Expediente 1313-2020. Guatemala, seis de enero de dos mil veintiuno

¹¹ Amparo en única instancia. Expediente 4732-2020. Guatemala, diecisiete de junio de dos mil veintiuno

asesinato- por lo que las sanciones decretadas debían cumplirse una a continuación de la otra.

La Cámara efectuó la interpretación ya citada del artículo 234 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia respecto a la unificación, y agregó: “lo cual, además, por ser una cuestión incidental, no tiene la naturaleza de fallo definitivo (“que terminen el proceso”) que pueda ser recurrido en casación”. La Corte reiteró y denegó el amparo.

Se impugnó el auto de treinta de noviembre de dos mil dieciséis, dictado por la autoridad cuestionada, que declaró sin lugar el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, que determinó la forma en que vencen las sanciones que le fueron impuestas, al no estar de acuerdo con la conexión y estimando que la sanción superaba el mínimo de seis años que determina la ley de la materia, y porque existen dos autos vigentes, de donde se infiere que el plazo de las sanciones corre en ambos. Se trató de delitos de Asesinato, en distintos hechos.¹² La Corte de Constitucionalidad señaló su doctrina legal:

Genera agravio de relevancia constitucional, el fallo que en materia de ejecución de sanciones privativas de libertad, en centro especializado de cumplimiento contra adolescentes en conflicto con la ley penal, desatiende el criterio jurisprudencial sentado por la Corte de Constitucionalidad, en el sentido de que únicamente es viable el cumplimiento sucesivo de las sanciones, en los casos en que el adolescente cometa un nuevo hecho ilícito luego de que la primera sanción haya adquirido firmeza; lo anterior, de conformidad con la interpretación del artículo 252 de la precitada ley y, el ejercicio del control de convencionalidad que corresponde entre otros, a los órganos jurisdiccionales.

La Corte otorgó el amparo.

Al respecto se comenta el criterio de la Corte de Constitucional en relación al encadenamiento en la ejecución de sanciones: la reincidencia si la sanción anterior ya era firme. Se está de acuerdo con la interpretación garantista específica de la justicia penal juvenil que la Corte considera, pues se fundamenta en el principio presunción de inocencia del adolescente sindicado, y de esta manera se evita su mantenimiento en prisión en forma continua.

En otro caso, el Juez Segundo de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala dictó sentencia condenatoria el veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, por ser responsable de la infracción de la ley penal al encuadrar su conducta en el tipo penal de femicidio, por el cual le impuso sanción de seis años de privación de libertad en centro especial de cumplimiento en régimen cerrado, sanción que debía computarse a partir del veintiocho de noviembre de dos mil catorce, fecha en la cual se le ligó a proceso y se decretó la medida de coerción de privación de libertad, hasta su vencimiento, el veintisiete de noviembre de dos mil veinte; c) mediante resolución de veintiséis de enero de dos mil dieciocho, el Juez de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal del departamento de Guatemala, ordenó conexas el expediente C-37-2017

¹² Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 5898-2017. Guatemala, quince de octubre de dos mil diecinueve

Asistente I al expediente C23-2018 Asistente I, por figurar en ambos procesos como adolescente transgresor, es decir, la misma persona, debiendo cumplir. Primero la sanción más grave. Además, hizo saber a los sujetos procesales que las sanciones vencen de la forma siguiente: a) la sanción de seis años de privación de libertad en régimen cerrado impuesta dentro del expediente C-37-2017 asistente I, vence el treinta de noviembre de dos mil veintiuno y b) la sanción de seis años de privación de libertad en régimen cerrado impuesta en el expediente C-23-2018 asistente I, vence el veintinueve de noviembre de dos mil veintisiete.¹³

En la doctrina legal reiterada de la Corte de Constitucionalidad en los expedientes 2192-2017 del veintinueve de agosto de dos mil diecisiete; 5614-2014 del once de junio de dos mil quince y 6126-2014 del siete de mayo de dos mil quince, se infirió que:

La única circunstancia que hacía viable la posibilidad de cumplimiento sucesivo de dos o más sanciones socioeducativas privativas de libertad, sería aquella en la que, estando el adolescente sancionado, dicha sanción haya adquirido firmeza -luego de la resolución de los medios de impugnación pendientes cuando hayan sido instados- y que con posterioridad a ello y habiendo, por ende, sido sometidos al procedimiento gubernamental sancionatorio, cometa una nueva infracción a la ley penal.

Sin embargo, en este caso, la Corte de Constitucionalidad se aparta de dicha doctrina legal, exponiendo como razonamiento de innovación interpretando garantistamente los artículos 5 y 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia:

Con base en lo expuesto, cabe decir que el precepto legal bajo estudio debe ser interpretado en todo su contexto, debido a que contiene dos elementos importantes a tomar en cuenta, en primer término, la diferencia en la aplicación de la sanción y el cumplimiento máximo de la sanción ahí dispuesta... De ahí que no sería congruente con los fines de la ley de la materia y con los objetivos de la fase de ejecución del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal estimar que, al existir un concurso de causas judiciales en las que el adolescente procesado fue declarado responsable de cometer diversas infracciones y como consecuencia, se le impusieron distintas sanciones, únicamente tuviera la obligación de cumplir uno de los fallos que fueron emitidos en su contra.

Además, se dispone que lo correcto sea conexas las causas en los Juzgados de Primera Instancia, y no en ejecución (en sentencias de nueve de diciembre de dos mil catorce, dieciocho de febrero de dos mil dieciséis, veinte de septiembre de dos mil dieciséis, veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, diez de enero de dos mil dieciocho y doce de febrero de dos mil dieciocho, dictadas en los expedientes 3412-2014, 4748-2015, 2605-2016, 2192-2017, 2195-2017 y 5507-2017, respectivamente). Y desde la perspectiva del principio de legalidad indica:

Porque el momento de comisión de los delitos y la pluralidad de estos no constituye un parámetro en los cuerpos legales precitados, para efectos de conexión y cómputo de las sanciones impuestas a los adolescentes. La postura que por vía de este fallo se asume encuentra también sustento en que, no es válido que pueda mantenerse la tesis como la que

¹³ Apelación de Sentencia de Amparo Expediente 164-2020. Guatemala, cinco de abril de dos mil veintidós.

se afirmaba anteriormente referente a que, cuando existan dos o más procesos incoados contra un mismo adolescente por conductas calificadas como infracciones a la ley penal, cometidas antes de declarársele responsable por alguna de estas, las sanciones impuestas en su conjunto, no pueden superar los seis años de privación de libertad que señala el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pues dichas sanciones derivan de conductas ilícitas consideradas de gravedad, por los bienes jurídicos tutelados que han sido vulnerados.

Con fundamento en los razonamientos anteriores y con base en la facultad prevista en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, esta Corte se separa del criterio que se había asentado ya fuera expresa o tácitamente, en casos anteriores y, en un reexamen del tema, se asienta el criterio de que, no produce violación a los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, la decisión de los Jueces de Control de Ejecución de Medidas para Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal que al decretar la acumulación de las causas seguidas contra estos, en las que se les han impuesto diferentes sanciones por distintos ilícitos, determinan que estas deben ser cumplidas una en pos de la otra, pues ello no transgrede lo dispuesto en el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (En igual sentido, Expediente 410-2022).

Se opina en relación al fallo y al cambio en la doctrina legal, que supone un giro no garantista de la Corte de Constitucionalidad en la materia. Ya que supone una cesión en favor de un derecho penal juvenil castigador, y no resocializador, además de potenciar el uso de la prisión, lo que va en contra del bloque de constitucionalidad en materia, pues se permite superar el plazo máximo legalmente establecido.

4. Conclusiones

Como ha venido señalando la doctrina especializada el garantismo procesal penal, es una corriente evolutiva y dinámica, que es capaz de acoger derechos, principios y reglas inherentes al tratamiento diferenciado de la niñez y adolescente en el marco de la justicia especializada.

De esa cuenta el debido proceso penal de adolescentes en conflicto con la ley penal, debe integrar: a) Las clásicas garantías procesales que surgieron en el proceso penal para adultos, y que tienen rango constitucional, puesto que se dirigen a la persona humana en abstracto y en función de su dignidad, de lo que no se sustrae el Derecho Penal Juvenil; b) La interpretación y aplicación del principio de interés superior del adolescente en las distintas etapas del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, lo que dota de un complemento a los requerimientos del debido proceso; c) Las garantías especializadas surgidas del bloque de constitucionalidad de niñez y adolescencia, y las específicas de la justicia penal juvenil, que doctrinaria, legal y jurisprudencialmente se suman.

Para integrar los resultados investigativos anteriores y se procede a caracterizar el derecho al debido proceso en la justicia penal juvenil desde el análisis crítico de la jurisprudencia constitucional guatemalteca. Y el respecto, utilizando el método analítico-

sinéptico se concluye en el momento actual, la Corte de Constitucionalidad mantiene un doble criterio:

A) En relación a las incidencias procesales, la jurisprudencia en materia de amparo, pone de manifiesto que el debido proceso es el principal argumento de impugnación de las resoluciones emitidas en las distintas etapas del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal y que, de manera paralela al proceso penal de adultos, los sujetos procesales, han exigido su cumplimiento irrestricto al sistema judicial. Existe ya una incipiente jurisprudencial constitucional en materia de debido proceso en el proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal, que puede resumirse de la siguiente manera:

1. Las resoluciones que declaran la falta de mérito deben contener la debida motivación cumpliendo con exponer y razonar con claridad los motivos de hecho y de derecho en que fundamentó su decisión. Esto es especialmente necesario en los casos de versiones contradictorias, propias de los casos que involucran a adolescentes.
2. Los sujetos procesales tienen derecho a que el tribunal admita todos los medios de prueba en defensa de sus derechos, siempre que respeten lo dispuesto en el Código Procesal Penal, supletoriamente (artículo 141 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia).
3. Se aplicará judicialmente el instituto de la prescripción de la acción penal y archivo de la carpeta judicial, fundamentándose en el artículo 225 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia previa audiencia a las partes en forma de incidente (artículo 32, 150 bis 294, numeral 3, y 295 del Código Procesal Penal, supletorios).
4. La intangibilidad de la valoración de la prueba en la sentencia sólo puede impugnarse a través de los recursos y considerando los agravios y motivos legales disponibles, sin que pueda alegarse un especial tratamiento por la naturaleza del proceso de adolescentes en conflicto con la ley penal.
5. El agravamiento de la sanción impuesta en sentencia al plantear la apelación, debe estar motivado, y en los casos de prisión acogerse a su regulación legal (Artículos 252 y 253 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia). Existen fallos en casos muy graves, donde se ha excepcionado la regla de prohibición de *reformatio in peius*.

B) Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad ha dado un giro no garantista en materia de ejecución de sanciones socioeducativas acumuladas de prisión. En materia de conexión y unificación de delitos, y cuando el adolescente cometa un nuevo hecho ilícito luego de que la primera sanción haya adquirido firmeza, la Corte de Constitucionalidad recomienda efectuarlo en la etapa preparatoria o a más tardar en la intermedia. En la etapa de ejecución, los Jueces de Control pueden “acumular” las sanciones privativas de libertad, pero siguiendo las reglas establecidas como doctrina legal: a) Las sanciones que provengan de procesos diferentes deben cumplirse una a continuación de la otra, siempre que estén firmes y ejecutoriadas. (Expedientes 1300-2014, 1846-2013 y 1930-2013, 2192-2017; 5614-2014; 6126-2014; b) Que, aunque acumuladamente supere los 6 años de prisión no se

transgrede el artículo 252 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el adolescente debe cumplir íntegramente los fallos (Expediente 410-2022, 164-2020).

El juez de control de ejecución puede revisar la sanción socioeducativa impuesta fijando una menos gravosa (por ejemplo, de privación de libertad a libertad asistida) para el adolescente condenado siempre que lo motive debidamente.

Se concluye en relación a la pregunta de investigación que el procedimiento de adolescentes en conflicto con la ley penal aún mantiene tensiones en relación a la efectividad del debido proceso, y que requiere de modulación a través de la jurisprudencia constitucional, la que ha demostrado que puede variar.

Referencias

- Altamirano Escalante, S., & Ramírez Benítez, R. A. (2020). *Los pilares constitucionales de la justicia penal para adolescentes*. México: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/los-pilares-constitucionales-de-la-justicia-penal-para-adolescentes>.
- Berrios Díaz, G. (2015). *Cuatro consideraciones acerca del derecho penal juvenil y los derechos de la infancia*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/miscelaneas41157.pdf>.
- Calderón Cristal, A. I. (2020). Delimitación del bloque de constitucionalidad en el caso guatemalteco. Tomo XVI. Abril 2019-Marzo 2020. *Opus Magna*.
- Castillo Estribi, A. (2008). *El debido proceso en la jurisdicción penal de adolescentes*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal Penal. Panamá: Universidad de Panamá.
- Cillero Bruñol, M., & Vázquez Rossoni, O. (2016). *Modelo regional de política de justicia penal juvenil. Hoja de ruta y recomendaciones para los Estados de América Latina*. Madrid: EUROSocial.
- Cillero, M. (2000). *Los derechos del Niño: de la proclamación a la protección efectiva" en Justicia y Derechos del Niño Número 3*. UNICEF. Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Washington: <http://cidh.org/countryrep/JusticiaJuvenil2011sp/jjii.sp.htm>.
- Consejo de la Judicatura de Ecuador. (s.f.). *Guía para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil*. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/GUIA%20PARA%20LA%20APLICACION%20DEL%20ENFOQUE%20RESTAURATIVO%20EN%20LA%20JUSTICIA%20JUVENIL.pdf>.
- Contreras Rojas, C. (2021). Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial

- referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia en clave de infancia Vol. 19 Núm. 2. *Estudios Constitucionales*.
- Defensoría Pública del Ecuador. Terre des hommes. (2016). *Guía práctica para el litigio en justicia penal juvenil*. Quito.
- Gómez Barrera, A. (2021). Marco internacional de la justicia penal juvenil. *Estudios*. Vol. 30. Número 2.
- Hernández Alarcón, C. A. (2005). *El debido proceso y la justicia penal juvenil. Tesis de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Herrera Lizcano, J. C. (29 de 09 de 2006). *El debido proceso y el sistema acusatorio en la Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Yucatán*. Obtenido de <https://www.derecho.uady.mx/tohil/rev24/adolescentes.pdf>
- Llobet Rodríguez, J. (2002). La Justicia penal juvenil y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- Luz Rivas, D. (2002). *Seminario debido proceso y derechos. El debido proceso en el derecho penal juvenil*. Obtenido de http://iin.oea.org/cd_resp_penal/documentos/7067070.pdf
- Maier, J. (2000). Los niños como titulares del derecho al debido proceso. En UNICEF, "JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 2 (págs. 7-17). Buenos Aires.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2008). *Guía práctica sobre principios aplicables a la administración de justicia penal juvenil y a la privación de libertad de adolescentes en conflicto con la ley penal*. Guatemala.
- Portocarrero Quispe, Jorge Alexander (2005). El Derecho al debido proceso en el sistema interamericano sobre Derechos Humanos. Tesis. Perú: Universidad Mayor de San Marcos.
- Ramírez España Beguerisse, P. (2010.). El sistema de justicia para adolescentes frente al reto de su implementación. *Defensor. Número 5. Comisión De Derechos Humanos del Distrito Federal. México*.
- Ricardo Lillo, M. L. (2014). Reforma a la justicia penal juvenil y adolescentes privados de libertad en Chile: Aportes empíricos para el debate. *Polít. crim. vol.9 no.18 Santiago*.
- Rosa Vigil, Z. (2000). Justicia penal de adolescentes: principios y garantías fundamentales. *Encuentro, año XXXII, Número 54*.
- Vasconcelos Méndez, R. (2009). El debido proceso en el sistema de justicia de adolescentes en México. En R. Vasconcelos Méndez, *El debido proceso en el sistema de justicia para adolescentes* (págs. 113-221). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.

Derechos de Autor (c) 2022 Carlos Horacio Morales López



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

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

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

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

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



Análisis de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre igualdad material

Analysis of the Jurisprudence of the Constitutional Court of Guatemala, in the topic of material equality

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.84>

Lester Manuel Meda Ruano*

Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala

lesmanu2@gmail.com

ENVIADO EL 9 DE JUNIO DE 2022

ACEPTADO EL 4 DE OCTUBRE DE 2022

PUBLICADO EL 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

El presente trabajo representa un breve estudio de los aspectos históricos, doctrinarios y jurisprudenciales de la aplicación de la igualdad material en Guatemala. Para ello, se establece un recorrido histórico hasta llegar a su regulación actual en la Constitución Política de la República de Guatemala. Se incluyen 7 resoluciones emitidas por la Corte de Constitucionalidad que establecen los elementos generales de la igualdad

Abstract:

The present work represents a brief study of historical, doctrinaire and jurisprudential of the application of the material equality in Guatemala. For this, a historical route is established until it reaches its current regulation in the Constitution of Guatemala. It includes 7 resolutions that establish the general elements of the application of the material equality, which is essential to distinguish it from the "other equality" (known as the formal)

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

material, lo que es indispensable para distinguirla de la “otra igualdad” (la formal).

Palabras claves: Derechos humanos, discriminación, igualdad, justificación razonable.
Key words: *Human rights, discrimination, equality, reasonable justification.*

Análisis de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala sobre igualdad material

Analysis of the Jurisprudence of the Constitutional Court of Guatemala, in the topic of material equality

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.84>

Lester Manuel Meda Ruano
Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala
lesmanu2@gmail.com

Sumario

1. Introducción; 2. Antecedentes históricos; 3. Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad; 4. Resumen de las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad en material de igualdad material y las conclusiones que pueden extraerse de las mismas; 5. Conclusiones; Referencias.

Introducción

La igualdad es un Derecho Humano reconocido en distintos instrumentos jurídicos incluyendo la Constitución política de la República de Guatemala. Sin embargo, resulta de especial importancia hacer algunas consideraciones sobre su contenido y alcances.

Con el objetivo de establecer alcances de la aplicación de la igualdad según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, así como identificar su contenido, fue necesario utilizar una metodología cualitativa de forma que a través de la investigación, lectura y análisis de sentencias que desarrollaran el contenido de la igualdad, se pudiera alcanzar una comprensión más precisa sobre su importancia y la forma en la cual se le aplica por el máximo tribunal constitucional del país.

A continuación, se presenta un breve estudio de la jurisprudencia en materia de igualdad generada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Para ese efecto, se realiza una presentación de antecedentes que permita entender la evolución histórica de la figura hasta la actualidad.

Luego se incluyen los aspectos más importantes de 3 sentencias que contienen los lineamientos generales que la citada Corte considera deben tomarse en cuenta para perfilar qué debe entenderse como igualdad.

Por último, se cierra el escrito con una tabla con los aportes específicos contenidos en cada sentencia y conclusiones generales.

Antecedentes históricos

Grecia y Roma

Desde el Siglo VII hasta inicios del V a.C. (Enciclopedia Británica, 2002), la sociedad en Grecia se organizaba a través de familias “descendientes” de grandes antepasados, objeto de leyenda y por ende de prestigio basado en el linaje. Poco a poco ese modelo cambio al de las “polis”, que eran ciudades-Estado y que generaron un sistema político de unidad soberana, y donde se hizo “oficial” o legal la diferencia (ya existente en la realidad) de clases sociales. El rey y los nobles tomaban las decisiones a través de un consejo, y el pueblo (el resto) que en su mayoría se componía de artesanos y campesinos se organizaba en una especie de asamblea que en realidad se “limitaba” a ratificar las decisiones del consejo (Finley, et al, 1989).

Las diferencias sociales se hacían aún más notables en el caso de los esclavos, los cuales tenían una condición jurídica precaria, en particular no tenían derecho ni siquiera a ser soldados (participar de las luchas) y mucho menos tenían algún tipo de legitimidad política (elegir y ser electos). Su condición se parecía más a cualquier bien objeto de comercio, y por tanto su “titularidad” se transfería de una persona a otra.

El Siglo VIII fue testigo de la expansión del pueblo griego a través del mar Mediterráneo, lo cual generó un modelo más uniforme en extensiones de terreno más amplias. El desarrollo en su mayoría económico generó la prosperidad de algunos grupos (comerciantes) quienes ganaron en poder a costa de una aristocracia con títulos nobiliarios, pero con menor capacidad de acción.

Esa transición entre el poder político y el económico generó revueltas y descontento social. Lo cual llevo a un necesario cambio, aunque no fue todo lo profundo que debería. Solón (legislador ateniense) impulso una serie de reformas de carácter económicas y en parte sociales, para generar un regreso a la estabilidad que se debilitaba cada vez más.

Aristóteles en su “Política” estableció que la igualdad debía ser entendida como “(...) lo justo, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales. Y lo desigual parece que es justo, y lo es, pero para los desiguales” (Aristóteles, 1988). Este pensamiento filosófico fue también desarrollado por los filósofos estoicos quienes consideraban que la igualdad era un ideal ético.

Roma tampoco experimentó una transición fácil en este concepto. En particular la práctica de la esclavitud hizo que el “*servus*” fuera tratado como una cosa, lo cual quiere decir que no tenía derechos o legitimación alguna para realizar ningún tipo de exigencia. La división social también era clara, entre la nobleza (patricios) y los plebeyos. Este sistema de linaje tendría el mismo destino que el experimentado en Grecia. Recordemos que ese “*populus*” fue poco a poco ganando en importancia (en particular en el comercio) y sus derechos fueron creciendo desde reunirse en asambleas (comicios), y la elección de

magistrados. La división social se atenúo de forma que los matrimonios entre “distintas clases sociales” se normalizó.

Sin embargo, sería exagerado considerar que existía una verdadera igualdad. Por ejemplo, para tener personalidad jurídica había que llenar 3 requisitos, ser libre, ciudadano y jefe de familia (*pater*). Los extranjeros por ejemplo tenían “su propio” derecho (*ius Gentium*). Este modelo rígido se iría relajando con el paso de los siglos, en particular la llegada del cristianismo impulso las ideas de la igualdad entre los hombres.

Edad Media

La religión cristiana tendría un impacto innegable en los próximos siglos (V-XV), generando un modelo teocéntrico. La cultura fue controlada por la iglesia. Esto se mantuvo hasta la llegada del Renacimiento. También hay que resaltar que más allá de ese monopolio académico, las escuelas, universidad, expansión de la escritura, y grandes pensadores (Pedro Abelardo, Anselmo, Santo Tomás de Aquino), también fueron producto de esa época.

La sociedad medieval se dividió en 3 grupos, el clero (iglesia), la nobleza y la oligarquía urbana. En esta conformación, los vasallos y siervos eran excluidos. Es decir, era un modelo en el cual más allá de postulados de índole filosófico y moral (Juan de Salisbury, Egidio Colonna) no existía una verdadera protección para ninguno que no tuviera ya una alta cota de poder.

Renacimiento

Esta época fue de las más disruptivas con el pasado. Se marca el rasgo del individualismo como promotor del desarrollo. La liberación en gran medida de la influencia unificadora de la iglesia generó una cultura guiada por el antropocentrismo. Buscando con ello que el hombre encontrará su lugar en la vida, a través de la proposición de una vida por y para sí mismo.

La personalidad del hombre fue exaltada, sin dogmas y creencias, se vio con verdaderos ojos críticos la función del Estado. Thomas More escribió la Utopía haciendo una crítica aguda de la explotación y de los abusos de los poderosos. Sin embargo, More a pesar de crear lo que él considera un modelo más “igualitario” y justo en la repartición de bienes, y en la promoción del espíritu, deja viejos resabios como la esclavitud.

Por su parte, Bodino teorizó que la desigualdad en la propiedad era la que generaba los constantes conflictos y luchas. Su propuesta se encaminaba entonces a la distribución equitativa de la riqueza y a la estabilidad a través de las leyes. Luis Molina por su parte hizo aún más notorio el tema de la desigualdad al señalar la esclavitud. En particular indicaba que el esclavo no podía buscar y menos alcanzar los valores universales. Sin embargo, a pesar de esa “protesta” no llegó a considerar la abolición de la figura de la esclavitud, y más bien intento conciliarla con el modelo ético del cristianismo.

Ilustración

El racionalismo y el individualismo impulsaron la idea que podían aplicarse los métodos de las ciencias “duras” (como la matemática) a los problemas sociales. Las luchas políticas y religiosas intentaban reestablecer la paz, a través de un modelo concentrado de poder, siendo un despotismo ilustrado el mecanismo favorecido para el efecto. Interesante es considerar que la Iglesia perdería mucha de su influencia al fortalecerse la idea del Estado seglar. El absolutismo se creía controlable en la medida que el resto de los poderes del Estado fueran fortalecidos. Así, a través del respeto de los derechos individuales y la secularización del gobierno, se fortalecía el modelo de soberanía del pueblo.

Los derechos del hombre fueron explorados, en particular Jean Rousseau quien estableció que la desigualdad se basaba en dos circunstancias, la de carácter natural o física (innegable y siempre presente) y la moral o política (conformada por privilegios de unos pocos). Es esa última desigualdad la que se origina en decisiones del propio hombre y por ende no es natural. Esto la hace modificable.

Para Rousseau el hombre es bueno, libre e igual por naturaleza. Atacó entonces la propiedad privada como el origen de la desigualdad y las luchas por el poder. Los ricos y los pobres se convirtieron en dos grupos antagónicos. Las ideas de igualdad de Rousseau (ante la ley, y el respeto a la persona) serían incluidas en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789) y serían uno de los puntos focales de la Revolución francesa.

En la Carta de Derechos (Bill of Rights) de Virginia se reconoció la igualdad de todos los hombres. Para James Wilson el Estado es el resultado de un pacto de las personas libres y que busca la convivencia pacífica a través de un trato igualitario que preserve la justicia. Por su parte Thomas Jefferson tomó ese pensamiento e influencia para su participación en la independencia de EUA.

Los antecedentes apuntados marcan el inicio de una nueva etapa en el mundo. Incluida en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y que decía “Los hombres nacen y permanecen libre e iguales en sus derechos”, tenía más una connotación “formal” que real o material.

Igualdad

Según el diccionario de la lengua española, igualdad se deriva del latín “aequalitas”, que quiere decir: “conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad”. También se identifica como “correspondencia y proporción que resulta de muchas partes que uniformemente componen un todo” (Real Academia Española, 2001).

Este concepto a su vez debe entenderse como un principio que reconoce a todas las personas el mismo trato, derechos y obligaciones frente a la ley. La igualdad así vista es un elemento fundamental en todo Estado de Derecho. Se incluye en el máximo cuerpo

normativo de Guatemala (su Constitución Política) y permea a través del resto de las normas. Puede considerarse que la igualdad “jurídica” es la seguridad que tienen todas las personas que tendrán las mismas prerrogativas si se dan los elementos que componen una conducta regulada por la ley.

Este no debe considerarse un concepto único para Guatemala, en otros Estados como México, en Seminarios auspiciados por la Suprema Corte de Justicia de dicha nación, se estableció que:

(...) el principio de igualdad o equidad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir como criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación, de manera que opera para que los poderes públicos tengan en cuenta que los particulares que se encuentra en igual situación de hecho deben ser tratados de la misma forma, sin ningún privilegio” (Suprema Corte de la Nación, 2005).

Lo transcrito en el párrafo precedente marca una verdad innegable, por una parte, se promueve la protección de todas las personas, eliminando los abusos o las preferencias, y por otra se marca una particularidad sobre el tema de la igualdad. Es el reconocimiento de una igualdad material y una igualdad formal.

Esto se desprende de la noción que la igualdad para ser justa no puede ser absoluta. Existen diferencias que son evidentes y que marcan las relaciones entre las personas. Se genera una necesidad de “emparejar” esas diferencias.

Esa realización conlleva a la consecuencia que en los casos donde se apliquen parámetros de medición distintos, debe existir algún tipo de justificación jurídica que valide las distinciones. Es un campo de acción que puede verse manchado por injusticias, en la medida que esas evidentes diferencias apuntadas se transformen en la base de abusos y privilegios.

Lo descrito encaja de forma natural en la noción aristotélica de la igualdad, siempre que se reconozca la dignidad de los seres humanos en general, y exista un verdadero criterio (claro y demostrable) que legitime cualquier diferenciación en el trato.

La Constitución de Guatemala, toma la igualdad no como un derecho, sino como un principio fundamental. En particular se busca que el trato sea equitativo y no se cometan abusos. Por ello, las diferencias de género, étnicas, edades o nacionalidades se reducen (con excepciones particulares).

La igualdad propuesta se fundamenta en 3 vertientes, por una se garantiza a los ciudadanos que no serán discriminados, por otra se obliga a los poderes públicos a guiar sus actuaciones para el beneficio de todos, y por último se establece un límite para evitar las arbitrariedades.

Consideraciones del Derecho Internacional

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), reconoce desde su preámbulo, la igualdad e indica “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Esto lo refuerza luego en su artículo 2, en el cual se establece la igualdad tanto de deberes como ante la ley. Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), establece la igualdad de derechos (art. 1), ante la ley (art. 2), la no discriminación (art. 7), y en el matrimonio (art. 16). Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969), reconoce la igualdad ante la ley y su protección (art. 24), y la igualdad de derechos y responsabilidad ante los hijos (dentro y fuera del matrimonio) (art. 17.5).

Pero, los instrumentos internacionales no se quedan ahí, sino que se han ido especializando aún más en materia de igualdad. De esa forma la idea de igualdad como un principio estructural (fundamental) del Estado, el reconocimiento a la igualdad en el trato (de forma, de jure), es solo el primer estamento en la vida social. Se requiere una igualdad sustantiva (material, de facto) que permita remover los obstáculos que existen en el plano económico y social.

La igualdad así se convierte tanto en un remedio (reparador) como en un instrumento preventivo en contra de la discriminación. La igualdad estructural implica el reconocimiento de las diferencias y su protección por la ley. Este tipo de metas requieren acciones “positivas” en cuanto se promueven ciertas iniciativas para “acelerar” el reconocimiento de la igualdad real.

La igualdad estructural tiene su origen en la constatación de que en la sociedad existen ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos, y que es deber del Estado evitar que esta situación se siga profundizando, así como revertir los efectos de esta marginación histórica. (Fiss, 1999)

Con lo indicado se pretende evitar que existan grupos sometidos a los designios de otro. Este tipo de resoluciones han comenzado a ser incluidas en resoluciones internacionales. En particular se busca evitar que “la creación y uso de estereotipos se convierta en una de las causas y consecuencias de la violencia (...)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Igualdad en la actualidad

La igualdad como concepto ha sufrido algunas variaciones a través del tiempo, como se ha indicado. En los últimos años se le ha entrelazado con un concepto adicional: la “no discriminación”. Esto se refiere a un derecho inherente e incondicional de las personas a considerar que la igualdad total es imposible y que deben crearse mecanismos para equiparar ciertas circunstancias.

Debe haber entonces un reconocimiento de los elementos ya señalados. La igualdad debe verse como una acción afirmativa, es decir un trato general y aceptado. Sin embargo, también se han impulsado ciertas “variedades” de la igualdad incluyendo la de resultados (distribuyendo de forma equitativa lo producido,) de oportunidad (por medio de cuotas) y la estructural (generando instituciones completas sobre la idea de igualdad).

Estas categorías han sido objeto de estudio por la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual establece que se debe realizar un análisis muy concienzudo de estas variedades, en especial porque en ellas se incorporan ciertos criterios que podrían considerarse como subjetivos.

En general se busca un trato homogéneo (que se presume justo), y la aplicación de un *ius cogens*, entendido como un criterio general de la normativa, que permite la interpretación y la aplicación correcta de la misma.

La igualdad se aborda desde dos posibilidades, una por subordinación (normas que indiquen que se busca la igualdad dentro de un cuerpo normativo específico) y autonomía (cuando la igualdad es parte de un sistema en su totalidad). Lo anterior puede sintetizarse en que:

Ha generado que exista la necesidad de, reconocer los derechos y necesidades de ciertos grupos históricamente marginados, garantizar el acceso a oportunidades con ciertas medidas específicas, incluir políticas públicas que promuevan la no discriminación, y generar un nuevo modelo que evite que los patrones culturales se repitan. (Fraser, 1997).

En síntesis, el reconocimiento y protección de la igualdad se está haciendo cada vez más fuerte, y por ende las modalidades determinadas buscan generar un modelo que permita cambiar desde la raíz las conductas que lesionan a ciertas personas tradicionalmente afectadas.

Algunas consideraciones sobre el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y su aplicación en Guatemala

El 18 de mayo de 1995 la Corte de Constitucionalidad emitió una opinión consultiva referente a la constitucionalidad del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Guatemala. El peticionista fue el Presidente del Congreso de la República (expediente 199-95).

La Corte realizó un estudio por la aplicación el Convenio en otras circunscripciones como Argentina, o Ecuador. Y luego de considerar que el Convenio reconoce y protege la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, señaló que la participación de estas comunidades para tener injerencia en la toma de decisiones que asuntos que le son propios a su comunidad.

Esto en atención a que en Guatemala se reconoce que somos un estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe se impediría el verdadero goce y la igualdad de trato

de todos los habitantes del país. De esa forma, este concepto de proteger la diversidad cultural es un concepto que como veremos en la sección de este escrito que repasa sentencias de la Corte de Constitucionalidad ha sido desarrollado de forma constante a través de los años como jurisprudencia aplicable en el país. Todo lo indicado viene a representar que:

(...) Guatemala es reconocida y caracterizada como un Estado unitario, multiétnico, pluricultural y multilingüe, conformada esa unidad dentro de la integridad territorial y las diversas expresiones socio-culturales de los pueblos indígenas, los que aún mantienen la cohesión de su identidad, especialmente los de ascendencia Maya, como los Achi, Akateco, Awakateco, Chorti, Chuj, Itza, Ixil, Jakalteco, Kanjobal, Kaqchikel, Kiche, Mam, Mopan, Poqomam, Pogomchi, Q'eqchi, Sakapulteko, Sikapakense, Tectiteco, Tz'utujil y Uspanteco. Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional (...) (Opinión consultiva, 1995).

Algunas consideraciones adicionales sobre el derecho de igualdad

El Opus Magna Constitucional, se ha ido convirtiendo con los años en un referente en cuanto a publicaciones académicas de la materia. Por lo cual vale la pena hacer una mención especial a un artículo publicado en su Tomo II, el cual tiene como título “Medir con la misma vara: parámetros generales para la evaluación de limitaciones al derecho constitucional a la igualdad”, y su autor es el Licenciado Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider. En ese texto se realizó un análisis jurisprudencial profundo, para establecer los parámetros para la evaluación de las limitaciones del derecho de igualdad en la Constitución de Guatemala.

Entre sus conclusiones está que el derecho de igualdad tiene una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico guatemalteco, y señala que si bien la igualdad general parece ser la norma (es decir la igualdad formal), la igualdad material permite que existan excepciones al trato entre sujetos, buscando con ello una mayor equidad.

Sin embargo, si bien estamos de acuerdo en que a través de los años (y como se resalta en la sección siguiente) la Corte no ha sido totalmente uniforme en su trato de los alcances del derecho de igualdad, resultaría equivocado pensar que los criterios no pueden tener variaciones, en atención a que amplíen o complementen la base de la cual parten.

Esto no quiere decir que los cambios jurisprudenciales o interpretativos deben ser aleatorios, sino que tienen siempre la obligación de generar un respaldo argumentativo que lo sostenga. Podemos adelantar que el análisis jurisprudencial que sigue se demuestran sentencias particulares de la Corte de Constitucionalidad, en las cuales ha ido agregando paulatinamente (en un lapso desde 1990 hasta el 2021), diversos elementos que fortalecen no solo el análisis y estudio de la igualdad como concepto. Sino que enriquecen su contenido por medio de análisis y consideraciones que permiten distinguir que la igualdad material

puede invocarse en la medida en la cual la equidad y justicia lo demanden y pueda argumentarse de manera sólida.

También existen otros estudios y publicaciones interesantes sobre la materia como el realizado por la Licenciada Verónica Ágreda Ajquí, titulado: ¿Los principios de igualdad y universalidad de los derechos humanos son los mismos para hombres y mujeres? En el cual se presenta una evolución histórica sobre el trato en materia de derechos que se le ha dado a los hombres y a las mujeres. Su conclusión es que en la realidad guatemalteca ha sido un proceso lento que se ha tenido que enfrentar a temas como la discriminación y un modelo excluyente.

De manera general resulta que el estudio del derecho de igualdad amerita constante actualización y prueba de ello es este escrito, porque demuestra que en los últimos años la Corte de Constitucionalidad como máxima jurisdicción privativa en materia constitucional, ha realizado cambios y ajustes a su forma de entender y aplicar el derecho de igualdad. Como ya se ha mencionado, la sección siguiente toma 7 resoluciones de dicha Corte y muestra como cada una agrega elementos, los cuales van creando un cuerpo complementario y ayudan a fortalecer la aplicación de la igualdad, la cual como ya vimos es un derecho de importancia muy grande dentro de un modelo representativo y tutelar de las personas.

Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

La norma constitucional que contiene el derecho a la igualdad es el artículo 4, el cual establece que:

En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí. (Constitución Política de la República de Guatemala 1985).

Dicha norma sirve de base para el desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte de Constitucionalidad. A continuación, se presentan diversas sentencias emitidas por la referida Corte, de modo que podamos apreciar la evolución de los elementos referidos a la igualdad material que se ha tenido a través de los años.

Expediente Amparo 152-90, de fecha 09 de agosto de 1990.

Interponente: José García en contra del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Coatepeque del departamento de Quetzaltenango, conocido en primera instancia por la Corte Suprema de Justicia y luego apelado ante la Corte de Constitucionalidad.

Objeto del amparo: resolución de la apelación interpuesta en contra del auto de 23 de agosto de 1989, emitido por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Coatepeque del departamento de Quetzaltenango, dentro del juicio ordinario planteado contra María Candelaría Aguilar Córdova Prillwitz.

Agravio: derecho de defensa, de petición, y de igualdad en juicio.

Resumen de los hechos: en juicio ordinario de nulidad, se le permitió a la demandada el contestar e interponer excepciones previas fuera del plazo de ley. Interpuso revocatoria y luego nulidad (por violación de ley), sin embargo, se le declararon sin lugar, luego interpuso apelación, que también fue declarada sin lugar. Indicó que en un caso igual al suyo sí le habían dado trámite al recurso de nulidad, y que no es justo que se le dé un trato distinto.

En primera instancia se indicó que la diferencia de criterios para resolver un recurso no puede considerarse un agravio que faculte para interponer un amparo.

Resolución: la Corte de Constitucionalidad consideró que:

El postulante aduce que el tribunal impugnado actuó con arbitrariedad al resolver dos casos iguales en forma diferente; arguye que con ello se viola el derecho "de igualdad" en juicio y que "jamás podría formarse la jurisprudencia". Con relación a este aspecto, es importante acotar, que *el artículo 4 de la Constitución Política de la República establece como derecho subjetivo público la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos*, de tal suerte que a supuestos de derecho idénticos no se les debe dar tratamiento jurídico disímil. *El principio de igualdad antes enunciado tiene fundamentalmente dos aspectos prescindibles; esto es, la igualdad "en la ley" y la igualdad "ante la ley"*. El primero, examinable por la vía de la inconstitucionalidad y, el segundo, mediante el amparo, cuya protección procedería cuando un acto de autoridad lleve implícito la inobservancia de tal derecho, es decir, cuando en casos idénticos se aplican las mismas normas jurídicas, deduciendo consecuencias distintas, siempre que ello apareje arbitrariedad. *o sea, que no exista motivación jurídica suficiente y razonable que justifique el cambio de criterio*; ello no implica, desde luego, vedar al órgano jurisdiccional la posibilidad de modificar el sentido de una resolución posterior, con respecto a una precedente. (Apelación de Amparo, 1990).

En este caso se denegó el amparo.

Expediente Amparo 855-2003, de fecha 27 de febrero de 2003.

Interponente: Víctor Vicente Lem Masn en contra de Pablo Roberto Alvarado Illescas propietario de la Empresa Mercantil denominada Café Cócktel "EL ZAGUAN", conocido en primera instancia por el Juzgado Quinto de Primera Instancia Civil constituido en Tribunal de Amparo.

Objeto del proceso: el seis de marzo del año en curso, en compañía de tres personas, acudió al Café Cócktel "EL ZAGUAN" con el propósito de recrearse, y al momento de ingresar, le impidieron el paso, con fundamento en su notoria identidad maya, acto que contraría lo dispuesto en el artículo 4 constitucional, precepto que taxativamente proscribire la discriminación. En primera instancia se declara sin lugar el amparo (por no haberse agotado otras vías para obtener una solución al caso). No se conoció el fondo de la petición, si se había violado su derecho a la igualdad, por haberlo discriminado y no permitirle el acceso a un lugar privado para servicio público.

Agravio: discriminación y derecho a acceder a lugares privados para servicio público.

Resumen de los hechos: Cuando el agraviado intentó pagar su acceso al lugar conocido como “El Zagúan” (una discoteca), se le indicó que no podía tener acceso, debido a su cabello largo, y su ropa típica.

Resolución: la Corte de Constitucionalidad dividió sus consideraciones en los siguientes aspectos:

En el presente caso, el postulante solicita amparo contra Pablo Roberto Alvarado Illescas propietario de la Empresa Mercantil denominada Café Cócktel “EL ZAGUAN”, argumentando que el seis de marzo del año en curso, en compañía de tres personas, con el propósito de recrearse, acudieron al lugar mencionado y al momento de ingresar, *le impidieron el paso, con fundamento en su notoria identidad maya, acto que contraría lo dispuesto en el artículo 4 constitucional, precepto que taxativamente proscribire la discriminación.* (Apelación de Amparo, 2003).

Por lo anterior concluyó que:

Esta Corte advierte que, si bien los propietarios de lugares privados destinados a servicios públicos tienen derecho a reservarse el derecho de admisión, el mismo *no debe basarse en ningún tipo de discriminación*, extremo que aconteció en el caso objeto de análisis (...) en cuanto a la definitividad no existe otra vía de impugnación (...) por lo anterior es procedente otorgar la protección solicitada y revocar la sentencia de primer grado. (Apelación de Amparo, 2003).

En este caso se otorgó el amparo.

Expediente Amparo 3399-2007, de fecha 20 de mayo de 2008.

Interponentes: presentado por varios trabajadores sociales de distintos órganos jurisprudenciales, en contra del Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, conocido en única instancia por la Corte de Constitucionalidad.

Objeto del Proceso: acuerdo 75-2007 emitido por el Presidente del Organismo Judicial y de la Corte Suprema de Justicia, con el cual se reclasificó 58 plazas de Trabajadores Sociales que ostentaban el título en grado de licenciatura, lo que implicó un aumento salarial de éstos.

Agravio generado: igualdad, y discriminación.

Resumen de los hechos: se dispuso a aumentar en Q.4,000.00 el salario de las trabajadoras sociales que tuvieran el grado académico de Licenciada en Trabajo Social, lo cual genera una distinción que las leyes laborales no justifican. Además, las personas con el grado académico citado no necesariamente brindan un mejor servicio.

Resolución: El análisis se basó en los siguientes aspectos:

(...) el principio de igualdad, plasmado en el artículo 4º. de la Constitución Política de la República *impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el mismo rebase un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias.* Esta Corte ha expresado en anteriores casos que este principio de igualdad hace

una referencia a la universalidad de la ley, pero *no prohíbe ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso*, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo al sistema de valores que la Constitución acoge (...). (Amparo en Única Instancia, 2008)

Luego se hizo la observación que:

(...) debe tenerse en cuenta que la igualdad no puede fundarse en hechos empíricos, si no se explica en el plano de la ética, porque el ser humano no posee igualdad por condiciones físicas, ya que de hecho son evidentes sus desigualdades materiales, sino que su paridad deriva de la estimación jurídica. Desde esa perspectiva, la igualdad se expresa por dos aspectos: Uno, porque tiene expresión constitucional; y otro, porque es un principio general del Derecho. *Frecuentemente ha expresado esta Corte que el reconocimiento de condiciones diferentes a situaciones también diferentes no puede implicar vulneración del principio de igualdad, siempre que tales diferencias tengan una base de razonabilidad (...)*. (Amparo en Única Instancia, 2008).

En este caso el amparo se denegó.

Expediente Inconstitucionalidad en Caso Concreto 2837-2010, de fecha 02 de marzo de 2011.

Interponente: Apelación de inconstitucionalidad en caso concreto, presentada en contra del auto dictado por el Juzgado Décimo Sexto de Trabajo y Previsión Social de la Primera Zona Económica, constituido en Tribunal Constitucional, en el incidente de inconstitucionalidad parcial de ley en concreto, promovido por la entidad Soluciones y Procesos Industriales, Sociedad Anónima, en contra del artículo 335 del Código de Trabajo.

Objeto del Proceso: impugnación del artículo 335 del Código de Trabajo, en la parte que dice "(...) continuar el juicio en rebeldía de la parte que no compareciere en tiempo, sin más citarle ni oírle".

Agravio generado: igualdad-

Resumen de los hechos: alega el interponente que el artículo impugnado señala que en el proceso laborar se pueda celebrar la audiencia oral, sin la comparecencia de las partes, excluyendo con ello la posibilidad de que se le cite o escuche al ausente para diligencias posteriores, lo cual genera una desigualdad procesal entre las partes.

Resolución: El análisis se basó en los siguientes aspectos:

(...) Al hacer el estudio comparativo de la norma tachada de inconstitucional, este Tribunal estima que la exposición del incidentante, que consiste en confrontar parcialmente el artículo 335 del Código de Trabajo, con el artículo 4 de la Constitución Política de la República, para declarar su inconstitucionalidad y, consecuentemente, su inaplicabilidad al caso concreto, no revela tal contradicción. Lo anterior, se fundamenta en el hecho que la norma atacada, inversamente a lo argumentado por el incidentante, encierra claramente un trato igualitario a los sujetos procesales, lo que se puede corroborar con el enunciado que dice: "la parte que no compareciere en tiempo", el cual está incluido en la frase tachada de inconstitucionalidad, circunstancia que, contrariamente a lo esgrimido como ya se dijo, aumenta la protección de

paridad para los sujetos contendientes, ante un eventual trato desigual en la conducta de los convocados a proceso legal (...). (Inconstitucionalidad en caso concreto, 2011).

Luego se hizo la observación que:

(...) Respecto a los artículos 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que indica son contrariados por la norma atacada, debe tenerse en cuenta que tales enunciados reconocen principios de orden general que protegen los derechos humanos y que son dignos de reconocer e incluso aplicar frente a deficiencias que pudiera tener la legislación interna. Esto no sucede en el caso que se ha planteado, en cuanto el derecho de audiencia ha sido concedido en igualdad de circunstancias a las partes que intervienen en un proceso y, por ello, las consecuencias por no cumplir con los preceptos que los rigen en nada contradice esa protección universal, por cuanto no se produce desigualdad ni discriminación y tampoco se les ha negado su derecho a ser oídas, en la forma prevista en la legislación procesal del caso, que ha operado por igual conforme las regulaciones internas y con reconocida tutela a quien necesite situarse en condiciones de igualdad material para que el proceso responda al principio de equidad, que es propio de la legislación laboral (...). (Inconstitucionalidad en caso concreto, 2011).

En este caso se declaró sin lugar la inconstitucionalidad en caso concreto.

Expedientes Acumulados de Amparo 4783-2013, 4813-2013 y 4813-2013, de fecha 5 de julio de 2016.

Interponentes: presentado por Sebastián Guarchaj Tzep, a título personal y en su calidad de Alcalde Indígena del municipio de Santa Catarina Ixtahuacán del departamento de Sololá, Nicolás Ixmatá Ixtós, en ejercicio de la patria potestad y representación legal de los niños William Santos Nery y Florentino Damián Zipacna, ambos de apellidos Ixmatá Ajpacajá y Miguel Roberto Tzep Tziquin, en su calidad de Vocal II del Consejo Educativo de la Escuela Oficial Urbana Mixta David Baronti y en ejercicio de la patria potestad y representación legal de los niños Alberto Eusebio y Fabián Rodrigo, ambos de apellidos Tzep Tambriz, quienes unificaron personería en el primero de los mencionados, en contra de la sentencia de primera instancia de amparo emitida por la Corte Suprema de Justicia.

Objeto del Proceso: Incumplimiento u omisión de la Ministra de Educación de la República de Guatemala de formular y administrar, una política educativa con pertinencia cultural y lingüística, que promueva la educación bilingüe intercultural y multicultural de los niños indígenas maya a k'iche'sque a nivel primario en 13 escuelas de La Antigua Santa Catarina Ixtahuacán, ubicada en el municipio de Santa Catarina Ixtahuacán del departamento de Sololá

Agravio generado: igualdad, no reconocimiento, respeto y promoción de la integridad cultural, discriminación.

Resumen de los hechos: A pesar de que según censo de 2022 del Instituto Nacional de Estadística el 99.7% de la población del municipio de Santa Catarina Ixtahuacán del departamento de Sololá, es indígena maya hablante del idioma k'iche', sin embargo, las

clases de primaria que se imparten en la región no tienen pertinencia cultura y lingüística, porque el modelo educativo propuesto por la autoridad denunciada no estableció ninguna forma de garantizar una educación bilingüe intercultural.

Resolución: El análisis se basó en los siguientes aspectos:

(...) En síntesis, la relacionada exposición pone de manifiesto que la diversidad étnica, cultural y lingüística que caracteriza a la población guatemalteca, impone a las autoridades competentes en la materia, priorizar la institucionalización y la efectiva implementación de un modelo de Educación Bilingüe Intercultural que asegure la calidad y pertinencia cultural de la enseñanza en cada comunidad educativa del país, habida cuenta que el adecuado cumplimiento de la responsabilidad del Estado en la prestación de ese servicio esencial está inescindiblemente vinculado a sus deberes: i. de velar por la igualdad material de los educandos en dignidad y derechos; ii. De proteger la identidad cultural y la lengua materna de los educandos, por elemental aplicación de los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos; iii. de formar ciudadanos que, individual y colectivamente, guarden conducta fraternal entre sí y convivan de modo natural, respetuoso y solidario con otros que se identifican con culturas diferentes y iv. de generar condiciones estructurales que favorezcan la inclusión y desarrollo de los pueblos Maya, Garífuna y Xinka (...). (Apelación de amparo, 2016).

Luego se hizo la observación que:

(...) El indicado incumplimiento por parte de la autoridad cuestionada comporta también, con relación a la comunidad indígena maya k'iche' de La Antigua Santa Catarina Ixtahuacán, violación a sus derechos: i. a la identidad cultural y al uso de la lengua materna y ii. a su derecho a la igualdad material en el trato de las autoridades estatales. Como consecuencia de lo considerado y concluido, resulta procedente otorgar el amparo bajo estudio, para el efecto de que el Ministerio de Educación tome las medidas que sean necesarias para conseguir que en las trece escuelas identificadas de La Antigua Santa Catarina Ixtahuacán, municipio de Santa María Ixtahuacán del departamento de Sololá, se desarrolle auténtica educación bilingüe intercultural, como se encuentra establecido en la normativa nacional e internacional aplicable que fue relacionada. (Apelación de amparo, 2016).

En este caso el amparo se declaró con lugar.

Dictamen expediente 919-2016, de fecha 23 de noviembre de 2017.

Interponente: presentado por Mario Taracena Díaz-Sol, en su calidad de Presidente del Congreso de la República.

Objeto del Proceso: Solicitar pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad respecto de la iniciativa de Ley número 4985 que contiene reformas al Decreto 7 de la Asamblea Constituyente, Ley de Orden Público.

Resumen de los hechos: por medio de oficio de fecha 29 de febrero de 2016 remitido por el Presidente del Congreso de la República, se solicita a la Corte de Constitucionalidad que se emita dictamen sobre la iniciativa de Ley número 4985 que propone reformas a la Ley de Orden Público. Dentro del contenido de la iniciativa se incluyó la reforma al artículo 9 de

la Ley de Orden Público, el cual establecía las disposiciones que podrá adoptar el Presidente de la República al decretar el estado de prevención. El texto incluía una disposición que permite el racionamiento de artículos de primera necesidad.

Resolución: El análisis se basó en los siguientes aspectos:

(...) Efectuado el análisis correspondiente sobre el derecho a una pensión, este Tribunal confirma que la normativa vigente es conforme con los estándares internacionales e interamericanos en la materia, en cuanto a respaldar que procede el pago a una pensión a favor de la persona que, durante su vida laboral activa, contribuyó o cotizó a un régimen de previsión social y que, alcanzados y verificados los requisitos legales previstos y bajo los cuales tuvo la expectativa del recibir los beneficios propios del régimen, ostenta el derecho a reclamar el pago de la misma, la cual sustituirá el salario que ya no devenga por cualquiera de las razones descritas en el artículo 4 de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado previamente citado, es decir que la pensión proveerá sustento económico a quien ha dejado de pertenecer al servicio activo y se ha acogido al régimen de clases pasivas (...). (Inconstitucionalidad general, 2017).

Luego se hizo la observación que:

(...) En el contexto del régimen de clases pasivas del Estado, siendo este el régimen de previsión social de los trabajadores civiles del Estado (artículo 2 de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado), las pensiones, como compensaciones económicas sustitutivas del salario, pretenden garantizar la libertad fáctica (disponer de un mínimo de seguridad económica) y la igualdad material (asegurar las condiciones materiales mínimas de la existencia necesarias) de todas las personas, especialmente de aquellas que han cambiado su status jurídico en el servicio público; es decir, haberse acogido al régimen de clases pasivas, abandonando, por ende, el servicio activo como servidor público. Es precisamente lo expuesto anteriormente lo que permite desvirtuar lo argumentado por el accionante al interponer la acción de inconstitucionalidad de mérito, pues de ninguna manera la frase impugnada contraviene el Texto Constitucional ni los fines propios del Estado en cuanto a proteger a la persona, como sujeto y fin del orden social, y garantizarle el derecho a recibir una pensión, pues la incompatibilidad que impone el artículo en el cual se encuentra inmersa la frase cuestionada, encuentra justificación en el carácter sustitutivo del salario y los fines propios de las pensiones, dado que si el trabajador jubilado se reincorpora al estado laboral activo, trabajando para cualquiera de las instituciones públicas descritas, incluidas las municipalidades, es comprensible que se suspenda el pago de la pensión, ya que esta deja de cumplir su función al devengar aquel un salario en virtud de la prestación de sus servicios personales (...). (Inconstitucionalidad general, 2017).

Se declaró sin lugar la inconstitucionalidad.

Expediente Inconstitucionalidad General 1526-2020, de fecha 25 de febrero de 2021.

Interponente: Acción de inconstitucionalidad general, presentada en contra del artículo 25 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Decreto 11-73 del Congreso de la República, en la frase “y las municipalidades”, por Pedro de Jesús Mix Álvarez.

Objeto del Proceso: impugnación del artículo 25 de la Ley de Salarios de la Administración Pública, Decreto 11-73 del Congreso de la República, en la frase “y las

municipalidades”, debido a que incluye a las municipalidades dentro de las regulaciones de clases pasivas del gobierno central, perjudicando a los trabajadores que gozan del beneficio de pago de pensión por jubilación luego de prestar servicio municipalidad, ignorando que existe un plan de prestaciones propio.

Agravio generado: principio de jerarquía de la ley, violación a los derechos humanos y laborales.

Resumen de los hechos: alega el interponente que la norma regula de forma ambivalente dos cosas distintas, pues pretende incluir los salarios de la administración pública, sin tomar en cuenta que existen regímenes de clases pasivos adicionales y específicos.

Resolución: El análisis se basó en los siguientes aspectos:

(...) En el contexto del régimen de clases pasivas del Estado, siendo este el régimen de previsión social de los trabajadores civiles del Estado (artículo 2 de la Ley de Clases Pasivas Civiles del Estado), las pensiones, como compensaciones económicas sustitutivas del salario, pretenden garantizar la libertad fáctica (disponer de un mínimo de seguridad económica) y la igualdad material (asegurar las condiciones materiales mínimas de la existencia necesarias) de todas las personas, especialmente de aquellas que han cambiado su status jurídico en el servicio público; es decir, haberse acogido al régimen de clases pasivas, abandonando, por ende, el servicio activo como servidor público (...). (Inconstitucionalidad General, 2021).

Luego se hizo la observación que:

(...) Es precisamente lo expuesto anteriormente lo que permite desvirtuar lo argumentado por el accionante al interponer la acción de inconstitucionalidad de mérito, pues de ninguna manera la frase impugnada contraviene el Texto Constitucional ni los fines propios del Estado en cuanto a proteger a la persona, como sujeto y fin del orden social, y garantizarle el derecho a recibir una pensión, pues la incompatibilidad que impone el artículo en el cual se encuentra inmersa la frase cuestionada, encuentra justificación en el carácter sustitutivo del salario y los fines propios de las pensiones, dado que si el trabajador jubilado se reincorpora al estado laboral activo, trabajando para cualquiera de las instituciones públicas descritas, incluidas las municipalidades, es comprensible que se suspenda el pago de la pensión, ya que esta deja de cumplir su función al devengar aquel un salario en virtud de la prestación de sus servicios personales (...). (Inconstitucionalidad General, 2021)

En este caso se declaró sin lugar la inconstitucionalidad general.

Tabla 1.

Resumen de las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad en materia de igualdad material y las conclusiones que pueden extraerse de las mismas.¹

Evolución de las resoluciones (elementos que se han incorporado en cada resolución)	<p><u>Apelación de Amparo, Expediente 152-90:</u></p> <ul style="list-style-type: none">➤ Realiza una clara distinción entre igualdad “en la ley” (formal) e igualdad ante la ley (material).➤ Sienta un criterio todavía aplicable según el cual las violaciones a la igualdad generadas por la norma se deben impugnar a través de la inconstitucionalidad, y los agravios cometidos por las autoridades son materia de amparo.➤ Los cambios a la aplicación de una norma por parte de la autoridad deben justificarse. <p><u>Apelación de Amparo, Expediente 885-2003:</u></p> <ul style="list-style-type: none">➤ Incluye el elemento de la no discriminación como parte del concepto de igualdad.➤ Los criterios de diferenciación no pueden ser por motivos que castiguen la individualidad de la persona. <p><u>Amparo en Única Instancia, Expediente 3399-2007:</u></p> <ul style="list-style-type: none">➤ Las situaciones distintas se deben tratar de forma diferente.➤ Respeta la individualidad.➤ Justificación razonable. <p><u>Apelación de Inconstitucionalidad en Caso Concreto, Expediente 2837-2010:</u></p> <ul style="list-style-type: none">➤ La igualdad constituye darle el mismo trato a los sujetos procesales.➤ El derecho de audiencia debe otorgarse a las partes procesales por igual.➤ La igualdad material fortalece el principio de equidad (justicia). <p><u>Amparo Expedientes Acumulados 4783-2013, 4813-2013 y 4813-2013:</u></p> <ul style="list-style-type: none">➤ La igualdad material implica respetar las diferencias culturales y lingüísticas.➤ La integración de los distintos grupos sociales en el país de forma igualitaria implica, la necesidad de facilitarles la educación a través de su propio idioma y sentido cultural propio.➤ La educación del país debe planificarse a través de un modelo que tome en cuenta el factor étnico y cultural para evitar la discriminación. <p><u>Dictamen, Expediente 919-2016:</u></p>
---	--

¹Elaboración propia según los datos obtenidos en expedientes de amparo número: 152-90, 885-2003 y 3399-2007 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

- El trato diferenciado en condiciones de emergencia es necesario siempre que sea temporal.
- Las facultades de limitar derechos constitucionales son necesarias en caso de emergencia y con el respeto de la temporalidad de dichas limitaciones.
- El control del comercio de alimentos, y medidas proteccionistas permiten atender las necesidades de los grupos vulnerables, siempre que sea de forma temporal.

Inconstitucionalidad General, Expediente 1526-2020:

- La protección de los derechos laborales puede realizarse a través de cualquier norma que lo permita y garantice.
- Establecer un sistema de jubilación general para todos los trabajadores del estado no es discriminatorio con otros sistemas específicos, como son las municipalidades.

Cambios en las consideraciones de la igualdad material por la Corte de Constitucionalidad

- La Corte de Constitucionalidad en efecto ha realizado una evolución de la interpretación del artículo 4 de la Constitución. En general ha perfilado de mejor forma que elementos componen la igualdad.
- Al respecto cabe mencionar que los elementos contemplados en las sentencias que se han expuesto también han sido incorporados en resoluciones de inconstitucionalidades, y en una opinión consultiva solicitada por el Congreso de la República.
- Al respecto es evidente que el criterio general de cómo debe interpretarse el artículo 4 constitucional, lleva aparejados los elementos incluidos en la parte relativa al desarrollo internacional (de la igualdad) como se presentó en la introducción del presente artículo de investigación.
- Se incluyen temas de identidad étnica y cultural, protección de los derechos laborales, aspectos de protección dentro de los procesos y en general, toda aquella modalidad que permita dar un trato de acuerdo a las circunstancias propias del caso que busque como fin último la equidad y la justicia.
- La Corte de Constitucionalidad de forma paulatina ha ido acumulando aspectos interpretativos relacionados al tema discutido. Eso puede ser objeto de crítica como la señalada el Licenciado Aizenstatd, en cuanto a que puede existir inseguridad jurídica en la medida que los criterios interpretativos varían con el tiempo. Sin embargo, nos parece que está crítica, aunque es razonable también debe ser matizada en cuanto a que además de generar interpretaciones que lleven un orden y evolución mejor diagramada, es necesario que el modelo siga cambiando en la medida en que las necesidades y los casos concretos puedan demandarlo.

Conclusiones

En el presente artículo se presentó de forma general el derecho a la igualdad, entendido como principio fundamental del desarrollo de la vida en un Estado de Derecho.

La evolución histórica que su concepto ha sufrido permite entender que su fundamento es la protección de las personas ante arbitrariedades, en particular los abusos que se generan ante tratos distintos sin justificación que lo amerite.

En esa última parte radica el aspecto fundamental que su interpretación ha generado. Es la justificación que respalda la “variedad” de aplicación de una norma. Sin embargo, esas diferencias no pueden ser objeto de una lista cerrada, porque cada situación amerita un análisis y una interpretación específica en cuanto a sus elementos particulares.

Existen elementos que son de aplicación general para conocer temas de igualdad, esto ha hecho que se resuelvan amparos extrapolando consideraciones, interpretaciones y análisis realizados para otros expedientes, que no necesariamente son amparos.²

Lo que resalta esa situación es que, en el análisis del contenido de la igualdad material, es más “sencillo” conocer desde una perspectiva general (que en su mayoría son inconstitucionalidades generales). Sin embargo, la argumentación planteada en esas circunstancias ha sido el fundamento en la aplicación de los casos aquí presentados.

La información contenida en este trabajo fue elegida de tal manera que se resaltaran los elementos que han sido asimilados en la construcción de la igualdad según la Corte de Constitucionalidad. Lo que se buscaba en concreto era entender como una disposición contenida en la Constitución ha encontrado un desarrollo y profundidad mucho mayor que el del texto base.

Además, la aproximación aquí planteada se tomó desde lo más general (tanto histórica como internacional), hasta el ámbito local. El motivo fue plantear que existe un consenso general sobre la materia. Se demuestra así que compartimos (Occidente) rasgos que nutren nuestro acervo cultural y el contenido de las normas que nos rigen. Además, como se ha señalado a través del tiempo está es una materia que debe revisitarse en la medida que sea necesario para “actualizar” las conclusiones y proveer un modelo de protección a la persona cada vez más integral.

La igualdad material entonces, no ha agotado su desarrollo y seguirá evolucionando. Será entonces tarea de los futuros magistrados, doctrinarios y estudiosos seguir expandiendo su contenido sin colisionar con los objetivos básicos que busca proteger y alcanzar la equidad en su aplicación y la protección de los necesitados.

² Al respecto vale la pena señalar la Opinión Consultiva que emitió la Corte de Constitucionalidad sobre el límite impuesto en un proyecto de iniciativa de ley de portación de armas que restringía dicha facultad a los menores de 25 años (expediente 682-96, de fecha 21 de junio de 1996). En el caso indicado la Corte de Constitucionalidad realizó un análisis sobre los elementos que conforman el derecho a la igualdad y su “separación” en igualdad formal y material.

Referencias

- Constitución Política de la República de Guatemala (1985).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *González y otras vs México*, México.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).
- Enciclopedia Británica (2002), Enciclopedia Hispánica. México: Oxford, University Press.
- Expediente Amparo 152-90, de fecha 09 de agosto de 1990.
- Expediente Opinión Consultiva 199-95, de fecha 18 de mayo de 1995
- Expediente Opinión Consultiva que emitió la Corte de Constitucionalidad 682-96, de fecha 21 de junio de 1996.
- Expediente Amparo 855-2003, de fecha 27 de febrero de 2003.
- Expediente Amparo 3399-2007, de fecha 20 de mayo de 2008.
- Expediente Inconstitucionalidad en Caso Concreto 2837-2010, de fecha 02 de marzo de 2011.
- Expedientes Acumulados de Amparo 4783-2013, 4813-2013 y 4813-2013, de fecha 5 de julio de 2016.
- Dictamen expediente 919-2016, de fecha 23 de noviembre de 2017.
- Aizenstad, N. (2011). *Medir con la misma vara: parámetros generales para la evaluación de limitaciones al derecho constitucional de igualdad*. Guatemala: Opus Magna Constitucional; Tomo II; p. 419-454.
- Ágreda, C. (2006). ¿Los principios de igualdad y universalidad de los derechos humanos son los mismos para hombres y mujeres?. *Revista de Derechos Humanos*; Guatemala.
- Finley, M. et.al. (1989). *El legado de Grecia. Una nueva valoración*. España.
- Fiss, O. (1999). "Grupos y la cláusula de igual protección". Colombia: *Derechos de la mujer en Colombia*.
- Fraser, N. (1997). *Justitia Interrupta. Reflexiones críticas sobre la posición "postsocialista"*. Colombia.
- Opinión Consultiva, Corte de Constitucionalidad, expediente No. 282-96, de fecha 21 de junio de 1996.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española* Tomo II. España: Espasa Calpe.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, México (06 de octubre de 2002). Seminario Judicial de la Federación, obtenido en: https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fdfdf8fcd&Apendice=1ffdfdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Texto,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=9&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasS.

Suprema Corte de la Nación (2005). Las garantías de igualdad. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Derechos de Autor (c) 2022 Lester Manuel Meda Ruano



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

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

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

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)

La modulación constitucional

Constitutional modulation

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.89>

Jose Pablo Pacheco Samayoa*

Corte de Constitucionalidad

pablopacheco71@hotmail.com

ENVIADO EL 22 DE JUNIO DE 2022

ACEPTADO EL 5 DE OCTUBRE DE 2022

PUBLICADO EL 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

La globalización del derecho y el derecho multinivel han impregnado los ordenamientos locales, cambiando el constitucionalismo doméstico por uno que comparte rasgos comunes basados en el derecho internacional de los derechos humanos; Guatemala no ha sido la excepción de tal fenómeno, lo que ha generado la ampliación de la materia de la constitución en este país. Trasplantes jurídicos como el *bloque de constitucionalite* francés y el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos

Abstract

*The globalization of law and multilevel law have permeated local ordinances, changing domestic constitutionalism to one that shares common features based on international human rights law; Guatemala has not been the exception of such a phenomenon, which has led to the expansion of the matter of the constitution in this country. Legal transplants such as the French *bloque de constitutionalite* and the control of conventionality of the Interamerican Human Rights Court have generated the constitutionalization of a*

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

Humanos han generado la constitucionalización de una gran cantidad de normas internacionales, asimismo, las leyes constitucionales, las reformas a la constitución, la jurisprudencia nacional e internacional, etc., conforman un amplio espectro de normas (reglas, principios y valores) que requieren ser esquematizados bajo una perspectiva interpretativa grupal que logre determinar su valor y preeminencia entre unas y otras en caso de conflicto. Esta investigación busca identificar los tipos de normas constitucionales en Guatemala, estudiarlos desde su contenido axiológico y normativo, y modularlos, con el fin de crear una pirámide normativa constitucional que funcione como parámetro interpretativo en caso de conflicto entre estas.

Palabras clave: Derecho constitucional, principios constitucionales, interpretación constitucional, constitución.

large number of international norms, likewise, constitutional laws, constitutional reforms, national and international jurisprudence, etc., make up a wide spectrum of norms (rules, principles and values) that need to be schematized under a group interpretive perspective that manages to determine their value and preeminence between them in case of conflict. This research seeks to identify the types of constitutional norms in Guatemala, study them from their axiological and normative content, and modulate them, in order to create a constitutional normative pyramid that functions as an interpretive parameter in case of conflict between them.

Key words: *Constitutional law, constitutional principles, constitutional interpretation, constitution.*

La modulaci3n constitucional

Constitutional modulation

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.89>

Jose Pablo Pacheco Samayoa
Corte de Constitucionalidad
pablopacheco71@hotmail.com

Sumario

Introducci3n – 1. Antecedentes - 2. La materia de la constituci3n – 3. Tipos de normas (reglas, principios y valores) – 4. Los principios constitucionales – 5. Tipos de normas constitucionales en Guatemala – 6. Conclusiones

Introducci3n

La expansi3n de la globalizaci3n en el derecho ha provocado desde hace aproximadamente un siglo el surgimiento de legislaci3n comunitaria, regional e internacional, esta a su vez ha trasplantado instituciones y modelos normativos hacia los Estados que son parte en los tratados internacionales de donde surgen, y tambi3n ha impregnado los ordenamientos nacionales, transformando el constitucionalismo de cada Estado desde la concepci3n de soberan3a y originalismo hasta llegar a la concepci3n de un derecho constitucional com3n basado en el derecho internacional de los derechos humanos.

En Guatemala la materia de la constituci3n se ha expandido de manera exponencial gracias a trasplantes como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, sustentadas en las cl3usulas de apertura al derecho internacional contenidas en los art3culos 44, 46 y 149 constitucionales, siendo dicha materia ahora integrada por normas de naturaleza diversa y provenientes de fuentes distintas.

Este fen3meno de constitucionalizaci3n del derecho internacional merece especial atenci3n, en cuanto a determinar cu3les son las que ostentan rango constitucional en Guatemala, para luego definir desde la perspectiva de la interpretaci3n constitucional, en caso de conflicto, qu3 rango ostentan dentro de toda esta materia de la constituci3n, en otras palabras, cu3les prevalecen con fuerza normativa superior sobre otras.

En aras de despejar las dudas sobre el rango constitucional de ciertas normas, el presente ensayo intentar3 definir la diversidad de normas jur3dicas que conviven en el sistema, y esquematizar qu3 lugar ostentan, esto derivado de que el derecho multinivel ha integrado a la materia de la constituci3n de forma directa y, asimismo, propondr3 una base para la gradaci3n de todas las normas constitucionales existentes en el plano guatemalteco que, primero, pueda conceptualizarlas y luego modularlas, para que de forma aventurada, el int3rprete que acceda a estas l3neas, en su tarea de solucionar un conflicto entre estas,

asigne rango a los tipos y subtipos de normas que existen, todo ello basado en su naturaleza y contenido.

Dicho intento de modulación no solo intenta de forma aventurada categorizar una amplia gama de normas con rango constitucional, sino que propone un método útil de interpretación constitucional para aquel intérprete que se encuentre ante un conflicto entre normas constitucionales.

1. Antecedentes

La modulación constitucional desde un punto de vista práctico, es una teoría de interpretación constitucional poco abordada por los constitucionalistas latinoamericanos, ello pues, dicha tarea constituye un trabajo activo de los jueces en la determinación del valor que pueda tener una norma u otra en determinados casos, asignando vía jurisprudencia diversos efectos a las normas constitucionales en su aplicación en escenarios distintos.

Esta teoría ha sido tomada de la perspectiva norteamericana del precedente judicial, y ha sido utilizada en casos de una multiplicidad de condiciones dentro de un Estado a las cuales se aplican un solo grupo de normas constitucionales; en ese sentido, la modulación constitucional como se ha conocido en su poco desarrollo no es más que una forma de dar sentidos distintos a una norma constitucional, dependiendo el caso en que se aplique y dadas las circunstancias de su intervención.

Bajo esta perspectiva –que no será la desarrollada por la investigación- Nestor Pedro Sagüés indica que, la modulación constitucional en una primera aproximación conceptual podría detectarse que propone para ciertos segmentos de la constitución (el más significativo puede ser el de los derechos personales), extraer en cada caso distintas respuestas o productos interpretativos, en función de contextos, obviamente diferentes, que exigen una evaluación especial (Sagüés, 2014).

Esto significa, que un mismo precepto constitucional podría tener variaciones o matices en su aplicación, en razón de una serie de factores de diversa índole, en otras palabras, señala el autor, para ciertos momentos, sujetos o situaciones la misma norma constitucional implicaría o generaría una respuesta (obviamente, constitucional) “a”, y para otros, “b”, o “c”, y en un orden paralelo de ideas, una norma subconstitucional (el precedente) podría resultar constitucional en algunos escenarios, pero inconstitucional en los restantes.

En ese sentido, la modulación constitucional de la manera en que ha sido estudiada por el sistema basado en precedentes judiciales (*common law*) funciona otorgándole diversos sentidos a una norma constitucional, sin embargo, dicha concepción queda al margen de lo que se pretende en este trabajo, pues, modulación no consiste únicamente en dar diversos sentidos a una norma, sino también consiste en ordenar un conglomerado interno de normas de diversa naturaleza, para que, con su categorización, pueda lograrse un mejor entendimiento y coherencia de un sistema normativo-constitucional variado.

La modulación constitucional como se abordará en los párrafos siguientes, no funciona desde el punto de vista interpretativo sobre una norma particular, sino desde la visión del conjunto de normas que conforman la materia de la constitución, de manera general y no concreta, pues lo que busca es modular (categorizar) en secciones plenamente identificables las normas constitucionales existentes, esto con el objeto de proponer una jerarquía interna entre estas, la cual, no pretende prejuzgar sobre la supremacía de la materia de la constitución por sobre el sistema normativo ordinario, sino únicamente identificar y categorizar toda aquella norma que esté dentro de la materia constitucional, es decir, que ostente la categoría de constitucional.

Una de las justificaciones principales para aventurarse a proponer la creación de una teoría de modulación constitucional, es que, con la incursión del constitucionalismo post segunda guerra mundial, en específico, con el apartamiento del positivismo y el paso al post positivismo, la constitución como tal ha dejado de ser únicamente el texto codificado, y ha dado paso a que, hoy en día, se le considere constitucional a una serie de disposiciones - fuera del texto- que ostentan un rango superior dentro del ordenamiento, ya sea por remisión expresa de la Constitución, o por remisión interpretativa -jurisprudencial- y que, al estar en el mismo peldaño normativo, es decir, al ser parte de la materia constitucional, pueden presentar conflicto al contraponerse unas con otras.

De esa forma, intentar modular las normas constitucionales que forman parte de toda la materia de la constitución, ayudaría al intérprete constitucional en caso de dirimir conflictos entre normas que ostenten rango constitucional, determinando éste si unas pesan más sobre otras, inclusive, llegando a conclusiones como que, en determinado caso, una norma de rango constitucional en atención a su posición, estructura o relevancia inter-normativa, pueda llegar a ser inconstitucional.

2. La materia de la constitución

Como se concluyó en el párrafo anterior, la Constitución como fenómeno normativo ya no es concebida únicamente en su forma textual, sino que abarca un conglomerado de disposiciones normativas, tanto internas como internacionales que conforman una materia constitucional, en otras palabras, la constitución ha pasado de ser un código en el que se desarrollan derechos fundamentales y la organización del Estado, a ser una innumerable cantidad de disposiciones de diverso carácter que coadyuvan al funcionamiento ordenado y respetuoso de la idea del Estado Constitucional de Derecho.

Dicha materia está conformada, obviamente, por el texto constitucional y ha sido ampliada por aquellas normas de carácter ordinario que han recibido la fuerza y categoría de constitucionales por alguna circunstancia; también por aquellas normas internacionales en materia de derechos humanos, adicionadas mediante decretos legislativos, es decir, normas de carácter ordinario a fin de cuentas, pero con rango constitucional expreso; normas constitucionales añadidas mediante la facultad de reforma otorgada a los órganos encargados por el constituyente -post constitucionales- sentencias interpretativas del

Tribunal constitucional que modulan una disposición constitucional, así como una gran cantidad de material jurisprudencial de entes internacionales, que vinculan, condicionan y moldean la Constitución y ostentan, por tanto, tal categoría.

Para iniciar con esta difícil labor, debe tenerse en cuenta que la doctrina constitucional ya reconoce de por sí tipos de normas constitucionales sin asignarles jerarquía.

Es por ello que la intención de proponer una teoría de jerarquización de normas, surge de la gran cantidad de tipos de disposiciones constitucionales que existen o que se perciben desde el plano teórico y práctico.

Al respecto el autor costarricense Víctor Orozco Solano (2017), señala una primera categorización de disposiciones constitucionales basada en la eficacia de su normatividad y establece que existen dos tipos básicos, las normas constitucionales de eficacia directa y las normas constitucionales de eficacia diferida.

Las primeras, son aquellas que vinculan directamente al poder público y, en su mayoría, tratan de garantizar derechos fundamentales, son conceptualizadas así por los tribunales constitucionales, que van soslayando sobre la aplicación directa y obligatoria de cada derecho en la medida en que sean invocados o no en el texto constitucional, por lo que los derechos fundamentales, como ejemplo, han pasado de ser normas de limitación al poder, a ser invocados por los ciudadanos en todas sus relaciones.

Las segundas, son aquellas normas que señala Giuseppe De Vergottini, como las que, pese a que efectivamente tienen carácter vinculante y naturaleza preceptiva, requieren para su aplicación intervenciones normativas ulteriores (Orozco Solano, 2017).

Sin embargo, esta primera aproximación responde a la eficacia de normatividad que pueda llegar a tener una disposición constitucional, cuestión que determina el autor partiendo de la fuerza normativa de cada regla o principio en particular, sin que esta diferenciación prejuzgue sobre la condición jerárquica de las de un tipo sobre las del otro.

3. Tipos de normas (reglas, principios y valores)

A partir de la inclusión del post positivismo, en el cual los jueces constitucionales tienen un papel más relevante que solo como legislador negativo, y actúan dentro de un rol constructivo/creativo, los principios se han vuelto reclamables cual si fueran disposiciones contenidas en reglas concretas con fuerza normativa directa, cuestión que a partir que las constituciones que han plasmado principios y valores explícitos en sus textos, han permitido que se revalorice el carácter humano del Derecho y han dotado al juez de materiales jurídicos con un alto contenido moral –principios y valores- para usarlos como herramientas ya no solo hermenéuticas, sino como normas decisorias de casos concretos.

Gustavo Zagrebelsky examina la dicotomía entre derecho positivo –reglas- *versus* derecho natural –principios y valores- con estas palabras:

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que a priori aparecen indeterminadas. Los generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de «supuesto de hecho», a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles «reaccionar» ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. (Zagrebelsky, 2003, pp. 110-111)

Tal y como hace referencia Zagrebelsky, las reglas y los principios se diferencian básicamente por la forma en que pueden hacerse reclamables en el mundo jurídico y en las decisiones judiciales sobre casos concretos, por lo que entendemos que las reglas como normas, en principio, no permiten su interpretación principialista, es decir, en el proceso de su aplicación, no es dable encontrar sentidos que no sean los estrictamente plasmados por el legislador en su creación, pues la legalidad remite a que los jueces apliquen los supuestos de hecho previamente contemplados por la disposición, aplicación que variará en orden de una interpretación limitada en cada caso concreto, actividad interpretativa que únicamente puede llevarse a la práctica judicial bajo parámetros o sistemas interpretativos que la propia ley ha consignado para hacerlo, pero que no deja mayor margen de maniobrabilidad para encontrar supuestos normativos o excepciones que la propia regla no haya contemplado; aquí radica la diferencia sustancial con los principios como normas jurídicas, que no requieren ni siquiera aparecer plasmados de forma explícita en el ordenamiento para entenderse como vinculantes, y cuyo contenido surge de la interacción que realiza el intérprete jurídico al utilizarlos, en otras palabras, los principios son normas de contenido abierto y amplio, que dan una pauta general que no es posible concretizar, sino hasta hallarse frente a un caso concreto en donde una regla -de contenido concreto- ha sido insuficiente, y es entonces que se le dota de contenido, permitiendo la potencialización de la regla en cuestión o la aplicación directa del principio para la solución del caso.

En esta misma línea, una de las formas de dotar de fuerza normativa a los principios para la solución de un caso concreto, es mediante su aplicación práctica sobre circunstancias en las que las reglas no tienen el alcance necesario y suficiente para otorgar la decisión razonable al litigio, o bien, otra forma, cuando existen contradicciones o antinomias entre reglas aplicables a un caso, deviniendo esto en la aplicación de un principio que otorgue la aplicación correcta y más razonable para la decisión.

Cabe señalar que las constituciones en sus textos encuadran reglas, principios y valores, esto debido a su característica proclamadora del establecimiento de un Estado de Derecho, disposiciones que se han vuelto instrumentos hermenéuticos en las manos no solo de los jueces constitucionales –en un sistema concentrado-, sino también en las manos de los jueces ordinarios, quienes al aplicar el control constitucional difuso, deben tomar en consideración, como primer parámetro para interpretar las normas, su constitucionalidad,

para posteriormente decidir si una disposición ordinaria satisface las necesidades de un caso concreto.

Ahora bien, como se ha referido, del creciente y absoluto uso de la Constitución como herramienta hermenéutica en los casos concretos, han surgido innumerables dudas sobre la aplicación práctica de cada disposición constitucional, su fuerza interpretativa y normativa, por lo que delimitar algún tipo de jerarquía dentro del propio contenido constitucional, puede ser útil en la tarea del intérprete constitucional; es así, que cuando una regla constitucional colisiona con otra o es inoperante a la luz de un principio o, un principio colisiona con otro pues ofrecen salidas distintas, es cuando los métodos interpretativos comunes no son suficientes, resultando viable proponer la posibilidad de que exista preeminencia de alguna disposición sobre otra, atendiendo a distintos criterios; al respecto de la posible colisión entre reglas y principios, señala Zagrebelsky:

Según el punto de vista tradicional del positivismo jurídico, los principios del derecho desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas. Los principios operarían para «perfeccionar» el ordenamiento y entrarían en juego cuando las otras normas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida (...) Sin embargo, si consideramos seriamente la diferencia estructural entre los principios y las reglas, nos daremos cuenta de la imposibilidad de reducir el alcance de los primeros a una mera función accesoria de las segundas. Los principios –ya se ha dicho- no imponen una acción conforme con el supuesto normativo, como ocurre con las reglas, sino una «toma de posición» conforme con su *ethos* en todas las no precisadas ni predecibles eventualidades concretas de la vida en las que se pueda plantear, precisamente, una «cuestión de principio». Los principios, por ello, no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas jurídicas, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad. (Zagrebelsky, 2003, pp 117-118).

La realidad a la que se refiere el autor, no es más que la expectativa de una decisión razonable, que puede ser brindada por un principio en defecto de la regla insuficiente; esto en la actualidad post positivista en la que se encuentra el Estado Constitucional, cobra mayor vigor y hace que las constituciones y todas sus disposiciones se conviertan en instrumentos de aplicación directa y también de utilidad interpretativa para todos los casos; en este sentido, queda relegada la concepción que niega la fuerza normativa de las normas-principios, pues, si estos reflejan las razones subyacentes del constituyente, no puede considerárseles como meros accesorios valorativos o ético morales que condicionan el uso de las reglas, sino que en defecto de estas, en la actualidad, suplen las deficiencias normativas del sistema, además de perfeccionarlo, por lo que el intérprete les tiene no solo como mandatos de optimización, sino como normas para la toma de la decisión correcta.

Siguiendo con la dicotomía entre normas constitucionales (reglas *versus* principios) puede resaltarse que los ordenamientos modernos, no reducen su estructura en modelos preestablecidos y lógicamente perfectos (reglas), sino que cada vez más, en estos es posible encontrar otros materiales que operan como “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”, a los cuales se les llama genéricamente “principios”, y dichos tipos de estándares

jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (Dworkin, 1995).

Es por esta problemática surgida de la naturaleza normativa de la Constitución, que la modulación jerárquica de sus disposiciones se vuelve atractiva, idea que ya es presentada por Monroy Cabra (2013), quien señala que la doctrina ha distinguido entre valores, principios y reglas constitucionales, y ha formulado, con base a precisiones de concepto, una teoría sobre la existencia de un sistema de jerarquía normativa al interior de los textos constitucionales; sin embargo, dicho sistema jerárquico normativo dentro de la propia Constitución resultaría insuficiente si solo se pone énfasis en las disposiciones propias del texto constitucional, y habría que atender a la amplitud que la materia constitucional ha venido desarrollando en los últimos años: desde la instauración de la teoría del bloque de constitucionalidad, las normas post constitucionales (reformas constitucionales), las leyes categorizadas como constitucionales y la jurisprudencia constitucional e internacional con fuerza normativa, la necesidad de entender la interacción entre todas estas disposiciones se vuelve más relevante.

Ahora bien, con la dinámica inicial de la jerarquización de normas dentro de la propia constitución, la doctrina delimita valores, principios y reglas desde un punto de vista conceptual, los valores son considerados como normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas y, en tal virtud, fijan criterios de contenido para otras normas y por tanto “prevalecen” sobre los principios y sobre las reglas (Parejo Alfonso, 1990), los principios son normas que condicionan las demás normas, pero tiene un grado mayor de concreción y eficacia, teniendo por sí mismos carácter normativo, por tanto los valores son más abstractos y abiertos que los principios (Monroy Cabra, 2013) aun y cuando siguen perteneciendo a la categoría genérica principialista y axiológica y, por último, Luciano Parejo en cuanto a las reglas define que son disposiciones jurídicas en las que se concreta, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo -así como sus excepciones-; una regla, entonces, es una disposición derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social (Parejo Alfonso, 2001).

Otra perspectiva sobre la distinción entre reglas y principios, la plantea Robert Alexy, específicamente, desde su uso práctico:

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las probabilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizadas en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las

posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios. (Alexy, 1994, p. 75)

Alexy enfatiza el dilema de la aplicación de principios, sin hacer diferenciación entre valores y principios, categorizándolos en una sola rama; de esa cuenta, plantea la ponderación como el método adecuado para solucionar tensiones entre este tipo de normas e impedir la existencia de antinomias axiológicas que puedan existir entre contenidos sustancialmente imposibles de diferenciar bajo sistemas de interpretación diseñados para reglas.

A medida que se dilucida el dilema conceptual entre reglas, principios y valores, se hace evidente que la relación de unos con otros se ve afectada por la concretización que pueden llegar a tener las reglas y principios, y la apatía práctica por la que los valores nunca ven la luz en el plano fáctico y jurídico, por tanto, es necesario abordar desde el punto de vista constitucional, las categorías de principios que pueden existir, esto pues, ya se ha establecido una diferencia genérica reglas *versus* principios y valores, las primeras como normas reguladoras y los segundos como parámetros hermenéuticos y mandatos de optimización de las primeras, ahora corresponde, entonces, desarrollar -y diferenciar- los principios y valores constitucionales, partiendo del lugar en donde los últimos aparecen con mayor fuerza: el preámbulo constitucional.

4. Los principios constitucionales

Puede partirse de la concepción que Robert Alexy brinda sobre los principios, como mandatos de optimización (Alexy, 1993) sin embargo, dicha cualidad únicamente refiere un aspecto de la amplitud de estas normas para el sistema jurídico; los principios han partido de ser simples premisas proclamadas en algunos textos, para formar parte fundamental (si no la más importante), tanto de las constituciones como en otros cuerpos normativos de inferior rango.

De una manera general, un principio es un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento o la razón que subyace a una cuestión; yendo más a fondo, los principios jurídicos son cláusulas de Derecho condensado que no tienen la misma estructura de las reglas, pero que están dotados de significado jurídico externo e interno: externo, porque hacen parte del ordenamiento jurídico, y se han incorporado al derecho positivo porque le dan sentido a éste; pero además, tienen un significado interno por sí mismos, al tener un contenido jurídico relativamente preciso y aceptado convencionalmente por la comunidad jurídica y, por tanto, aplicable a casos concretos.

La pasada concepción sobre la cual los principios eran declaraciones programáticas que solo se hacían obligatorias o cumplibles en caso de encontrar desarrollo en reglas de aplicación directa, ya no se apega a la realidad; hoy, con la idea que sustenta su fuerza normativa y no solo interpretativa, que parte de entender al Derecho por principios y no solo

por reglas, y que promueve el papel activo de los jueces en el Estado constitucional, estas normas no solo son pautas ineludibles de interpretación, sino ostentan, también, fuerza normativa, la que dependerá de la concretización que el principio de que se trate pueda tener en el plano fáctico y jurídico, y tal concretización dependerá, a su vez, de la categoría de principio constitucional de que se trate, según su contenido jurídico.

Los principios según sea su contenido dentro del orden constitucional constituyen normas, ello por la magnitud de mandato que reflejan como hilo conductor de todo el desarrollo normativo constitucional, asimismo, porque los principios por ser normas de mandato, condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción, pues alcanzan proyección normativa o reflejo legal a través de la realización de su subjetividad mediante supuestos de hecho contenidos en reglas, por otra parte, los valores –como principios- por su contenido axiológico, irradian de manera indirecta el ordenamiento jurídico y marcan el derrotero del sistema jurídico.

En cuanto a cómo identificarlos, atendiendo a su forma de manifestarse, en diversas ocasiones, los principios pueden ser manifestados por las constituciones como expresiones solitarias y apáticas, en espera de ser concretizados y, en otras, pueden aparecer inmersos en las propias reglas, detallados dentro de estas y, por tanto, obligando a que la interpretación de dicha regla se realice desde la perspectiva que delimita el principio; *verbigracia*, el principio *pro persona*, se expresa en el preámbulo constitucional guatemalteco, sin embargo, no lo hace expresamente, por lo que es vía interpretativa que se puede identificar; un segundo caso, es donde el principio constitucional sí encuentra su expresión objetiva a través de estar inmerso dentro de una regla, como por ejemplo, la igualdad, principio-valor y clave básica para el desglose y funcionamiento del ordenamiento general, que se afianza tanto como manifestación de derecho fundamental, como principio de funcionamiento del sistema judicial instaurado por la Constitución guatemalteca.

En esta misma línea, aparecen clasificaciones útiles, que señalan una primera tipología de principios constitucionales: estos pueden ser clasificados en implícitos y explícitos (Quinche, 2015); son principios constitucionales explícitos, los que forman parte del ordenamiento jurídico por remisiones expresas efectuadas por el constituyente, por ejemplo, el principio de justicia social relacionado a la salud pública y asistencia social, a través del cual el texto constitucional ordena el desarrollo del sistema de salud pública y condiciona el derecho a la salud como bien público tendiente a alcanzar a todos por igual; y en otro sentido, aparecen los principios constitucionales implícitos, que se extraen de enunciados presentes en el ordenamiento jurídico, y son normas de mandato que se derivan de enunciados contenidos en la Constitución, en otras palabras, son aquellos que derivan de una interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, por ejemplo, el principio *pro actione*, hallando de forma interpretativa, al observar la informalidad que la Constitución promueve en la presentación del recurso de casación para los condenados a muerte, principio que, si bien es cierto fue desarrollado por jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede identificarse fácilmente del texto constitucional, que enuncia

mecanismos en favor de la acción (contra el formalismo) cuando sea la vida la que está en riesgo.

Así las cosas, para entender la dinámica de los principios como manifestaciones plasmadas en los textos constitucionales, debe hallarse sus diferencias y cuestiones comunes, es decir, se debe contextualizar en qué difieren unos de otros y en qué pueden ser concebidos juntos, ello pues, la distinción entre reglas y principios generó un cambio en la concepción del constitucionalismo clásico a un nuevo constitucionalismo en el cual los derechos adquieren un carácter fundamental a partir, entre otros aspectos, de las garantías materiales para su protección efectiva, que exigen del intérprete constitucional instrumentos para la interpretación de los principios a través de los cuales se provoca esta protección (Molinares Hassan & Bechara Llanos, 2017).

El constitucionalismo moderno o post positivismo, exige de los intérpretes judiciales– jueces– a examinar cada caso concreto en vista de los valores subjetivos e inmateriales que subyacen al derecho objeto a aplicar, tanto es esto, que una interpretación sencilla y consistente en la mera subsunción de conductas en reglas jurídicas, ya no puede ser percibida como manifestación de la tutela judicial efectiva que le asiste a las partes intervinientes en cualquier proceso judicial, más bien, se espera del realizador del derecho objeto, una tarea de acoplamiento de las reglas jurídicas con los principios que pueden asistir en determinado caso a cada parte que comparece ante su jurisdicción, extendiendo el actuar de los jueces a un campo sumamente complicado y, sobre todo, peligroso, al volverlo constructor del Derecho, entendiendo como contenido del “Derecho” no solo a aquellas las fuentes tradicionales (ley), sino a todo aquel material vinculante y objetivo mediante el cual el juez pueda otorgar la respuesta correcta del caso concreto.

Siguiendo en la conceptualización de los principios constitucionales, es decir, la razón de ser que los diferencia de las reglas, se encuentra, la materia regulada por unos y por las otras, en tanto las reglas tratan, a diferencia de los principios, de supuestos de hecho concretos y consecuencias jurídicas delimitadas dentro de la propia norma, mientras los principios abarcan materias relativamente precisas, que permiten la toma de posición del intérprete hacia una u otra salida jurídica; tal y como lo explica Alexy y Bernal, citados por Molinares y Bechara en su obra:

... Así es como “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas” (Alexy, 1988, p. 143). Otra diferencia entre reglas y principios está dada en que las reglas, como primer tipo de normas, obedecen a la lógica de la subsunción, al modelo del silogismo jurídico, y estas se aplican de la manera “todo o nada”; es decir, no precisan una ajustada interpretación a las posibilidades fácticas del caso concreto, sino que, en caso de conflicto, se aplicará una ley, y la otra se eliminaría o se apartaría del sistema jurídico. Mientras que los principios, como el segundo tipo de normas, obedecen a la lógica de las colisiones, ya no expresadas en condiciones de conflicto entre una y otra norma como las reglas, sino como relaciones de tensión entre una y otra norma de condición, como cuando a su vez algo está permitido en cuanto a su condición hipotética, y a su vez algo está prohibido debido a esa condición de las posibilidades. Esto

lo explica Bernal (2003) así: “Para establecer esa mayor medida posible en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas” (p. 226). De acuerdo con lo anterior, los principios se enmarcan, en el modelo de las circunstancias fácticas y jurídicas, a un nuevo modelo de interpretación y argumentación jurídica, con especial relación a las decisiones que resuelven colisiones, determinadas por la fórmula de las condiciones de posibilidad. Lo que provee a los principios, como instrumentos para la concreción de los derechos fundamentales, es que actúan como valor fundante del Estado constitucional de derecho. (Molinares Hassan & Bechara Llanos, 2017, pp. 168-169).

Esta diferenciación, plantea la idea esencial en cuanto al contenido asignado a cada principio constitucional, pues se puede distinguir que estos funcionan no de manera concreta o pautada de forma previa por el legislador, sino en la medida que la regla no puede suplir la necesidad del caso concreto, es decir, conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas del caso; en este ejercicio (de dotar de contenido a los principios) existe un rasgo de discrecionalidad, que corresponde al intérprete y se trata del clásico juego de ponderación, tendiente a encontrar cuál razón prevalecerá sobre la otra, atendiendo a la idoneidad, necesidad o bien proporcionalidad en sentido estricto que uno u otro principio pudiese tener en el caso concreto.

Ahora bien, resulta indispensable, para la materialización de la fuerza normativa asignada a los principios, diferenciar entre principios en sentido estricto o propiamente dichos y valores constitucionales; citando a la Corte Constitucional colombiana, los valores no alcanzan el valor normativo del principio, sin embargo, dictaminan el camino que habrá de seguir el Estado frente a su organización funcional, en tanto que también delimitan al Juez, para que aplique la norma de tal manera que uno y otro sean congruentes (Quinche, 2015); tal escenario es peculiar, pues coloca a las reglas como operativizadoras de los principios, pero en determinado momento, al surgir una eventual colisión entre estos últimos, pueden ser los valores constitucionales los que arbitren el derrotero a seguir, es decir, que aunque los valores carezcan de fuerza normativa y aplicativa (que sí poseen las reglas y los principios propiamente dichos), al fungir como una guía general de las aspiraciones del sistema, puede asignárseles fuerza interpretativa.

De ahí que sea útil establecer las más importantes diferencias entre unos y otros (principios y valores); la primera y más importante, derivada de la fuerza normativa argüida que poseen, es que los principios son normas jurídicas y los valores son solo fines jurídicos; asimismo, los principios son específicos en cierta medida, mientras que los valores son generales totalmente, esto es, porque los principios se encuentran llenos de un contenido más o menos delimitado, señalado ya sea implícita o explícitamente, mientras que los valores constitucionales únicamente consagran aspiraciones que funcionan como el telón de fondo que da direccionamiento al sistema de normas.

En cuanto a los principios y su determinación como normas constitucionales, existen cuatro características principales a relucir (Quinche, 2015):

- a) Son verdaderas normas que contienen mandatos obligatorios y exigibles de modo inmediato.
- b) Son normas de carácter general, aplicables al universo de casos y sin restricción por especialidad jurídica. (Inocencia, justicia social, irretroactividad)
- c) Normas que deciden los casos difíciles o complejos.
- d) Sus conflictos son resueltos por ponderación.

Por su parte, los valores constitucionales son conceptos puramente axiológicos, no encuadran en ellos motivos procesales como el principio *pro actione* o como el principio de inocencia en materia penal y tributaria, sino que responden al criterio de lo que puede ser calificado como lo bueno o lo mejor para el ser humano como centro del Estado constitucional de Derecho.

Estos se desenvuelven en el campo de la moral y responden a una tradición naturalista que contrapone la maldad de la bondad o la valentía de la cobardía, diferenciando los valores de los antivalores por la cantidad de moral impresa en cada uno de ellos; entre tanto, los valores constitucionales, es decir, todo lo que está bien desde el punto de vista social e idiosincrásico del constituyente, son señalados dentro del catálogo axiológico impreso en el texto constitucional, o sea, son las preferencias acogidas por el poder constituyente y señaladas como prioritarias y fundamentadoras para todo el desarrollo jurídico de la convivencia social que propone la Constitución; representan la base moral sobre la cual una sociedad dispone a organizarse y, al final, dan sentido y finalidad tanto a los principios como a las reglas, ambos materiales jurídicos entendidos como normas jurídicas vinculantes.

Por otra parte, los valores constitucionales configuran las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural de un Estado, tal tarea es vista desde una triple dimensión (Pérez Luño, 2018):

- a) Sirven de fundamento al conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, al ordenamiento jurídico en su conjunto;
- b) Orientan ese mismo orden jurídico hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier norma que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de los que están enunciados en el sistema axiológico constitucional y,
- c) Ejercen una función crítica en cuanto sirven de criterio o parámetro de valoración para medir la legitimidad de los diferentes hechos y conductas.

Puede decirse entonces, que a diferencia de los principios, los valores sólo tienen de jurídico su significado externo, es decir, el hecho de que están mencionados en la constitución (no así el interno porque no tienen un contenido jurídico aplicable de forma directa), mientras que los principios son normas jurídicas porque no solo hacen parte de la

constitución, sino jurídicamente son vinculantes y aplicables al universo de casos regulados por el sistema (fuerza normativa), en tanto que pueden justificar una decisión judicial.

Fuera del contexto judicial, pueden tener un significado muy diferente, ya sea moral, filosófico o religioso, dependiendo del ámbito en el que aparezcan insertos, como por ejemplo, cuando se habla de igualdad de los hombres ante la ley, dimensión cuyo significado es jurídico constitucional; distinto de señalar, por ejemplo, que todos los hombres son iguales ante los ojos de Dios, pues aquí el valor igualdad tiene matiz religioso (moral) y no jurídico.

Debe concluirse, que los principios propiamente dichos y los valores constitucionales, funcionan como soporte axiológico y filosófico del sistema jurídico en general y de las normas constitucionales en lo particular, gravitan la arquitectura constitucional de manera perenne, pues informan y modulan la interpretación de toda la normativa, así como pueden ser utilizados de manera directa (principios) en caso de que la regla lo contenga o así lo disponga; sin embargo, en cuanto a su aplicación directa, esta únicamente puede ser viable cuando se trate de un principio propiamente dicho, cuyo contenido jurídico esté delimitado y no exista regla aplicable al caso concreto, claro está, esto es por la subjetividad que conllevaría su aplicación directa en todos los casos, además de los límites que la legalidad que se verían franqueados al utilizar un principio para resolver un caso que encuentra su solución en una regla; por ende, su aplicación solo resulta recomendable para algunos, en caso de conflicto normativo tal, que enfrente dos salidas distintas para un caso difícil, que requiera del apoyo de una con un alto contenido axiológico (moral) que indique la respuesta correcta.

Dicho contenido axiológico y filosófico de los principios y valores, es dotado de la importancia en mayor o menor medida que los antecedentes de esa norma y su historia fidedigna que motivó su creación e incursión dentro del texto constitucional otorga, así también, de la frontera jurídica que protege a través de su existencia, o bien, del contenido de derechos fundamentales que promueve; estos tres elementos pueden ser considerados como medidores del contenido axiológico de una norma constitucional y sirven como base, también, para un eventual ejercicio ponderativo cuando lleguen a colisionar.

Ahora bien, existen principios y valores transparentes que permanecen inertes, pues no tienen cuerpo normativo que refleje su estructura, pero que subsisten en las razones propias que motivan la creación de las normas constitucionales, tal es el caso de los postulados que sustentan el preámbulo constitucional, que al no poder ser objetivizados de manera externa, deben fungir únicamente, vía su alto contenido axiológico, como métodos interpretativos, que subsisten por sí mismos y no solo son la esencia filosófica de todo el texto constitucional, sino que son el combustible que permite que los principios que sí aparecen operativizados de forma externa en las normas constitucionales, funcionen de manera correcta.

Puede concluirse, en que los principios como categoría axiológica general (principios y valores), manifiestan su funcionamiento a partir del contenido sustancial que contengan, el que, llevado al ejercicio de tensión interpretativa y de aplicación normativa puramente, revelará si se trata de un principio propiamente dicho, que ostenta fuerza normativa para la solución de casos concretos (en defecto de regla aplicable) o un valor, que queda en el campo

de la moral, una moral constitucional, que únicamente pueden ser utilizada como espejo interpretativo y de aplicación de la norma constitucional (sea principio propiamente dicho o regla).

5. Tipos de normas constitucionales en Guatemala

Desde la perspectiva guatemalteca, pueden hallarse gran cantidad de normas constitucionales, que se distinguirán unas de otras por la fuente de provienen, sin prejuizar sobre el contenido normativo (reglas, principios y valores) que tiene cada una de ellas, lo cual será analizado más adelante para determinar la prevalencia que puedan tener unas *versus* otras; de esa cuenta, la materia de la constitución guatemalteca contiene los tipos de normas siguientes:

- a) el **primer tipo** de norma constitucional es el preámbulo constitucional, compuesto de principios y valores que no tienen expresión normativa concreta pero sí sustancial, pues no son expresados en mandatos sino en la consagración de un deseo de porvenir para el desarrollo del Estado; habida cuenta, el preámbulo constitucional forma parte de un tipo especial de norma, cuyo contenido axiológico es debatido en cuanto a su fuerza normativa pero que, sin embargo, es la parte medular de toda la materia de la constitución, por lo que sea para interpretar a las demás normas o para aplicarse directa o diferidamente, debe reconocérsele como norma constitucional que ocupa la cúspide en la escala normativa constitucional.
- b) El **segundo tipo** de norma constitucional que puede hallarse es la Constitución Política de la República por sí misma que, siendo desarrollada como un código de autodeterminación, contiene reglas, principios y valores expresados en mandatos concretos, abstractos y programáticos, respectivamente, que determinan los derechos fundamentales de los individuos y el funcionamiento del Estado guatemalteco, y que dentro de su desarrollo contiene, respecto de la materia, tres tipos de normas; las dogmáticas, que son aquellas cuyo contenido expreso se resume en derechos fundamentales para los individuos (personas físicas, jurídicas y colectivos), pudiendo ser estas reglas o principios, o bien, una combinación de estos y que son exigibles directamente; las orgánicas o institucionales, que son aquellas que moldean el funcionamiento del aparato estatal y que, normalmente, están expresadas en forma de reglas, por lo que, aun y cuando su fuerza normativa no proviene de contenidos axiológicos estrictamente, lo reglamentado es directamente aplicable desde la exigibilidad de una conducta, pues son normas constitucionales limitantes al poder institucional, que delimitan funciones a cada ente institucional, asignando tareas, competencias y procesos propios de cada uno de estos; y las programáticas, que normalmente se expresan en principios de contenido abierto hacia el poder constituido y contienen un mandato de desarrollo hacia la ley ordinaria, es decir, que prevén alguna circunstancia vital (*verbigracia* derecho al agua) para el ordenamiento constitucional, pero no tan relevante para el

constituyente como para ocupar el texto constitucional, por lo que encomienda al poder constituido su desarrollo en la legislación ordinaria, el cual debe ser atendido para evitar incurrir en una omisión legislativa que lesione derechos constitucionales programados; la diversidad de normas constitucionales contenidas en el texto constitucional *per se*, no prejuzgan sobre su esencia y su jerarquía entre unas y otras, pues solo se analizaría en caso de conflicto, determinando si se está ante una regla, un principio o un valor.

- c) El **tercer tipo** de norma constitucional en el ámbito guatemalteco, está conformado por las leyes constitucionales, las cuales no forman parte del texto constitucional, pero desarrollan una materia especialmente encomendada por esta, es decir, surgen a raíz de una programación hecha por el constituyente, pero que este mismo se reserva; de esa cuenta, las leyes constitucionales son producto de la voluntad del constituyente, que señala el mandato para que dichas materias sean desarrolladas, pero al mismo tiempo reserva su regulación, de manera que su especialidad tenga prevalencia por sobre las demás normas que desarrollará el poder constituido. Este tipo de normas constitucionales llaman especialmente la atención, pues aun y cuando se catalogan como constitucionales, no ostentan el rango supremo de la constitución por no estar contenidas dentro de su texto y, por ende, no poseer la rigidez del texto mismo, sin embargo, presentan ciertos rasgos que pueden considerarse de superioridad por sobre las normas ordinarias, los cuales son a su vez otorgados por el texto constitucional y pueden llevar a la concepción de considerarlas normas constitucionales intermedias o de segunda categoría.

c.1) el primero de estos es el calificativo que el texto constitucional les otorga, pues, en los cuatro casos existentes (Ley Electoral y de Partidos Políticos, Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Ley de Orden Público y Ley de Emisión del Pensamiento), la constitución se refiere de manera expresa a estas como “leyes constitucionales”, lo cual presupone un carácter distinto de las normas ordinarias, pues desarrollan materia específica de la constitución, la cual, a pensar del constituyente debe tener relevancia por la trascendencia de su regulación.

c.2) el segundo rasgo para determinar la superioridad de las leyes constitucionales, es el procedimiento agravado para su reforma, es decir, la rigidez que el texto le brinda; esto pues, el texto constitucional establece un procedimiento distinto de reforma a las cuatro leyes señaladas, estableciendo, por sobre la primacía legislativa, que para que estas puedan sufrir una modificación resulta necesario el dictamen de viabilidad de reforma emitido por la Corte de Constitucionalidad, lo cual, sin duda, añade carácter distinto a estas disposiciones, en tanto son las únicas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco que requieren del referido dictamen previo de constitucionalidad (obligatorio y vinculante), emitido por un Tribunal de Derecho y no por un órgano político; esto denota que el constituyente descansa sobre el Tribunal Constitucional como órgano constituyente permanente, la responsabilidad

de que las materias regladas por las leyes constitucionales, se mantenga apegada a los principios y valores fundantes del texto constitucional y a su realidad práctica.

c.3) el tercer rasgo, continúa en el plano del procedimiento para su reforma, o sea su rigidez, pues este, a su vez, exige que la decisión del Parlamento al aprobarla sea por mayoría calificada, específicamente mediante el voto de dos terceras partes de sus integrantes, lo que agrava el procedimiento de reforma; sin embargo, este no es un rasgo propio y especial de estas leyes, al no ser las únicas disposiciones que requieren tal número de votos para su aprobación; también debe resaltarse, que posterior a su aprobación, tampoco se exige la consulta popular o referéndum, que sí es necesario para la reforma de la parte rígida de la constitución, por lo que respecto a este rasgo, puede concluirse que se trata de normas de tipo semi-rígido.

c.4) el cuarto rasgo está inmerso en la reserva de ley que el constituyente hizo para su emisión, o por lo menos, para la emisión de dos de estas (Ley Electoral y de Partidos Políticos y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad), pues señala su constitucionalidad y a su vez remite a que sea el propio órgano constituyente el que las desarrolle, esto por la materia de especial importancia que desarrollan; ahora bien, en cuanto a las otras dos leyes de carácter constitucional (Ley de Orden Público y Ley de Emisión del Pensamiento), resulta más interesante el hecho de que el constituyente no solo constitucionalice normas que fueron emitidas al amparo de otra constitución (1965), sino que les otorgue el rango de constitucionales por haber sido emitidas por el órgano constituyente de aquella época, lo cual, sin duda, formula una unidad de criterio en determinar que, la materia que estas regulan, es constitucional indefinidamente para el Estado, al formar parte del orden constitucional general, volviéndose atemporales. De esto resulta interesante pensar, que podría tratarse de un primer antecedente del bloque de constitucionalidad (aunque no se haya llamado así), pues, el constituyente de 1985 reconoce la labor del constituyente de 1965 y le otorga relevancia a la materia constitucional establecida por este, al punto de adoptar normativa hecha para el contexto de otra Constitución, lo cual, de hecho, constituye una manifestación de unificación de la tarea constituyente y de reconocimiento de las bases constitucionales del Estado en la modernidad.

Para entender la visión de la esencia de las leyes constitucionales, la Corte de Constitucionalidad ha expresado su carácter como normas constitucionales, y señala:

... Esta Corte considera que las leyes constitucionales son revestidas de tal carácter en forma expresa por la Constitución, son emitidas por el órgano que ostenta el poder constituyente y su procedimiento de reforma es más rígido que el previsto para reformar leyes ordinarias. La Constitución en el artículo 175 prevé un mecanismo rígido para la reforma de leyes constitucionales que para llevarse a cabo deberá aprobarse con el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad. Las normas de una ley constitucional no pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través de una inconstitucionalidad general o inaplicables mediante su planteamiento en caso concreto, sino únicamente por medio de

la reforma de la ley y siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución, ya que de lo contrario esta Corte dejaría de ser intérprete de la Constitución y se convertiría en un legislador constitucional negativo... (Corte de Constitucionalidad, 1996)

Tal expresar del Tribunal Constitucional, no deja duda en cuanto a la constitucionalidad de las leyes catalogadas con dicho rango, al punto de posicionarlas fuera del control constitucional normativo, es decir, que no pueden ser declaradas inconstitucionales (expulsadas o inaplicadas).

No queda lugar a la discusión sobre el rango constitucional otorgado a estas leyes, el cual no solo corre por el calificativo, sino por la sustancia de la materia que regulan.

Pero si algo hay que destacar, es que la Constitución *per se* no es una ley constitucional, como erróneamente se ha llegado a suponer, pues esta ostenta un rango superior definitivo por sobre cualquier norma ordinaria o catalogada como constitucional en primer lugar por el órgano que la expide, cuya tarea única ha sido su creación, es decir, que el *telos* de su convocatoria constituye también su razón de ser, no pudieron ser equiparable a cualquier otra norma emitida por este o por otro órgano, pues su supremacía depende, entre otras cosas, de su carácter único e irrepetible; por lo que la Constitución es el centro de la codificación de la materia de la constitución, en otras palabras, este texto central precedido por un preámbulo que forma parte activa de este, no es una ley, sino un código estrato céntrico del que emanan todas la normas, sean reglas o principios, pues su legitimidad legitima todo lo demás, *ergo*, ostenta un rango único e incomparable y no puede ser equiparada con las leyes constitucionales, y no puede ser considerada una ley, sino una norma suprema, la norma de normas.

En fin, las leyes constitucionales forman un tipo de normas intermedias en cuanto a su procedimiento de creación, revisión y cotejo constitucional, pero en cuanto a su carácter y fuerza normativa por sobre el ordenamiento común, son plenamente vinculantes dada la materia que desarrollan y el mandato que las legitima, por lo que son normas constitucionales que merecen atención y posición dentro de la tesis de modulación que se desarrolla.

- d) El **cuarto tipo** de normas constitucionales, se integra en el plano constitucional gracias a la apertura que la Constitución realiza vía tres artículos: el 44, el 46 y el 149; este articulado refiere, de manera resumida, que la Constitución no excluye otros derechos que por su naturaleza sea inherentes a la persona humana, es decir, abre una ventana hacia el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, para que, a medida que este sea desarrollado y nuevas categorías de derechos fundamentales sean reconocidas en el plano internacional, puedan ser integrados al texto constitucional; tal integración surge a partir de otra disposición constitucional que, por medio de un principio, señala que los tratados internacionales en materia de derechos humanos prevalecen sobre el derecho interno.

Esta discusión ha generado varias tesis en cuanto al posicionamiento de estas normas en la jerarquía normativa y bajo la supremacía de la constitución como norma de normas, teniendo como primera visión que el derecho interno está conformado

por todas las normas que no son la constitución, lo cual resulta errado, pues el orden interno como tal surge con con el propio texto constitucional, siendo inviable e ilógico desvincularlo de su carácter de normatividad interna ante la dicotomía de derecho interno y externo; ahora bien, para matizar la discusión y controversia, el Tribunal Constitucional ha emitido jurisprudencia en la cual señala que la Constitución es un conjunto armónico de normas, incluyendo aquellas que esta misma adiciona, por lo que al abrir la posibilidad de que las normas internacionales en materia de derechos humanos, sean acogidas dentro de su texto y brindarles el carácter de constitucional, les asigna jerarquía superior únicamente frente a las normas ordinarias, esto en otras palabras, no permitiría la subordinación de la Constitución ante las normas de carácter internacional, pues en caso de contravención entre unas y otras, las normas constitucionales no podrían verse sujetas a reforma o modificación por las internacionales, como señala el Tribunal, ya que, en principio, el conflicto no podría existir pues el Estado no aceptaría de normativa internacional que contraviniera el texto constitucional, existiendo mecanismos de control previo sobre instrumentos internacionales sobre las que existiera duda.

Esta posición no es compartida del todo, pues, aun y cuando el Estado decide qué normas de carácter internacional entran a la esfera del derecho guatemalteco, el examen de constitucionalidad que realiza el parlamento no siempre es el idóneo para determinar esta posibilidad conflictiva, por lo que, de no invocarse el control previo de constitucionalidad, sería tarea posterior del Tribunal Constitucional vislumbrar conflictos normativos, además, ante el fenómeno constitucional de mutación normativa, tanto de las propias normas constitucionales, como de las internacionales, estas podrían cambiar de efectos modificando su sustancia y pudiendo colisionar una con otra, por lo que el conflicto constitucional sí podría ocurrir, debiendo decidirse qué categoría ostenta la norma internacional en materia de derechos humanos adoptada por el texto constitucional.

Al respecto de estas normas, también el Tribunal Constitucional se ha expresado sobre que no es viable realizar el examen de constitucionalidad de manera directa, pues no ostentan la legitimidad de la norma de normas, debiendo ser hecho por vía del bloque de constitucionalidad y aplicación de las normas que permiten su entrada, es decir, los artículos 44 y 46 constitucionales.

En fin, las normas internacionales en materia de derechos humanos, son entonces, normas constitucionales plenamente reconocidas, las cuales, sea de manera integradora o bien, mejoradora, forman parte del texto constitucional y, por ende, de la materia de la Constitución.

Así, la inclusión de derechos fundamentales y de normas constitucionales mediante la creación vía jurisprudencia de la teoría del bloque de constitucionalidad, ha distorsionado la materia de la Constitución, permitiendo que una vastedad de normas internacionales en materia de derechos humanos obtengan su constitucionalización, lo que ha provocado una intensa carga impregnadora de las

normas internas con normas internacionales y jurisprudencia de la aplicación de estas, lo que, con los límites adecuados resulta útil y valioso para el sistema normativo.

- e) El **quinto tipo** de normas constitucionales es la jurisprudencia constitucional; estas son, más bien, subnormas, o normas subconstitucionales (Monroy Cabra, 2013), las cuales surgen al verificar la confrontación entre la ley y la constitución, en la actividad de interpretación, es decir, se crean a partir del proceso de subsunción que realiza el intérprete constitucional. Es por esto que, de toda operación de subsunción, por simple que parezca, se deriva un *tertium* que constituye la norma subconstitucional para una aplicación analógica de la jurisprudencia, por lo que, pese a que se diga que el juez constitucional realizó tarea interpretativa, es más bien una función de integración o complementación que se vuelve creadora (García, 1984).

Estas normas subconstitucionales son intermedias en cuanto a su contenido, en la medida que se localizan dentro de la actividad creadora del constituyente y la aplicación del juzgador, siendo entonces una subcategoría que moldea la materia de la constitución; son indispensables para la sanidad de un Estado de Derecho y del orden constitucional, pues en estas están contenidos los parámetros actuales de interpretación, que son todos aquellos factores de aplicación que inducen al juez constitucional actual, pero a su vez, mantienen la esencia dotada por el constituyente al momento de su creación, en otras palabras, la jurisprudencia constitucional constituye un puente que une el momento de creación de la norma constitucional con el momento actual de aplicación, sosteniendo entre sus líneas criterios objetivos y materiales, pero también subjetivos y morales.

Es así que el Tribunal Constitucional, tomando en consideración el carácter abierto del texto constitucional, en donde coexisten conceptos jurídicos bastante indeterminados como principios y valores, crea normas que se han llamado subconstitucionales para facilitar la aplicación de los preceptos indeterminados o abiertos (Monroy Cabra, 2013).

En el plano guatemalteco, todos los Tribunales constitucionales difusos y el Tribunal Constitucional concentrado tienen como función la interpretación de la constitución y su materia, pero la creación de normas subconstitucionales mediante la expedición de jurisprudencia, está reservada a la Corte de Constitucionalidad a través de varias de las tareas que realiza; la primera de ellas, en las sentencias de amparo en donde sienta criterios interpretativos catalogados como doctrina legal, es decir, de observancia obligatoria, cuando su emisión se condensa en tres fallos contestes sobre la interpretación de una misma norma en casos similares, en otras palabras, en la interpretación de la defensa de derechos fundamentales; la segunda, en la resolución de las acciones de inconstitucionalidad de carácter general y en caso concreto que son sometidas al Tribunal Constitucional, en las que determina la compatibilidad de las normas ordinarias que son sometidas a cotejo de parificación con las normas constitucionales, pero también moldea su entendimiento para evitar

su expulsión por el eventual roce que tenga lugar (sentencias interpretativas), de esa cuenta, en las sentencias de estas acciones tiene lugar una tarea interpretativa de importancia y relevancia para el ordenamiento, que llega a ser tan necesaria y vinculante, que termina constituyéndose en una norma subconstitucional; por último, en la tarea de consulta que está atribuida al Tribunal Constitucional guatemalteco, a petición de parte o bien por mandato constitucional –reformas a las leyes constitucionales– se sientan criterios de interpretación y entendimiento de una norma constitucional (no vinculantes y vinculantes, respectivamente), es decir, que el Tribunal Constitucional como intérprete último de la Constitución y su materia, define, en su calidad de poder constituyente permanente, cómo debe de entenderse, aplicarse o interpretarse una norma constitucional, vinculando tanto a quien solicita dicha consulta como a todo el Poder Público a la observancia general de los parámetros definidos por este.

Ahora bien, gracias a la expansión del derecho internacional de los derechos humanos y a la adopción del bloque de constitucionalidad como teorema de integración de normas internacionales al plano constitucional, también se incorporó al plano guatemalteco el control de convencionalidad; bajo esta tesis, los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que hayan aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, están obligados a observar, no solo las disposiciones convencionales, sino la interpretación dada a ellas por parte de su intérprete última, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos; es así que las sentencias y opiniones consultivas emitidas por el citado órgano internacional y que forman la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, también constituyen normas subconstitucionales, pues interpretan y aplican normas que son parte de la materia de la constitución, con la única diferencia que la jurisprudencia constitucional requiere de un número de fallos contestes para su obligatoria aplicación, mientras que la jurisprudencia emitida por dicha Corte internacional, es de observancia obligatoria y de aplicación *ex officio* por todos los órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas de los Estados parte.

- f) El **sexto tipo** de normas constitucionales, surge de la interpretación constitucional, y son las costumbres y convenciones constitucionales; para entender estas, debe hacerse desde su método de creación, que es a través de la subsunción de hechos a disposiciones funcionales o competenciales de la justicia constitucional, por lo que también ostentan el carácter de normas subconstitucionales.

Este tipo de normas en Guatemala no tienen cabida expresa por la jurisprudencia constitucional, sin embargo, es útil hacer alusión a estas, por cuanto su papel dentro de la modulación constitucional resulta clave para el orden constitucional.

La costumbre desempeña un papel legítimo de integración de la constitución, a menudo con lagunas normativas o axiológicas, por lo que, incluso las costumbres constitucionales producen normas de rango constitucional, que al ostentar dicha

jerarquía no son modificables ni derogables por obra de los mismos sujetos que las han puesto en vigor.

Una visión conceptual es presentada por Ricardo Guastini (2013), quien señala que las normas derivadas de **costumbres constitucionales** pueden ser hechas valer por el Tribunal Constitucional, cuando menos en el juicio sobre conflictos de atribución entre los poderes del Estado; en otras palabras, estas resultan de utilidad para garantizar la división de poderes, principio básico del republicanismo y que satisface uno de los elementos del Estado constitucional.

Estas serían, entonces, aquellas soluciones interpretativas que un Tribunal Constitucional adopta, mediante la interpretación preceptos de dicho rango, y que busca satisfacer una necesidad regulativa que el ordenamiento no contiene (laguna normativa o laguna axiológica) mediante un proceso repetitivo y conteste, que permita entender como una forma útil de integración del sistema jurídico-constitucional.

Ahora bien, las **convenciones constitucionales** (Rescigno, 1969) son acuerdos en donde nacen reglas de comportamiento no escritas, destinadas a:

- 1) Bien interpretar las disposiciones constitucionales (con el efecto, algunas veces, de eludirlas).
- 2) Bien para integrarlas (en cualquiera de los sentidos de esta palabra), colmando de paso las lagunas de la constitución.

La doctrina distingue cuatro tipos de convenciones constitucionales:

- 1) Convenciones que sustituyen sustancialmente reglas constitucionales escritas, de modo que estas últimas continúan siendo respetadas, pero solo en la forma, mientras que la sustancia es ocupada por una regla diferente, precisamente convencional.
- 2) Convenciones que integran reglas constitucionales escritas: la regla constitucional marca los límites y deja abierto el camino a un haz de posibilidades ulteriores reglas de comportamiento aptas para completarla, de manera que dentro de los límites marcados exista un margen de libertad, que es ocupado precisamente por la regla convencional.
- 3) Convenciones que, aunque formando parte de la constitución (de alguna manera) no están directamente conectadas a alguna específica regla constitucional escrita.
- 4) Convenciones que se superponen a una regla constitucional escrita, incorporando a un acto o suceso –quedando firmes sus propios efectos jurídicos, previstos por la regla escrita- también ciertas consecuencias políticas que la misma regla no prevé (Guastini, 2013).

Ni las costumbres, ni las convenciones constitucionales están prescritas en el texto constitucional, por lo que funcionan como fuentes extraordinarias añadidas vía jurisprudencial a la materia de la Constitución y, en todo caso, pueden imponerse solo en virtud del principio de efectividad que resulte de su uso.

Algunas diferencias entre estas dos normas subconstitucionales son, que las reglas convencionales no siempre nacen de comportamientos uniformemente repetidos durante mucho tiempo –como la costumbre–, algunas veces nacen de un solo precedente; asimismo, las reglas convencionales no son susceptibles de aplicación jurisdiccional, de modo que su violación carece de todo remedio; es por esta última razón que las reglas convencionales son siempre derogables; por último, las reglas convencionales tienen una eficacia, por así decir, contingente, en el sentido de que están destinadas a perder eficacia en situaciones político-constitucionales diversas de las que permitieron o requirieron su formación (Guastini, 2013).

El ejemplo más próximo a una convención constitucional en Guatemala es el que tuvo lugar con motivo del auto golpe de Estado dado por el ex presidente Jorge Serrano Elías en 1992, situación en la que el Tribunal Constitucional actuó de oficio y sin precedente alguno para restablecer el orden constitucional dentro del país –atendiendo a su función de protección del orden constitucional–, retornando la institucionalidad de los poderes del Estado, y restituyendo a los funcionarios desaforados; este único antecedente, da cuenta de un precedente político-constitucional en el cual se sentó una convención, es decir, se integró una regla constitucional de actuación que no está prevista por el texto constitucional o por ley, pero que permitió mantener la esencia del texto *per se* a través de la instauración por una única vez de una función abstracta reflejada en un acto de subsunción.

Tal precedente presenta una serie de características que le permiten ser analizado como una convención única: el primero, relativo a la actuación oficiosa del control constitucional normativo, no prevista dentro de la jurisdicción constitucional; la segunda, relativa al tipo de control ejercido y la materia sobre la que se ejerció, en tanto que se declaró la inconstitucionalidad de actos –no de normas– lo que representó una especie de actuar híbrido del Tribunal Constitucional, que declaró la nulidad de actos de autoridad -amparo- pero vía inconstitucionalidad de carácter general; y la tercera, relativa a los fundamentos que sustentaron la actuación, específicamente, las disposiciones constitucionales que se señalaron quebrantadas, en este caso, el principio de jerarquía constitucional, el de legalidad (que llama la atención por invocar las reglas institucionales), y el de rigidez constitucional, como forma de garantizar que el proceso de reforma solo se realice mediante los mecanismos establecidos para ello. [Vid. Sentencia de veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y tres, dentro del expediente de inconstitucionalidad general 225-93 de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala]

- g) El **séptimo tipo** de normas constitucionales está conformado por las reformas constitucionales; estas son normas –reglas, principios o valores– añadidas los textos

normativos que forman la materia de la Constitución, con posterioridad al momento de su creación, por lo que su diferencia con las demás normas constitucionales es el tiempo de creación y el órgano por el que son expedidas. En el caso de Guatemala únicamente pueden existir este tipo de normas dentro de la Constitución y de las leyes constitucionales, pues son los únicos dos cuerpos normativos de carácter constitucional sujetos al poder de reforma por el constituyente –nótese que el preámbulo queda excluido del poder de reforma–. Para la Constitución, estas normas pueden provenir de dos órganos distintos que dependerá del grado de rigidez de la norma original que sea sujeto de reforma, mientras que para las leyes constitucionales, solo un órgano ostenta el poder de expedirlas, lo que hace necesario clasificarlas de la forma siguiente:

- a) El primer subtipo de reformas constitucionales, son las que modifican una norma constitucional de tipo muy rígido o rigidísimo, es decir, aquellas para las que el texto constitucional prevé un procedimiento especialmente riguroso para su reforma, estas son: el artículo 278 –que contiene las disposiciones relativas a la reforma constitucional– y los artículos contenidos en el capítulo I del título II de la Constitución; la creación de estas normas se hace por medio de una Asamblea Nacional Constituyente –poder constituyente derivado– que es convocada e integrada exclusivamente para su diseño e inclusión dentro del texto constitucional y, al terminar dicha tarea, es disuelta.
- b) El segundo subtipo de reformas constitucionales son aquellas que modifican una norma constitucional rígida, o sea, aquellas para las que el texto constitucional prevé un procedimiento agravado pero en menor medida que las anteriores, estas son: el resto de articulado de la constitución (con excepción de las normas irreformables – artículo 281– y de manera sustancial, el preámbulo y las relativas a la forma republicana y democrática de gobierno, así como aquellas que garanticen el principio de no reelección presidencial); la creación del diseño de estas normas está asignada al parlamento –poder constituido– que debe aprobarlas mediante una votación especial –mayoría calificada– y, por último –y más importante–, su inclusión definitiva es decidida mediante el referéndum del pueblo, expresado mediante consulta popular en la que la votación para su aprobación debe tener mayoría absoluta.
- c) El tercer subtipo de reformas constitucionales, son las que modifican una norma contenida en cualquiera de las leyes constitucionales: Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Ley Electoral y de Partidos Políticos, Ley de Orden Público y Ley de Libre Emisión del Pensamiento; la creación de estas normas está encomendada al parlamento –poder constituido– que debe aprobarlas, también, mediante una votación especial –mayoría calificada– y presentan un rasgo especialmente llamativo, consistente en la necesidad de dictamen favorable previo de constitucionalidad, emitido por la Corte de Constitucionalidad –poder constituyente permanente– por lo que, su aprobación

e inclusión depende exclusivamente del Tribunal Constitucional que condiciona su creación mediante el control previo.

Bajo la clasificación presentada, puede pensarse en una jerarquía interna, originada desde la fuente de creación-inclusión de este tipo de normas; es así, que las reformas constitucionales forman un tipo de normas intermedias que conectan el momento de creación de la norma fundante con la realidad histórico-material de cuando se crean e incluyen dentro de la materia de la constitución y, por ende, podrían presentar un tipo de prevalencia entre ellas en atención al órgano que las diseña e incluye, pues, el procedimiento más o menos agravado da cuenta de la importancia de su existencia y de la trascendencia que provoca su carácter modificadorio al texto inicial consagrado por el constituyente; de esa cuenta, aunque puedan pasar desapercibidos dichos aspectos, al existir duda sobre su acondicionamiento al sistema –sea por mutación o por transformación– por colisionar con el texto constitucional, con la materia de la Constitución o con los principios y valores superiores consagrados en esta, podría acudir a su análisis, con el objetivo de aliviar tensiones y formular soluciones interpretativas.

Existen antecedentes en los que las reformas constitucionales han sido utilizadas para tergiversar la materia de la Constitución y, aunque no son muchos, revelan el trabajo cuidadoso que debe observarse al modificar cualquier parte del texto constitucional o de las leyes con esta categoría, para ello, la doctrina ha abordado de manera leve la posibilidad de que surja la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, es decir, que una norma posterior a la creación de la constitución y añadida por alguno de los órganos que ostentan la tarea reformadora, resulte contraria a la materia de la Constitución, a sus principios o valores superiores fundantes.

6. Conclusiones

Desplegados de manera breve los tipos de normas constitucionales que forman parte de la materia de la Constitución en Guatemala, puede presentarse alguna articulación para su gradación, esto es, asignarles un tipo de valor constitucional distinto –únicamente entre estas– en atención a diversos factores.

Para argumentar dicha modulación de las normas constitucionales, deben tenerse en cuenta diversos criterios, entre estos, el cronológico, el meta-jurídico, y ambos tipos de fuerzas, la normativa y la interpretativa.

Así las cosas, en la cúspide de la materia constitucional estarían las normas (reglas, principios y valores) que integran la estructura básica de todo el ordenamiento constitucional, es decir, aquellas que constituyen las cláusulas de eternidad, y que contienen el ADN constitucional en su estado más puro; el preámbulo constitucional y las normas irreformables contenidas en el texto constitucional estarían por delante de todas, desde todas las perspectivas: criterios cronológico, meta-jurídico, normativo e interpretativo, esto

pues, estas fueron las primeras en ser concebidas y/o protegidas celosamente por el constituyente, además, contienen un alto contenido axiológico, pues están inmersas en mandatos y fines abstractos que reflejan identidad y sentimiento constitucional, y también contienen –en alguna medida– fuerza normativa e interpretativa sobre el demás ordenamiento constitucional, pues de estas se origina y/o se impregna de sus características y, por último, funcionan como faro iluminador para el intérprete constitucional ante casos trágicos de interpretación constitucional.

Un escalón por debajo, estarían las normas –reglas, principios y valores– del texto constitucional que pueden considerarse como originarias, superiores o fundantes, y que tienen la característica de su extrema rigidez, pues son aquellas que requieren que se convoque al poder constituyente derivado para su reforma y, a su vez, cuyo contenido son los derechos fundamentales y los principios estructurales para el funcionamiento estatal.

Posteriormente, estarían las normas constitucionales de carácter rígido, es decir, aquellas reformables vía poder constituido y consulta popular; estando en el mismo peldaño las normas de carácter internacional que complementan la materia de la constitución –y que la mejoran–, bajo este criterio, para que una norma internacional se súper-posicione sobre una constitucional, debería atenderse al criterio normativo e interpretativo en favor del mejoramiento de las condiciones preexistentes; cuando una norma de carácter internacional garantice de manera menor los principios, valores y fines del Estado, estas estarían un escalón por debajo de la Constitución, pudiendo superarla únicamente cuando mejoren las condiciones internas, a medida de que su realización sea posible y no colisione con principios y valores superiores contenidos en la estructura básica (primer grado).

Un peldaño más abajo se encontrarían las reformas constitucionales; estas pueden considerarse las más delicadas de todo el ordenamiento constitucional, pues lo renuevan y moldean hacia el futuro, sin embargo, no podrían contravenir la estructura básica, ni los principios y valores superiores que la inspiran, de forma explícita e implícita, como tampoco aquellas normas constitucionales muy rígidas, rígidas y las internacionales que se han constitucionalizado.

En el siguiente peldaño se encontrarían las normas (reglas, principios y valores) contenidas en las leyes constitucionales, que estarían condicionadas por la realidad político-material en la que opere el Estado, debiendo sujetarse en todo momento a la coherencia con la estructura básica constitucional, además, claro está, de la formalidad respecto de su reforma.

Un peldaño más abajo, fuera de la categoría normativa en sentido estricto, estarían las consideradas subnormas o normas subconstitucionales; las primeras, nacidas mediante la jurisprudencia interpretativa de la constitución y sus normas; las segundas, nacidas mediante la jurisprudencia interpretativa del derecho convencional y el derecho internacional de los derechos humanos; y las terceras, nacidas mediante la jurisprudencia interpretativa de las leyes constitucionales; todas ellas, con el fin de dar sentido a la aplicación práctica de toda la normativa constitucional y determinar el campo de acción normativo e interpretativo de la materia de la Constitución.

El último peldaño de esta propuesta, lo ostentarían las costumbres y las convenciones constitucionales, aun y cuando surgen de la interpretación constitucional para casos concretos –al igual que la jurisprudencia–, tienen vigencia efímera mientras sus efectos puedan ser aplicables, en otras palabras, dependen de un momento específico, político y coyuntural para surgir.

Referencias

- Sagüés, N. P. (2014). *La modulación constitucional*. Buenos Aires: Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional.
- Orozco Solano, V. E. (2017). *La fuerza normativa de la Constitución*. México: Porrúa.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil*. (M. Gascón, Ed.) Madrid: Trotta.
- Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Monroy Cabra, M. G. (2013). *La interpretación constitucional*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Parejo Alfonso, L. (1990). *Constitución y Valores del ordenamiento*. Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- Parejo Alfonso, L. (2001). *Temas Básicos de Derecho Constitucional* (Vol. I). Madrid: Civitas.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (E. G. Valdés, Ed.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Quinche, M. F. (2015). *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus Reformas* (Vol. VI). Bogotá, Colombia: Temis.
- Molinares Hassan, V., & Bechara Llanos, A. (2017). Entre la interpretación y la norma: la tasa razonable de justificación constitucional. *Revista de Derecho, Universidad de Cartagena*(48), 163-188.
- Pérez Luño, E. (2018). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (Vol. XII). Madrid: Tecnos.
- 300-95 (Corte de Constitucionalidad 12 de Marzo de 1996).
- Corte de Constitucionalidad, 300-95 (Corte de Constitucionalidad 12 de Marzo de 1996).
- García, E. A. (1984). *La interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Guastini, R. (2013). *Estudios de teoría constitucional*. México: Fontamara.
- Rescigno, G. U. (1969). Le convenzioni della Costituzione. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1039 y ss.

Derechos de Autor (c) 2022 Jose Pablo Pacheco Samayoa



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

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

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

[Resumendelicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)

Democracia y Tribunales Constitucionales Comentario a la Teoría de la Representación Popular Argumentativa de Robert Alexy

*Democracy and Constitutional Courts Commentary on Robert Alexy's Theory of
Argumentative Popular Representation*

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.90>

Brenner Israel Ronaldo Lopez de Leon*
Universidad de San Carlos de Guatemala
lopezbrenner@gmail.com

ENVIADO EL 25 DE JUNIO DE 2022

ACEPTADO EL 5 DE OCTUBRE DE 2022

PUBLICADO EL 28 DE OCTUBRE DE 2022

Resumen

La teoría de la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales como único medio para reconciliar democracia y control de constitucionalidad ha sido planteada por el iusfilósofo alemán Rober Alexy. Entran en juego aquí la dogmática conceptual de la democracia, el constitucionalismo, la soberanía y la representación popular, así como los principios de legalidad, seguridad jurídica y del imperio de la ley. Se somete a crítica dicha teoría confrontándola con las instituciones descritas y se concluye que es inconsistente con el sentido, significación y objetivos de la representación popular en un Estado democrático y constitucional de derecho.

Abstract

The theory of argumentative popular representation of constitutional courts as the only means to reconcile democracy and constitutional control has been raised by the German legal philosopher Rober Alexy. The conceptual dogmatics of democracy, constitutionalism, sovereignty and popular representation come into play here, as well as the principles of legality, legal certainty and the rule of law. He criticizes said theory by confronting it with the institutions described and it is concluded that it is inconsistent with the meaning, meaning and objectives of popular representation in a democratic and constitutional State of law.

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

Palabras clave: Representación popular, democracia, Constitución, constitucionalismo, tensión democracia-control de constitucionalidad, tribunal constitucional, principios de imperio de la ley, legalidad, seguridad jurídica.

Key words: *Popular representation, democracy, Constitution, constitutionalism, democracy-constitutional control tension, constitutional court, principles of rule of law, legality, legal certainty.*

Democracia y Tribunales Constitucionales

Comentario a la Teoría de la Representación Popular Argumentativa de Robert Alexy

Democracy and Constitutional Courts Commentary on Robert Alexy's Theory of Argumentative Popular Representation

<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v19i1.90>

Brenner Israel Ronaldo Lopez de Leon

Universidad de San Carlos de Guatemala

lopezbrenner@gmail.com

Sumario

Introducción – 1. La democracia y su significación constitucional – 2. El control de la constitucionalidad de las leyes – 3. La teoría de Robert Alexy sobre la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales – 4. Conclusión

Introducción

Robert Alexy en su ensayo *Ponderación, Control de Constitucionalidad y Representación* afirma la tesis siguiente: “La única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia, es considerando que aquel es también una forma de representación del pueblo”¹.

El objetivo principal del presente artículo es discutir la tesis de Robert Alexy sobre la representación popular del control de constitucionalidad y tratar de concluir de forma crítica-racional si dicha tesis es verosímil, es decir, si de conformidad con la idea de democracia y democracia representativa, el control de constitucionalidad de las leyes puede considerarse también una especie de representación popular como lo plantea Alexy.

Para ello será necesario revisar la dogmática tanto del constitucionalismo como del control de la constitucionalidad de las leyes, algunos principios como el del imperio de la ley, de legalidad y de seguridad jurídica, así como los postulados de la ideología del neoconstitucionalismo y del activismo judicial.

Se debe recordar, asimismo, la defensa de la democracia parlamentaria realizada por Hans Kelsen en polémica con la crítica de Carl Schmitt sobre la disociación entre democracia

¹ Robert Alexy. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en: *Jueces y ponderación argumentativa*. Por Perfecto Andrés Ibáñez & Robert Alexy (Madrid: Instituto de España, 2006), 13.

y libertad y, en consecuencia, entre representación y elección y su defensa del nacionalismo sobre el pluralismo político parlamentario.

En casi todos los sistemas democráticos de hoy en día, se admite alguna especie de control de constitucionalidad de las leyes, es decir que, en dichos sistemas, las leyes aprobadas por el parlamento o congreso son susceptibles de alguna forma de control judicial (concentrado, difuso, mixto, etc.) con la finalidad de asegurar su regularidad constitucional.

Indistintamente del sistema de control de constitucionalidad de las leyes que en cada Estado se adopte, se plantea la pregunta de su legitimidad democrática, es decir, de su identificación con el principio democrático; si bien en algunos ordenamientos con más fuerza que en otros.

Por ejemplo, en Los Estados Unidos de América, el constitucionalismo popular representado principalmente por Mark Tushnet y Larry Kramer proponen que la opinión de la Corte Suprema sobre la constitucionalidad de las leyes no sea vinculante: “que la gente logre la protección de los derechos a través de la política, quitando la Constitución de manos de los jueces”², precisamente porque la autoatribución que hizo dicho tribunal de la facultad del *judicial review* proviene de una interpretación ideológica de la Constitución estadounidense (como afirma Guastini) y no de su propio texto. En otros ordenamientos, donde sus constituciones si contemplan taxativamente la facultad de los tribunales de realizar el control de constitucionalidad de las leyes, lo que se cuestiona son los límites de actuación de los tribunales constitucionales, dado que no son órganos soberanos como el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial.

Pero la pregunta principal que se pretende responder en el presente artículo es si Alexy tiene razón en su tesis sobre la *reconciliación* entre democracia y control de constitucionalidad por medio de la representación popular de los tribunales constitucionales, la cual debe ser, según el autor, una *representación argumentativa* y si es posible, desde la visión de la democracia y de la ciencia jurídica, que tal representación pueda constituir un referente objetivo o si se trata únicamente de una ficción jurídica como muchas otras.

Para realizar una exposición ordenada de los tópicos a tratar, se dividirá este artículo en tres partes esenciales: la democracia y su significación constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes y; el análisis de la teoría de Robert Alexy sobre la representación popular de los tribunales constitucionales para, por último, tratar de inferir una conclusión que sea verosímil con los postulados de la lógica, la racionalidad y la ciencia del Derecho.

1. La democracia y su significación constitucional

La Constitución escrita es uno de los principales productos del constitucionalismo y este a su vez es producto de las revoluciones burguesas de 1776 y 1779. La Constitución nace

² Mark Tushnet. “*popular constitutionalism as political law*”, en *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, por: Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (México: Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013), 9.

con la finalidad principal de imponer límites al ejercicio del poder, posteriormente los desarrollos teóricos y la jurisprudencia le han ido asignando otras funciones, algunas acertadas y otras que no se relacionan en absoluto con su naturaleza.

La democracia es un término equívoco, es decir, un término al que se le han atribuido diversas significaciones, en lo que aquí interesa, el significado constitucional de la democracia está reflejado en el contenido de las normas constitucionales, y el enfoque de este artículo es el del punto de vista de la Constitución normativa, es decir, de que la Constitución es un conjunto de disposiciones normativas, concepción que se aleja del concepto de la denominada *constitución viviente* como se le ha llamado en algunos ámbitos para explicar la teoría de la Constitución como un organismo viviente, concepto al cual no se adhiere la opinión del autor de este artículo.

Luigi Ferrajoli caracteriza a la Constitución como un instrumento legal y normativo, y menciona que la Constitución es “un conjunto de imperativos negativos y positivos -de no hacer y hacer- impuestos a todos los poderes como sus fuentes de legitimación o también, en caso de incumplimiento, de deslegitimación”³. El concepto ferrajoliano parte de la idea de la constitucionalización de la democracia y de la positivización de los principios ético-políticos que la caracterizan.

De esta forma, la significación constitucional de democracia se encuentra en el denominado *principio democrático*, como elemento interpretativo de la Constitución y a la vez, homogenizador de la -según algunas teorías- tensión existente entre democracia y constitución, y ello incluye al control de constitucionalidad de las leyes.

Salazar se refiere a la tensión entre democracia y Constitución así: “la tensión es contundente: salvaguardar la Constitución implicaría limitar la autonomía política; apostar seriamente por la democracia supondría reconocer que la autodeterminación ciudadana podría arrasar el documento constitucional”⁴.

Tras la derrota de los nacionalismos extremos (fascismo y nazismo), durante la segunda mitad del siglo XX surge la idea del Estado constitucional y democrático de derecho, concepto que Atienza define como “un Estado en el que los derechos se encuentran garantizados, como Estado que se estructuró en torno y, a partir de la Ley”⁵. De manera que el Estado constitucional y democrático de derecho es hoy tomado como el pilar fundamental de las sociedades contemporáneas.

Es un concepto que refleja un sistema de carácter democrático representativo cuyo eje central está representado por la protección de la dignidad humana por medio del reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y su protección a través

³ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia* (Madrid: Trotta, 2011), 50.

⁴ Pedro Salazar Ugarte. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 178.

⁵ Manuel Atienza Rodríguez, “Argumentación y constitución”, en: *fragmentos para una teoría de la constitución* (Madrid: Lustel 2007), 116.

de garantías constitucionales (instrumentos procesales para el aseguramiento del respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales).

En materia política, la Constitución reconoce y protege los pactos o acuerdos políticos establecidos por los actores de la democracia, entre ellos destacan, esencialmente, el principio democrático, la forma o sistema de gobierno, la estructura estatal y los derechos fundamentales.

Sin embargo, la realización puntual de los postulados de la democracia recogidos en las normas constitucionales no se agota en el texto de la Constitución. Sin perjuicio de la existencia de las denominadas por Loewenstein *constituciones semánticas*, las cuales, según dicho autor, son las constituciones de aquellos Estados en los cuales “si bien la constitución será plenamente aplicada, su realidad ontológica no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponen del aparato coactivo del Estado”⁶; la realización de los principios democráticos recogidos en la Constitución dependerá de varios aspectos: la voluntad de los titulares de los poderes soberanos, la efectiva coordinación de los controles de poder tanto jurídicos como políticos, el ejercicio de los derechos del electorado, etc.

Para Ferrajoli, la democracia constitucional constituye un modelo teórico-normativo en el que la Constitución representa “un documento normativo y en el cual debe soslayarse su naturaleza política”⁷.

Un definición neoconstitucionalista de democracia constitucional sería la siguiente: “En este sentido, podemos entender que la democracia constitucional en sentido estricto es la forma de gobierno en la que los órganos del poder democrático, además de estar articulados según el principio de separación y/o división, se encuentran explícitamente vinculados en su actuación por la norma constitucional, que los obliga al respeto y a la garantía también de los otros derechos fundamentales, en primera instancia los derechos de libertad y los derechos sociales”⁸.

Con fundamento en tal definición, se puede afirmar que el concepto de democracia que recoge la Constitución consistiría básicamente en lograr la funcionalidad del sistema y del proceso político, resolviendo las tensiones que, según algunas teorías, subsisten entre democracia y Constitución.

Gargarella afirma que: “En realidad, puede parecer extraño que exista un conflicto entre ambas ideas cuando es tan usual que hablemos de *democracias constitucionales*, o cuando es tan común que uno se proclame, al mismo tiempo y, por ejemplo, demócrata y defensor de los derechos humanos”⁹. Es importante lo manifestado por Gargarella porque quizás el concepto neoconstitucionalista cometa el error de resaltar la tensión entre

⁶ Karl Loewenstein, *teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel, 2018), 218.

⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, 46.

⁸ Pedro Salazar Ugarte. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 36.

⁹ Roberto Gargarella, *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo I. Democracia*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 23.

democracia y Constitución cuando en realidad las tensiones se dan entre los órganos de poder en el desarrollo del ejercicio de proceso político.

Si la Constitución es un producto democrático, ¿porqué debe existir tensión entre ambas?, es decir, la democracia produce la Constitución y su contenido ha sido consensuado por el pueblo en un ejercicio de democracia directa (en el caso de Guatemala, por ejemplo, la elección de los diputados a la Asamblea Nacional Constituyente que elaboró, sancionó y promulgó la Constitución vigente), ¿en que consiste la señalada tensión entre democracia y Constitución?

Y en ese sentido, hablando del concepto de representación popular del tribunal constitucional planteado por Alexy, ¿porqué el pueblo necesita representación de un órgano que ni es soberano ni se le ha delegado tal representación popular?; existe en la teoría de Alexy otra teoría de contrabando -implícita- que manifiesta que entre el pueblo y el control de constitucionalidad es necesaria una *reconciliación*, es decir, que en la Constitución existe una contradicción implícita, ya que, a pesar de ser un producto de la democracia, el control de constitucionalidad no fue deseado por el pueblo y al ejercerse crea tensión entre éste y la Constitución.

Esta aporía no es explicada suficientemente por el neoconstitucionalismo, porque para esta ideología constitucional, el verdadero legislador es el juez no el representante que fue electo democráticamente, es decir, el juez, sobre todo el juez constitucional, es quien verdaderamente interpreta la Constitución y dice el Derecho, sin perjuicio de que en su decisión deba derrotar las normas emanadas de la democracia.

Sobre todo, deben realizarse algunas aclaraciones y aquí cabe citar las palabras de Winston Churchill “La democracia es el peor sistema de gobierno, a excepción de los demás”. Lo que Churchill quiso decir, o más bien aclarar, es que ningún sistema de gobierno es perfecto, pero que hay algunos sistemas de gobierno mejores que otros, y al momento, el mejor sistema de gobierno que el ser humano ha inventado es la democracia, porque la opción es la autocracia o sea los gobiernos totalitarios o autoritarios, cuyo resultado desastroso ya se vivió en el pasado.

Entonces, parecería ser poseedor de una exigencia demasiado alta, pedirle a la democracia y a la Constitución que hagan lo que el ser humano no ha podido ni ha querido hacer con su voluntad y su capacidad de acción, claro, sin que por ello deban abandonarse las exigencias del cumplimiento a cabalidad -o por lo menos lo mejor posible- de los mandatos contenidos en la Constitución, que es por antonomasia, el producto principal de la democracia.

Ello es así, porque si nos tomamos en serio el principio del imperio de la ley, que es un principio democrático y constitucional, ineludiblemente debemos concluir que se debe cumplir lo que la Constitución ordena ya que, como dice Atienza, citando a Laporta: “...si las exigencias del imperio de la ley no están razonablemente satisfechas, lo que se pone en peligro no es solo el buen funcionamiento del sistema jurídico (un valor, digamos, de tipo

instrumental si se quiere, específico del Derecho), sino la propia autonomía personal, la capacidad de los individuos para controlar su vida y sus proyectos”¹⁰.

A decir de Chueca: “La representación democrática es un proceso. Persigue que las decisiones del órgano que realiza la función de expresión de la voluntad soberana (la voluntad del pueblo) sea congruente, comparta los códigos para entendernos, del pueblo que representa. Pero la voluntad que expresa o manifiesta, no es ni puede ser, la voluntad de todos (y cada uno) de los ciudadanos. Esto, además de imposible, no es objeto de la representación política”¹¹.

En esa tesitura, el principio democrático constituye una norma de optimización y no un proceso institucional de la elaboración de la voluntad estatal. La voluntad popular, en el estado democrático y constitucional de derecho resulta de la realización del proceso político, que consiste en examinar la voluntad del pueblo como titular de la soberanía y plasmarla en acciones políticas que están siempre sujetas a un control jurídico. Dicha voluntad, definitivamente no es la de todos, o por lo menos no la de todos los votantes, pues el proceso político, para ser legítimo, debe respetar la libertad política que lleva al pluralismo político, de lo contrario, las minorías carecerían completamente de derechos de participación política.

Debemos recordar que los conceptos de democracia, Constitución y representación son conceptos genéricos, que necesitan de una dogmática para desarrollarse, pero la señalada tensión existente entre democracia y Constitución que señalan algunos autores neoconstitucionalistas es una aporía, es decir, una contradicción irresoluble, una afirmación equiparable a la frase de la teoría marxista que señalaba que el capitalismo desaparecería porque tenía implícito en su esencia la contradicción entre individuo y sociedad, por supuesto, ni el capitalismo desapareció, ni la sociedad dejará de estar integrada por individuos, por lo que si la Constitución es un producto esencial de la democracia por contener en su texto la voluntad popular, no es razonable la existencia de una tensión entre ambos conceptos ni se puede confundir con los conflictos que necesariamente se dan en el transcurso del proceso político y en la ejecución de la gestión de los órganos del Estado.

La voluntad popular es una voluntad de las mayorías, que será ejecutada por sus representantes, pero ello no implica, en un sistema democrático, la violación de los derechos de las minorías que la misma democracia ha protegido en el texto de la Constitución. La voluntad popular delegada en sus representantes es siempre una voluntad presumida, hipotética, pero no puede ser acusada de ilegítima por el hecho de que en un determinado momento histórico se le pudiere contraponer un conflicto político de hecho, empírico y parcial, contingente, que pretenda suplantar todo el proceso político preconstitucional y soslayar, también de hecho, el texto de la Constitución, tal concepción es reflejo de la teoría

¹⁰ Manuel Atienza, *Escritos polémicos. Diálogos sobre derecho, argumentación y democracia*. (Lima: Palestra Editores, 2021), 18.

¹¹ Ricardo Chueca, “La representación política, una conjetura colectiva”, en *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*. Por Pablo Riberi (México: UNAM-IIJ, 2019), 128.

de la hegemonía cultural de Antonio Gramsci, una teoría que no es compatible con la idea de democracia constitucional.

2. El control de la constitucionalidad de las leyes

¿Es el control de constitucionalidad una forma de representación popular? ¿Es válida la objeción democrática al control de constitucionalidad de las leyes? ¿Es verdad que existe tensión entre democracia y control de constitucionalidad de las leyes? Las respuestas a estas preguntas han sido formuladas de manera afirmativa por algunos autores, sobre todo por los partidarios de la teoría neoconstitucionalista, lamentablemente esas afirmaciones han sido esgrimidas sin más, sin juicio crítico previo o simplemente admitiendo como ciertas las ideas de autores continental-europeos sin oponer mayores argumentos en una admisión *ad auctoritatem*, como verdades evidentes.

Como se dijo antes, en todos los ordenamientos jurídicos (o en casi todos) las leyes infraconstitucionales se sujetan a algún control de constitucionalidad. El origen de la institución es definitivamente estadounidense, es una de las contribuciones del constitucionalismo norteamericano de inicios del siglo XIX, por medio de la cual “se estableció la función de la judicatura de interpretar la ley (...) y establecer el valor jerárquico de la constitución como documento resultante del poder constituyente originario en el que éste escritura su voluntad...”¹².

El control de constitucionalidad de las leyes no llegó a Europa hasta finalizada la primera veintena del siglo XX con la propuesta de Hans Kelsen, cuya obra “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. La Justicia Constitucional”, fue presentada por primera vez en la Viena de 1928 “durante la quinta reunión de Profesores de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, momento en el cual su autor, aparte de magistrado del Tribunal Constitucional Austríaco, era profesor de Derecho Público de la Universidad de Viena”¹³.

Sin embargo, la idea del control de la regularidad constitucional propuesta por Kelsen dista mucho de la idea contemporánea que se tiene de tal institución, pues para él, dicho control consistía en una simple operación lógica de confrontación entre el contenido de una norma infraconstitucional con alguna norma de la Constitución, de manera tal que no existía en dicha operación lógica, ni la aplicación de la ley a un caso concreto alguno, ni la emisión de un juicio u opinión política, era una función de legislador negativo solamente y para ser intelectualmente honestos, conociendo la obra de Kelsen, él no estaría de acuerdo en absoluto con algunas de las funciones actuales de los tribunales constitucionales.

En cuanto al control de constitucionalidad de los Estados de la región latinoamericana, su recepción se debe a “influencias sobre su sistema de justicia

¹² Carlos Manuel Villabela, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano* (México: Mariel, 2014), 34.

¹³ Domingo García Belaunde, “Nota preliminar”, en *La garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional*, por Hans Kelsen (México: Centro de Estudios Carbonell, 2017), Pp. IX.

constitucional, primero del sistema norteamericano, trasplantado sobre los derechos español o portugués, pertenecientes a la tradición jurídica romano canónica, y muy recientemente también del sistema austriaco a través del establecimiento de tribunales constitucionales especializados, por lo que asume una gran complejidad”¹⁴.

¿En qué consiste el debate sobre la supuesta tensión entre democracia y control de constitucionalidad de las leyes? En opinión de Gargarella: “Es el debate acerca del papel que le corresponde al pueblo en la discusión y decisión de los asuntos constitucionales, es decir, el papel del pueblo en la discusión y decisión de los temas públicos más relevantes relacionados con la organización de la vida en común.”¹⁵ Este debate, según indica Gargarella, ha sido promovido, sobre todo, por un movimiento de origen estadounidense - que ya mencionamos al inicio- denominado *constitucionalismo popular*.

En opinión de Gargarella, este *constitucionalismo popular* que plantea tal debate no consiste en un grupo compacto y uniforme, sino en algunas propuestas que tienen en común esa forma de entender el constitucionalismo y se han vinculado a ella. “Consideran que el pueblo debe recuperar o pasar a ocupar un lugar central o más central en la vida constitucional de sus propias comunidades”¹⁶.

Semejante inquietud no representa una simple pretensión más entre las muchas que circulan dentro del constitucionalismo. Se trata de una pretensión que busca poner en cuestión muchos de los principios más asentados o tradicionales dentro del constitucionalismo.

En otras palabras, este tipo de constitucionalismo denominado *popular* estimula a repensar el papel jugado por los ciudadanos en la el desarrollo del constitucionalismo (asumiendo que esa historia ha sido contada de un modo que ha opacado su presencia e influencia efectivas); así como a reflexionar sobre la conocida *dificultad contramayoritaria*; y sobre la pregunta acerca de quién debe quedarse con *la última palabra* en asuntos de primordial interés público; sobre las relaciones debidas entre los poderes políticos y el poder judicial; o sobre el papel que efectivamente tiene e idealmente debiera tener la ciudadanía en el control de los asuntos que más le interesan.

En definitiva, opina Gargarella que, el constitucionalismo popular nos interroga frontalmente acerca de los temas más cruciales referidos a la relación constitucionalismo-democracia.

Dada la obvia relevancia de las cuestiones recién citadas, no debiera resultar necesario hacer un esfuerzo argumentativo mayor para señalar el valor propio de las discusiones propuestas por el constitucionalismo popular. Sin embargo, Gargarella expresa

¹⁴ Jorge Carpizo, *Estudios constitucionales* (México: Porrúa-UNAM, 2012), 533-534.

¹⁵ Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Control constitucional y activismo judicial*, Por Bernal Campos y Joel Heber (Perú: Ara Editores, 2012), 287.

¹⁶ *Ibid.*, 288.

que: "...sí tiene sentido señalar por qué es que estas discusiones resultan relevantes también, de modo especial, en América Latina."¹⁷

Sin embargo, continúa Gargarella, algunos podrían decir lo contrario. Son varias, en efecto, las razones que podrían alegarse para desestimar el valor de un emprendimiento como el que se acomete. Alguien podría decir, por caso, que las discusiones que propone el constitucionalismo popular refieren a discusiones nacidas en, y muy propias de, el contexto norteamericano. Otros podrían señalar, por caso, que, en América Latina, las controversias sustantivas que resultan relevantes son las que involucran a los poderes fácticos, y no a los poderes constitucionales.

Otros más podrían decir que, dentro de la estructura constitucional latinoamericana, el único análisis que realmente importa es el relacionado con el Poder Ejecutivo – indudablemente el *primus inter pares* (el primero entre iguales) del sistema constitucional regional–. En esa misma línea, pero con más agudeza, alguno podría decir, también, que el tipo de soluciones institucionales que el constitucionalismo popular suele proponer (típicamente, quitarle *la última palabra* a los tribunales, resultan poco interesantes, para un contexto agobiado por problemas mayúsculos, como lo es el latinoamericano.

En opinión de Ferreres: “La cuestión nuclear que plantea el constitucionalismo popular se refiere al *desacople entre derecho y pueblo*. Es decir, el constitucionalismo popular está urgiendo a pensar otra vez, y a pensar mejor, sobre la mayúscula, amplia y profunda brecha que se advierte entre el derecho con el que contamos, y las comunidades sobre las cuales ese derecho se aplica”¹⁸.

Gargarella, expresa que: “Hoy como nunca podemos reconocer de qué modo, cuando habla el derecho, una amplísima mayoría de nuestra población no se ve representada por el mismo, no se reconoce en el mismo. La ciudadanía escucha al derecho y no encuentra su propia voz en esa voz que escucha. Si eventualmente lee al derecho, no lo entiende; y si se le traducen sus contenidos tiene razones para rechazarlos, para no sentirse identificada con ellos. El derecho no suele ser lo que Rousseau soñaba que fuera, es decir, un espejo en donde la sociedad puede mirarse y verse a sí misma reflejada. Más bien, el derecho suele ser demasiadas veces, para demasiada gente, lo contrario de ello, generando situaciones de alienación legal, más que de autorrealización colectiva.”¹⁹

Este tipo de problemas de disociación o desacople entre derecho y comunidad, no sólo existen en América Latina, dice Gargarella, sino que encuentran en la región una relevancia muy particular (y no a la inversa, como sostienen quienes consideran que el problema en cuestión es un problema norteamericano). Ello así, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque en América Latina, a diferencia de los que ocurre en los Estados

¹⁷ Roberto Gargarella, “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”, en *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, por: Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (México: Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013), XIV.

¹⁸ Victor Ferreres, *El control judicial de la constitucionalidad de la ley* (México: Editorial Fontamara, 2012), 58.

¹⁹ Roberto Gargarella, “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, en *Control constitucional y activismo judicial*, 185.

Unidos, el derecho (y muy en particular las decisiones de nuestros tribunales superiores) no es objeto de un continuo escrutinio público, sobre todo a través de la prensa masiva y los medios especializados.

El hecho de que los medios de comunicación o las universidades tomen a los fallos judiciales como objeto cotidiano de análisis —una decisión motivada también, finalmente, por la presencia de una cierta demanda social al respecto— hace que en los Estados Unidos el derecho quede sujeto a algunos controles mayores, que en última instancia permiten el tendido de frágiles y dificultosos lazos entre derecho y comunidad, una situación que lamentablemente es mucho menos habitual en América Latina.

La segunda razón dice Gargarella, que muestra por qué los problemas en cuestión son particularmente relevantes para Latinoamérica tiene que ver, obviamente, con la desigualdad extrema que padece la región, en todas sus esferas —desigualdad política, económica, social, cultural—. Dicha desigualdad tiende a traducirse, naturalmente, en un derecho también desigual y, podríamos agregar, cada vez más desigual.

En la región, seguramente más que en otros contextos, la creación, interpretación y aplicación del derecho tiende a quedar en manos de élites minúsculas, normalmente desvinculadas de los intereses y necesidades de la colectividad. El resultado de todo ello es, obviamente, un derecho producido de elites, normalmente en beneficio propio, aunque ejercido en nombre de todos los miembros de la comunidad.

En contextos como los descritos, concluye Gargarella, debiera ser claro, el cuestionamiento al derecho desvinculado de la comunidad, tanto como la discusión relacionada con cómo recuperar un papel decisivo para la ciudadanía en la creación y gestión del derecho, no pueden resultar sino cruciales.

En ello consiste entonces la idea del argumento contramayoritario u objeción contramayoritaria, sin embargo, se deben realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, el denominado *constitucionalismo popular* es de origen norteamericano y heredero de los *critical legal studies*, movimiento también surgido en los años setenta en los Estados Unidos de América, que a la vez es heredero del realismo jurídico americano, movimiento que tuvo su auge entre los años 1925 y 1940 en dicho país; estos movimientos, denominados *realistas*, promovieron una revuelta antiformalista en Norteamérica, que planteaba una fuerte objeción al principio del imperio de la ley.

En segundo lugar, se debe recordar que la facultad de realizar el control de constitucionalidad de las leyes en Los Estados Unidos de América no fue otorgada por la Constitución norteamericana a la Suprema Corte, pues de su texto solo se puede inferir implícitamente tal facultad, en ese sentido, ya Alexander Hamilton en el “El Federalista” había hecho algunas contribuciones teóricas para considerar el concepto de supremacía constitucional, el cual utilizaron los *justice* de la Suprema Corte para autoarrogarse la facultad de realizar el *judicial review*.

En tercer lugar, debe entenderse, revisando la historia del origen de la Constitución americana, que la facultad de realizar el control de constitucionalidad de las leyes por parte

de la Suprema Corte estadounidense, no fue acordada ni otorgada democráticamente por el pueblo norteamericano, fue una función acordada de un ejercicio interpretativo que se convirtió en costumbre constitucional, y que dados los principios del sistema anglosajón, especialmente el del precedente (*stare decisis*) se arraigó de manera fuerte en la práctica de los tribunales.

Dadas las premisas anteriores, el argumento contramayoritario planteado por el denominado *constitucionalismo popular*, heredero de los movimientos realistas, tiene un fundamento teórico y filosófico defendible, en tanto es cierto que el pueblo nunca otorgó democráticamente la facultad de la revisión judicial de las leyes a los jueces norteamericanos; sin perjuicio de la tradición democrática que tuvo tan arraigada -hace un tiempo ya- la nación norteamericana, tradición que dada la evolución de dicha nación que aportó a la cultura constitucional la primera Constitución escrita del mundo, ya no es el reflejo hoy en día, de la Norteamérica previa a la segunda guerra mundial.

No sucede lo mismo en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, en cuyas constituciones se recoge taxativamente la voluntad del pueblo en cuanto a que el poder judicial, o bien un tribunal especializado, ejerza el control constitucional de las leyes. En ese sentido, afirmar que la institución del control de constitucionalidad de las leyes entra en tensión con la democracia, es contradecir precisamente el origen democrático de la referida institución.

3. La teoría de Robert Alexy sobre la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales

Alexy plantea su teoría de que *la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquel es también una forma de representación del pueblo*. En dicha afirmación, Alexy da por sentadas implícitamente, las siguientes tesis:

- a) que existe una tensión -que no ha sido posible conciliar- o que por lo menos se mantiene latente, entre democracia y control de constitucionalidad de las leyes y;
- b) que los tribunales constitucionales que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes gozan de una especie de representación popular -argumentativa- como la denomina el autor.

Uno de los argumentos más importantes que emplea Alexy para justificar su teoría de la representación argumentativa es el de que, en un Estado democrático, “toda autoridad del Estado proviene del pueblo”²⁰, sin embargo, reconoce que “por regla general, los jueces

²⁰ Perfecto Andrés Ibañez & Alexy Robert. *Jueces y ponderación argumentativa* (Madrid: Instituto de España, 2006), 12.

de los tribunales constitucionales no cuentan con legitimación democrática directa”²¹; ello porque su designación no deviene de un ejercicio de democracia directa.

Con base en dicho argumento, Alexy pasa a su segundo argumento justificativo: “...un modelo democrático adecuado debe incluir no solo decisión sino también argumentación”²². Con ello, según Alexy, se logra evolucionar de una idea de democracia *representativa* a la idea de democracia *deliberativa*, sin embargo, Alexy no explica el método ni la legitimación democrática para realizar dicha transformación, lo que deja su argumento en un nivel político, sin fundamento normativo alguno. El sistema democrático no puede pasar de representativo a deliberativo sin más, solo porque un tribunal lo afirme indistintamente de si se trata de un tribunal constitucional o no, y no se sabe, al día de hoy, que alguna Constitución le hubiese otorgado tal facultad a algún tribunal constitucional.

Continúa Alexy su argumentación de la siguiente manera: “La democracia deliberativa es un esfuerzo para institucionalizar el discurso como medio para la toma pública de decisiones, tanto como sea posible...en cambio la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa”²³. Como es fácil de observar, Alexy, igual que muchos otros autores, comete el error señalado ya mucho tiempo atrás por David Hume: pasa del ser al deber ser sin justificar racionalmente ni explicar cómo se da ese paso.

Empieza por esgrimir unos argumentos que tratan de justificar la pretendida representación popular que, según él, debiera poseer el tribunal constitucional e inmediatamente salta a afirmar que *efectivamente* el tribunal constitucional posee dicha función: ... *en cambio la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa*. En tal frase, Alexy da por sentado que el tribunal constitucional efectivamente ejerce una representación del pueblo, aminorando su impacto político con el término agregado: *argumentativa*. La violación a la ley de Hume es más que evidente en la argumentación de Alexy: simplemente presume que como todo poder viene del pueblo, al ejercer el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes, el tribunal constitucional lo está representando.

Ese argumento entonces puede ser aplicable a cualquier función estatal, un ingeniero que labore para el Poder Ejecutivo puede argumentar que como todo poder viene del pueblo, él, al construir una carretera o un puente, posee la representación del pueblo, lo mismo puede decir el empleado que labore para el Legislativo en el control de asistencia del personal, o el auxiliar fiscal que labore para el Ministerio Público, o el Oficial de un Juzgado de cualquier orden. El argumento, no solo es falaz, sino antidemocrático, pues la representación popular es algo serio y por esa razón, el legislador constitucional solo la contempló para aquellos funcionarios que hubieren sido electos en un ejercicio de democracia directa. Ningún funcionario público puede atribuirse una representación popular que la propia Constitución no le hubiese otorgado previamente en tu texto.

²¹ *Ibíd.*,13.

²² *Ibíd.*,14.

²³ *Ibíd.*

Más adelante, en su ensayo sobre la representación popular argumentativa del tribunal constitucional, Alexy reconociendo la debilidad de los argumentos que la justifican, acude al argumento de la pretensión de corrección y de la racionalidad del derecho: “Solo las personas racionales son capaces de aceptar argumentos sobre la base de su corrección o sensatez. Esto muestra que existen dos condiciones fundamentales para una verdadera representación argumentativa: a) la existencia de argumentos correctos o razonables y b) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables por la mera razón de que son correctos o razonables”²⁴.

El argumento de la pretensión de corrección del derecho y el argumento de la razonabilidad, no son argumentos jurídicos, son argumentos morales que Alexy ha utilizado en otros ensayos para justificar la tesis de la relación o conexión necesaria entre derecho y moral y, por lo tanto, son argumentos impropios para justificar la existencia de una delegación de representación popular que únicamente la Constitución puede otorgar de forma normativa, independientemente de si se trata de una representación argumentativa o política.

Prosigue Alexy con el argumento que representa la posición más radical del activismo judicial: “Si estas dos condiciones se cumplen, la respuesta a la pregunta anteriormente formulada sobre porqué la argumentación representativa debería tener prioridad sobre la representación basada en elecciones y reelecciones ya no representa dificultad alguna”²⁵.

Con esta afirmación queda claro que Alexy, en una pretensión inmoderada de protagonismo activista, desea que el ocupar el cargo de juez de un tribunal constitucional posea mayor legitimidad política y jurídica de la que posee un funcionario electo en un ejercicio de democracia directa. Es decir, que invadir el poder soberano legislativo autoproclamándose representante del pueblo sería una función del tribunal constitucional porque la autoproclamada representación popular argumentativa *debe tener prioridad* sobre la representación obtenida constitucionalmente en una elección popular.

Pareciera entonces que los principios de Estado de derecho, seguridad jurídica, legalidad e imperio de la ley carecen de significación en la teoría de la representación popular argumentativa de Robert Alexy.

García Amado se refiere a Alexy en los siguientes términos: “Desde finales del siglo XX, creo que viene siendo más común ya la asociación entre Filosofía del Derecho y Derecho Público, y bástenos recordar la figura señera de Robert Alexy, probablemente el último gran iusfilósofo alemán, a la espera de nuevas cosechas, no muy probables”²⁶.

Sin perjuicio del gran trabajo de Robert Alexy y sus contribuciones a la Teoría de los Derechos Fundamentales y por supuesto sin ánimo de denostar la figura de este respetable iusfilósofo alemán, en cuanto a su teoría de la representación popular argumentativa de los tribunales constitucionales -que el da por probada- pareciera que es producto de un loable -

²⁴ *Ibíd.*, 17.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Juan Antonio García Amado. *Teorías de la tónica jurídica* (Lima: Palestra Editores, 2018), 13.

pero improbable en cuanto a su fundamentación y verificación en la realidad- último esfuerzo para apuntalar el notorio activismo judicial del cual ha sido impulsor.

Pero no se debe olvidar que el Derecho no es nuevo, y su valía radica precisamente en la antigüedad de sus orígenes y la perdurabilidad de sus instituciones. Pretender cambiar las verdaderas raíces y fundamentos más que sólidos de la teoría democrática, de la soberanía y de la representación popular con una teoría imaginada quizás en una mesa de gabinete en un momento de entusiasmo intelectual, es una pretensión bastante alta, hasta para un filósofo del derecho tan respetable como Alexy.

Las instituciones constitucionales tienen una génesis antigua, producto de la evolución de las ideas por miles de años. Las que han perdurado, es porque han pasado el tamiz histórico no sólo de las demostraciones teóricas, sino de la capacidad explicativa de la realidad y de su testeo en la práctica jurídico-política, por eso el análisis del derecho requiere no solo el conocimiento de sus instituciones y su historia, sino profundidad lógica, filosófica, metodológica y epistemológica para poder ser acertado.

4. Conclusión

En lo que respecta a la propuesta de representación popular a través del control de constitucionalidad de Alexy -aunque él quiera disminuir el impacto de tal propuesta calificándola de *representación argumentativa*- no se ha sabido, por lo menos en los ordenamientos constitucionales del sistema continental europeo ni en los iberoamericanos, que sus constituciones contengan, explícita o implícitamente algún mandato que otorgue representación popular a los tribunales constitucionales.

Ahora bien, si existiera tal mandato -explícito o implícito-, convertiría necesariamente a dichos tribunales en órganos políticos -pues tal naturaleza tiene la representación popular- y, en consecuencia, las exigencias de independencia, imparcialidad y neutralidad requeridas precisamente por la democracia a los jueces debido a la naturaleza de sus cargos, se vería anulada si se les atribuyera tal representación.

La propuesta de Alexy debe verse con recelo, pues incita a un activismo judicial que se adjudica una representación popular inexistente (aunque él la califique de *argumentativa*) no solo normativamente, sino en tanto la función primordial del tribunal constitucional es la defensa del orden constitucional contenido en el mismo texto de la Constitución, sin ningún sesgo político que defienda intereses ideológicos o sectoriales.

Referencias

Alexy, Robert. "Ponderación, control de constitucionalidad y representación". En: *Jueces y ponderación argumentativa*. México: UNAM-IIIJ, 2006.

Atienza Rodríguez, Manuel. "Argumentación y Constitución". En: *fragmentos para una teoría de la constitución*. Madrid: lustel, 2007.

-
- Atienza, Manuel. *Escritos polémicos. Diálogos sobre derecho, argumentación y democracia*. Lima: Palestra Editores, 2021.
- Carpizo, Jorge. *Estudios constitucionales*. México: Editorial Porrúa-UNAM, 2012.
- Chueca, Ricardo. “La representación política, una conjetura colectiva”. En: *fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*. Por Pablo Riberi. México: UNAM-IIJ, 2019.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- Ferreres, Víctor. *El control judicial de la constitucionalidad de la ley*. México: Fontamara, 2012.
- García Amado, Juan Antonio. *Teorías de la tópic jurídica*. Lima: Palestra Editores, 2018.
- García Belaunde, Domingo. “Nota preliminar”. En: *la garantía jurisdiccional de la constitución. La justicia constitucional*. Por Hans Kelsen. México: Centro de Estudios Carbonell, 2017.
- Gargarella, Roberto. “¿Por qué estudiar el constitucionalismo popular en América Latina?”. En: *constitucionalismo popular en Latinoamérica*. Por Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega. México: Porrúa-UNAM, 2013.
- Gargarella, Roberto. “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”. En: *Control constitucional y activismo judicial*. Por Heber Joel Campos Bernal. Perú: Ara Editores, 2012.
- Gargarella, Roberto. *Teoría y crítica del derecho constitucional. Tomo I. Democracia*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 2018.
- Salazar Ugarte, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Tushnet, Mark. “Popular constitutionalism as political law”. En: *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*. Por Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega. México: Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.
- Villabela, Carlos Manuel. *Nuevo constitucionalismo latinoamericano*. México: Mariel, 2014.

Derechos de Autor (c) 2022 Brenner Israel Ronaldo Lopez de Leon



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](#).

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

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

[Resumen de licencia](#) - [Texto completo de la licencia](#)