

OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

Tomo XX





OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

TOMO XX

GUATEMALA
NOVIEMBRE 2022 – OCTUBRE 2023

Opus Magna Constitucional, Tomo XX
Guatemala, octubre 2022 – octubre 2023

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

Cuerpo Editorial

Editor

Francisco Javier Urizar Pérez
Abogado Investigador del Instituto de Justicia Constitucional

Consejo Editor

Héctor Hugo Pérez Aguilera
Presidente de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Nester Mauricio Vásquez Pimentel
Vicepresidente de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Claudia Elizabeth Paniagua Pérez
Secretaria de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Yandy Lourdes Castillo y Castillo
Mildred Jeaneth Amarra Huitz
Vocales de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional

Consejo de Revisores

Ana Gabriela Contreras Independiente	Ana Elisa Samayoa Guzmán Universidad Rafael Landívar	Ana Isabel Calderón Cristal Corte de Constitucionalidad
Allan Amilkar Estrada Morales Universidad Rafael Landívar	Angélica Yolanda Vásquez Girón Corte de Constitucionalidad	Aylin Brizeida Ordóñez Castillo Corte de Constitucionalidad
Ana Lucrecia Aguilar Alegría Independiente	Franco Gatti Universidad de Rosario	José Pablo Pacheco Samayoa Corte de Constitucionalidad
Edgar Alfredo Ortega Franco Universidad Rafael Landívar	Lina María Muralles Orellana Corte de Constitucionalidad	Luis Fernando Paiz Lemus Independiente
Giovanni Azael Figueroa Mejía Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México	Miguel Ángel Aldana Moscoso Universidad de San Carlos de Guatemala	Mónica Mazariegos Rodas Universidad Rafael Landívar
Juan Pablo Gramajo Castro Universidad Francisco Marroquín	Edwin Eduardo López Rodríguez Corte de Constitucionalidad	Sara María Fernanda Larios Hernández Universidad Francisco Marroquín
Lester Manuel Meda Ruano Universidad Mariano Gálvez	William Gilberto Bobadilla López Universidad de San Carlos de Guatemala	Ennio Paolo Archila Valle Independiente



INTEGRACIÓN DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

14 DE ABRIL DE 2023 A 13 DE ABRIL DE 2024

Héctor Hugo Pérez Aguilera

Presidente

Magistrados titulares:

Nester Mauricio Vásquez Pimentel

Leyla Susana Lemus Arriaga

Roberto Molina Barreto

Dina Josefina Ochoa Escribá

Magistrados suplentes:

Rony Eulalio López Contreras

Claudia Elizabeth Paniagua Pérez

Juan José Samayoa Villatoro

Walter Paulino Jiménez Texaj

Luis Alfonso Rosales Marroquín





**INTEGRACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL
INSTITUTO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
2023 - 2024**

Presidente

Héctor Hugo Pérez Aguilera

Vicepresidente

Nester Mauricio Vásquez Pimentel

Secretaria

Claudia Elizabeth Paniagua Pérez

Vocales

Yandy Lourdes Castillo y Castillo

Mildred Jeaneth Amarra Huitz

Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional

Erick Alfonso Álvarez Mancilla



OPUS MAGNA
CONSTITUCIONAL

TOMO XX

ÍNDICE

Título	Página
Presentación	5
Aportes especiales	
<i>Amicus curiae</i> presentado ante la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Hendrix Vs. Guatemala Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial	9
La adopción de resoluciones en formato de lectura fácil por parte de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala en los casos en que se decida acerca de los derechos de niños, niñas y personas con discapacidad cognitiva Diego Enrique Amézquita Donadío	29
La auditoría social y la participación ciudadana en Guatemala como una expresión de la democracia contemporánea. Un ejercicio de argumentación jurídica Jean Carlo Guzmán Tellez	49
Breve análisis jurisprudencial de las exhortativas realizadas por la Corte de Constitucionalidad al Congreso de la República como consecuencia de planteamientos de inconstitucionalidad por omisión en materia de derechos humanos Herbert Egil Saúl Muñoz Reyes	71
Algunas notas sobre la jurisprudencia y el precedente constitucional Carlos Fernando Rosales Santos	85
Análisis jurídico confrontativo. Argumentación jurídica para el planteamiento de inconstitucionalidades Angélica Yolanda Vásquez Girón	103
Artículos	
Recorrido histórico por las Leyes de Orden Público en la República de Guatemala y propuesta de reforma Lester Manuel Meda Ruano	119
Las fronteras y el derecho a ser en el mundo: Protección jurídica, movilidad humana e incidencia política. Reflexiones para Centroamérica y México Santos Romeo Barrientos Aldana	139
Control judicial y constitucional de pactos colectivos de condiciones de trabajo en el sector público Juan Pablo Gramajo Castro	167

¿Separación de la doctrina legal o aceptación y reconocimiento tácito de la existencia de jurisprudencia constitucional notoriamente inconvencional? 189

Estuardo Cárdenas

Violaciones a los derechos humanos derivadas de la prohibición de otorgar medidas sustitutivas 213

Pedro José García Natareno
Karina Maribel Saquic Riquiac

APORTES ESPECIALES

Opus Magna Constitucional
Tomo XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

AMICUS CURIAE PRESENTADO ANTE LA HONORABLE
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL
CASO HENDRIX VS. GUATEMALA

Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.129>

***Amicus curiae* presentado ante la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Hendrix Vs. Guatemala**

Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial

Justificación

1. El día lunes 28 de marzo de 2022 se celebró la audiencia pública del caso Hendrix Vs. Guatemala, en la que la ilustre Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En adelante CIDH, Comisión), la ilustre representación del Estado y los representantes de la presunta víctima, presentaron sus argumentos y diligenciaron algunos medios de prueba ante la honorable Corte con la finalidad de sostener sus posiciones respecto a la presunta violación de varios derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH, Convención, Convención Americana) en perjuicio del señor Steven Edward Hendrix, por la negativa a tomarle juramento y colegiarlo como Notario en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

2. Atendiendo a que este caso tiene una relevancia especial para el sistema notarial guatemalteco y el sistema de notariado latino en general, a título personal y como integrantes de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial (en adelante Instituto, IGDN), nos presentamos ante la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte, Corte IDH) para hacerle llegar nuestras apreciaciones.

3. El presente escrito tiene como objeto abonar a la comprensión de las características del Sistema de Notariado Guatemalteco relativas a los requisitos legales para ejercer la profesión, específicamente en lo relativo la nacionalidad, contenido en el inciso 1º del artículo 2º del Código de Notariado.

Con esta colaboración, el Instituto presentará sus criterios y los argumentos que le permiten entender que el requisito de nacionalidad para el ejercicio del Notariado en Guatemala es legítimo e idóneo por estar acorde con el Derecho Internacional y los estándares en materia de derechos humanos.

Comparecencia

4. Nos presentamos ante la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en calidad de *Amicus Curie* las siguientes personas:

Lorena Isabel Flores Estrada, en calidad de Presidenta de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial; Luis Felipe Lepe Monterroso, Vice-Presidente de la Junta

Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial; Edgar Raúl Sánchez Vargas; Secretario de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial; Axel Ottoniel Maas Jácome, Tesorero de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial; Ovidio David Parra Vela, Vocal I de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial; Claudia María Godínez Soto, Vocal II de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial; Nery Roberto Muñoz; Mayra Yojana Veliz López; Maritza Grisel Murcia, y Francisco Javier Urizar Pérez.

Consideraciones sobre el Sistema de Notariado Guatemalteco

5. El Diccionario de la Lengua Española define sistema en su primera acepción como “Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí.”; la segunda acepción lo define como “Conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto.”¹ Por su parte el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, define el mismo término como “Método, fórmula, modelo, conjunto de reglas, principios o cosas relacionados entre sí.”²

En el presente caso, el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial entiende que se encuentra en discusión ante la honorable Corte lo relativo a las reglas y principios que contribuyen al ejercicio y eficacia del Notariado en Guatemala. El Instituto desea manifestar que, siendo el Notariado un conjunto de normas, principios, teorías y actividades orientadas a dotar de seguridad, certeza y validez jurídicas los actos de los particulares que surtirán efectos dentro de la República, ninguno de sus elementos puede ser considerado de forma individual, debido a que, como sistema que es, todos ellos se encuentran relacionados y cumplen una función que, en conjunto, contribuye a garantizar la seguridad y certeza jurídica a través de la presunción legal de autenticidad que ostentan los instrumentos y documentos autorizados por los notarios en ejercicio de la fe pública que les es delegada a título personal por el Estado.

Antecedentes del Notariado

6. La historia de la humanidad es el marco para conocer la función trascendental del notariado en los asuntos de Estado, en los negocios entre particulares como un tercero de confianza. Se conocen los primeros actos notariales en el surgimiento de las primeras civilizaciones: egipcia, romana y griega, en donde había personas honorables y éticas a quienes se les encomendaba la redacción de documentos que generaban certeza jurídica y por ello la población les tenía confianza. Se conoce que en el “año 887 el emperador de Oriente, León VI,

¹ Sistema. Diccionario de la Lengua Española. <https://dle.rae.es/sistema?m=form>

² Sistema. Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/sistema>

el Filósofo, en la Constitución CXV “Libro del Prefecto” reglamenta la actividad del notario y las cualidades morales e intelectuales de los aspirantes a notario.”³

Según Bernardo Pérez Fernández del Castillo, “el origen del notariado Latino es germánico-romano. Puede decirse que inicia con Justiniano en el siglo VI, quien en la denominada Reglamentación Justiniana del documento Tabeliónico” regula la actividad notarial de Tabelio, personaje, perito en la escritura y en las leyes, al que recurrían los ciudadanos, pues el documento redactado por él producía efectos jurídicos. ... En el siglo XIII, el Rey Alfonso X, dedica en las siete partidas la III a la fe pública y a la actividad del escribano”.⁴

El sistema notarial latino es utilizado en Latinoamérica y en algunos países de Europa, Asia y África. Este sistema ha logrado alcanzar un grado de madurez superior al de los otros sistemas. Puede decirse que: “El notario latino es un profesional del Derecho encargado de una función pública la cual consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin confiriéndoles autenticidad, conservando los originales y expidiendo copias que dan fe de su contenido”⁵ de aquí se deduce que el Notario es un profesional del Derecho, pero que presta una función pública y ejerce la fe pública notarial delegada por el Estado”.⁶

Nacimiento del Sistema de Notariado Guatemalteco y el establecimiento de la nacionalidad como requisito habilitante

7. Como lo señala Oscar Salas “El Notariado Guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica. Ya en 1543 aparece el escribano don Juan de León cartulando en la ciudad de Santiago de Guatemala, como entonces se le llamaba... El candidato debía probar además,... con arraigo en el Estado” (Salas 1973, 35), adicionalmente y desde el 1 de abril de 1878 el Gobierno de la época reconoce la necesidad del resguardo de la seguridad y certeza jurídica de los actos y contratos autorizados por los notarios, “Esto requirió un Decreto, de fecha 1º de abril de 1878, en cuyo preámbulo se expresa que “la inobservancia de las leyes que fijan las condiciones a que han de sujetarse los que abrazan la carrera del notariado, priva a la sociedad de las garantías que la protegen de cualquier abuso cometido por los depositarios de la fe pública.” (Salas 1973, 38)

8. El 20 de febrero de 1882, Justo Rufino Barrios en su calidad de Presidente Constitucional de Guatemala sanciona el Decreto 271. “Esta normativa consideró en su momento que era

³ Bernardo Pérez Fernández del Castillo. *Evolución del notariado mexicano*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/19.pdf>

⁴ *Ibíd.*

⁵ Conclusiones del primer congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, 1992.

⁶ Murcia, M.G. *El deber de residencia y su excepción en el Derecho Notarial Guatemalteco*. Guatemala, Ediciones Mayte, 1992.

indispensable establecer condiciones a que debían sujetarse las personas que iban a ejercer la profesión... extremos que se tuvieron en cuenta en el único considerando de la ley”:⁷

Que es indispensable establecer las condiciones a que deben sujetarse los que quieran ejercer la profesión del Notariado, y consignar las disposiciones que han de rejar (sic) a cerca de algunos puntos que respecto de protocolos se omitieron en el Código de procedimientos civiles [...]

En este decreto se establecen en el capítulo 2 los requisitos para el ejercicio de la profesión del Notariado, encontrándose el artículo 4 que en el numeral 2º establece: “Ser mayor de veintiún años, ciudadano guatemalteco⁸ y del estado seglar”.

El Decreto 271 es sustituido por el Decreto 1563 del 20 de agosto de 1934 y publicado en el Diario oficial de Guatemala el 23 de agosto del mismo año 1934⁹. Esta nueva Ley de Notariado establecía en el artículo 2:

Para ejercer la profesión de notario, se requiere: 1.-... 2.- Ser mayor de edad, **ciudadano, guatemalteco de origen**, hallarse en el goce de sus derechos civiles y políticos y ser del estado seglar; [...]

Esta Ley fue derogada por el Decreto 1744, emitida el 08 de octubre de 1935, la cual mantuvo los requisitos para el ejercicio de la profesión del notariado, relativos a la nacionalidad guatemalteca.

Posteriormente se emite el Decreto 2154 de fecha 04 de mayo de 1936, que continúa requiriendo la nacionalidad guatemalteca como un requisito que habilita a una persona para ejercer el Notariado y finalmente el 1º de enero de 1947 entró el vigor el actual Código de Notariado contenido en el Decreto 314 del Congreso de la República que en el artículo 2º establece que para ejercer la profesión de notario y como requisito habilitante la persona debe ser guatemalteco natural.

Como se puede determinar con la normativa citada, durante 140 años en Guatemala existe el requisito habilitante para ejercer el notariado, el ser guatemalteco.

9. De acuerdo con la honorable Corte:

La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y

⁷ Véliz López, Mayra Yojana. Antecedentes del Código de Notariado en Guatemala, en Pérez Gallardo, Leonardo B. *Estudios de Derecho Notarial Iberoamericano*. Guatemala, Editorial Infoconsult editores, 2013.

⁸ De acuerdo con la Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879, vigente en el momento en que se expidió este decreto:

Artículo 8º. Son ciudadanos: 1º Los guatemaltecos mayores de 21 años que tengan renta, oficio, industria o profesión que les proporciona medios de subsistencia.

Artículo 4º. Los guatemaltecos se dividen en naturales y naturalizados.

⁹ Para este tiempo continuaba en vigencia la Ley Constitutiva de la República de Guatemala con una reforma introducida en 1921 que estableció: “Artículo 8º. Son ciudadanos los guatemaltecos los varones mayores de diez y ocho años: 1º Que sepan leer y escribir. 2º Que desempeñen o hubieren desempeñado cargos concejiles.”

fideliad y se hace acreedor a su protecci3n diplomática. Con distintas modalidades, la mayoría de los Estados han establecido la posibilidad de que personas que no tenían originalmente su nacionalidad puedan adquirirla posteriormente, en general, mediante una declaraci3n de voluntad manifestada previo cumplimiento de ciertas condiciones.¹⁰

El mismo Tribunal reconoci3 en la Opini3n Consultiva OC-4/84 que “es natural que las condiciones y procedimientos para [adquirir la nacionalidad] dependa predominantemente del derecho interno.”¹¹

La importancia y trascendencia de ese v3nculo jur3dico pol3tico y la expectativa de lealtad y fidelidad que este implica para la funci3n notarial se ha tomado en cuenta en distintos ordenamientos jur3dicos. As3, por ejemplo, 20¹² de los 35 Notariados de los Estados que integran la Organizaci3n de los Estados Americanos, forman parte de la Uni3n del Notariado Latino, de los cuales 18¹³ reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. De estos 18 pa3ses, Argentina,¹⁴ Bolivia,¹⁵ Brasil,¹⁶ Chile,¹⁷ Colombia,¹⁸ Ecuador,¹⁹ El Salvador,²⁰ Guatemala,

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Propuesta de modificaci3n a la Constituci3n Pol3tica de Costa Rica relacionada con la naturalizaci3n. Opini3n Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 35.

¹¹ Ibid. Párr. 36.

¹² Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Hait3, Honduras, M3xico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Per3, Rep3blica Dominicana, Uruguay y Venezuela. <https://www.uinl.org/notariados-miembros>

¹³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Hait3, Honduras, M3xico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Per3, Rep3blica Dominicana y Uruguay.

¹⁴ Ley 4183. Ley Orgánica Notarial. Art3culo 1º. Para acceder al ejercicio del notariado se requiere: Ser argentino nativo o naturalizado, debiendo en este 3ltimo caso, tener 10 a3os por lo menos de ciudadan3a en ejercicio.

¹⁵ Ley del Notariado Plurinacional N3mero 483. Art3culo 12º. (Requisitos para el nombramiento). Para ser nombrado notaria o notario de fe p3blica, adem3s de lo establecido en el art3culo 234 de la Constituci3n Pol3tica del Estado, se requiere [...]

Constituci3n Pol3tica del Estado. Art3culo 234º. Para acceder al desempe3o de funciones p3blicas se requiere: 1. Contar con la nacionalidad boliviana.

¹⁶ Art. 14º La delegaci3n para el ejercicio de la actividad notarial y de registro depende de los siguientes requisitos: II.- nacionalidad brasilera.

¹⁷ Decreto No. 407. Sobre Nombramiento, Instalaci3n, Subrogaci3n, Atribuciones y Obligaciones de los Notarios. Art3culo 3º. Para optar al cargo de notario se requiere: 1º. Ser chileno.

¹⁸ Decreto 960 de 1970. Art3culo 132. Para ser notario, a cualquier t3tulo, se requiere ser nacional colombiano, ciudadano en ejercicio, persona de excelente reputaci3n y tener m3s de treinta a3os de edad.

¹⁹ Ley Notarial. Art3culo 9. Para ser Notario se requiere la nominaci3n de la respectiva Corte Superior del Distrito. El aspirante deber3 cumplir con los siguientes requisitos: - Ser ecuatoriano por nacimiento.

²⁰ Ley de Notariado. Art3culo 4. S3lo podr3n ejercer la funci3n del notariado quienes est3n autorizados por la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con la ley. Para obtener esa autorizaci3n se requiere: 1º. Ser salvadore3o.

Honduras,²¹ México,²² Nicaragua,²³ Panamá,²⁴ Paraguay,²⁵ Perú,²⁶ República Dominicana²⁷ y Uruguay,²⁸ cuentan con normas internas que imponen la nacionalidad propia como un requisito habilitante para ejercer el Notariado.

La participación en la Unión Internacional del Notariado Latino constituye en régimen internacional especializado

10. La especialidad característica del Sistema de Notariado Latino frente al Sistema Anglosajón permitió que en 1948 se conformara la Unión Internacional del Notariado Latino. La honorable Corte debe tomar en cuenta que esta organización de carácter global funciona como un régimen internacional específico en lo relativo a la coordinación y desarrollo de la función y la actividad notarial en el mundo entero.

De acuerdo con Levy, citado por Lascurain, un régimen internacional puede ser entendido como “instituciones sociales que consisten en acuerdos sobre principios, normas, reglas, procedimientos y programas que gobiernan las interacciones de actores en áreas específicas”²⁹. De esta forma, la voz autorizada para comprender el alcance, las características de la función y de la actividad notarial es la propia Unión, que al referirse al Notariado y la función notarial, establece:

²¹ Ley de Notariado. Artículo 4º. Para ejercer el notariado se requiere: 2º. Ser mayor de veintiún años, ciudadano hondureño en ejercicio de sus derechos y del estado seglar.

²² Como ejemplo: Ley del Notariado para la Ciudad de México. Artículo 54. Para solicitar el examen de aspirante a Notario, el interesado deberá satisfacer los siguientes requisitos: I. Ser mexicano por nacimiento, tener veinticinco años cumplidos y no más de sesenta al momento de solicitar el examen.

²³ Ley del Notario. Artículo 10.- Los Notarios son ministros de fe pública, encargado s de redactar, autorizar, y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren; y de practicar las demás diligencias que la ley encomiende. Para que un Notario recibido o incorporado pueda proceder al ejercicio de su profesión, es menester que la Corte Suprema de Justicia lo autorice para ello mediante el lleno de los siguientes requisitos: b.-que acompañe el título académico extendido por la respectiva Facultad, y si es extranjero, el decreto gubernativo del reconocimiento de aquel.

²⁴ Código Administrativo. Artículo 2120. Para ser Notario de Circuito, Principal o Suplente, en Panamá y Colón, se requieren las mismas cualidades que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Para ser Notario de Circuito, Principal o Suplente, en los otros lugares de la República, se requiere ser panameño por nacimiento o por naturalización, con más de diez años de residencia en la República, haber cumplido veinticinco años de edad, estar en pleno goce de los derechos civiles y políticos y ser graduado en Derecho en el país o en el extranjero, o poseer título de idoneidad expedido por la Corte Suprema de Justicia para ejercer la Abogacía en los Tribunales de la República.

²⁵ Código de Organización Judicial. Artículo 102. Las condiciones requeridas para desempeñar las funciones de Escribano de Registro son: a) Ser paraguayo natural o naturalizado.

²⁶ Decreto Legislativo No. 1049. Artículo 10º. Para postular al cargo de notario se requiere: - Ser peruano de nacimiento.

²⁷ Ley del Notariado. Artículo 5. Para ser nombrado Notario se requiere: - Ser dominicano y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos.

²⁸ Ley Orgánica y Reglamento Notarial. Artículo 2º. Para ser escribano público se requiere indispensablemente: Ciudadanía natural o legal, con dos años por lo menos de ejercicio de la misma.

²⁹ Lascurain, Mauricio. *Teoría de regímenes internacionales: el caso del recurso agua en el régimen ambiental México-Estados Unidos*. <http://dx.doi.org/10.4067/S0719-09482018000200128>

El Notario es un profesional del derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.

La función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado. Es ejercida de forma imparcial e independiente, sin estar situada jerárquicamente entre los funcionarios del Estado.

La función notarial se extiende a todas las actividades jurídicas no contenciosas, confiere al usuario seguridad jurídica, evita posibles litigios y conflictos, que puede resolver por medio del ejercicio de la mediación jurídica y es un instrumento indispensable para la administración de una buena justicia.³⁰

En cuanto a la organización notarial, la Unión Internacional ha establecido:

La ley nacional determinará el área de competencia de cada Notario, así como el número de Notarios, que ha de ser suficiente para asegurar convenientemente el servicio. La ley determinará también el lugar de instalación de cada estudio notarial, garantizando un reparto equitativo en todo el territorio nacional.

Los Notarios deberán pertenecer a un organismo colegiado. Un solo organismo, compuesto exclusivamente por Notarios, asumirá la representación del Notariado de cada país.

La ley de cada Estado determinará las condiciones de acceso a la profesión notarial y de ejercicio de la función pública notarial, estableciendo a tal fin las pruebas o exámenes que se estimen oportunos, exigiendo en todo caso a los candidatos el título de graduado o licenciado en Derecho y una alta calificación jurídica.

Así pues, queda claro que en todos los sistemas notariales nacionales que integran la Unión Internacional del Notariado Latino, se entiende que las y los Notarios, aunque no sean funcionarios públicos, ejercen una función pública que deviene de la delegación de la fe pública que, en forma personalísima, cada Estado realiza a favor de ellos.

La Corte debe tomar en cuenta que, en el marco del mantenimiento de la naturaleza del Sistema de Notariado Latino, la gran mayoría de los Estados que reconocen la competencia contenciosa del tribunal interamericano, han optado por desarrollar normas en las que se impone la necesidad de ser nacional -por nacimiento o naturalización- del Estado en el que se pretende ejercer la función notarial.

El ejercicio del Notariado no es una simple prestación de servicios. Como se afirmó antes, existe todo un *sistema* que ha sido diseñado para que esta función pública se dirija exclusivamente a garantizar la seguridad jurídica. El sistema que ha adoptado Guatemala desde que inició la

³⁰ <https://www.uinl.org/principio-fundamentales>

producción legislativa sobre el tema, ha sido el Sistema Latino y desde hace más de 140 años, se ha exigido como requisito habilitante la nacionalidad.

No es competencia de este Instituto ilustrar a la honorable Corte sobre la longevidad de la tradición de requerir una nacionalidad específica; sin embargo, vale la pena solicitar a este alto tribunal que observe la generalidad de este tipo de disposición entre los Estados que, siendo miembros de la Organización de los Estados Americanos y de los que, reconociendo la competencia contenciosa de la Corte, adoptaron el Sistema de Notariado Latino como el aplicable en su jurisdicción.

Al igual que como se ha pronunciado respecto a los sistemas procesales penales y electorales, la Corte debe permitir que los Estados adopten el Sistema de Notariado “que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional.”³¹

La exigencia de nacionalidad para ejercer el Notariado en Guatemala es idónea para garantizar la seguridad y certeza jurídica de derechos y obligaciones de las personas que requieren los servicios notariales

11. En su Informe de Fondo No. 194/20 de 14 de julio de 2020, la ilustre Comisión Interamericana establece que la medida de no juramentar al señor Hendrix como Notario satisface el requisito de legalidad, por cuanto se basó en el artículo 2.1 del Código de Notariado vigente en Guatemala.³² Respecto a la finalidad de la restricción, consideró que la invocación que hizo el Estado de la soberanía “como mecanismo para garantizar el uso adecuado de la fe pública constituye un fin legítimo”³³. Sin embargo; la ilustre Comisión consideró que la medida no era idónea para lograr el fin manifestado por el Estado porque, “en la legislación nacional como en la legislación comparada que tiene disponible, la figura del notario no ha sido identificada como la de un servidor o funcionario público, tomando en cuenta que no representa la voluntad del Estado.”³⁴

La ilustre Comisión llega a esta conclusión al analizar la función notarial desde un plano distinto al régimen internacional al que está sometido el Estado de Guatemala respecto al sistema de notariado que rige en su jurisdicción, ya que -tal y como se citó arriba-, los principios fundamentales del sistema de notariado de tipo latino que se encuentran publicados en la página de la Unión Internacional del Notariado Latino expresan con claridad que el Notario es “titular de una función

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia d 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, párr. 66.

³² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Fondo 194/20, caso 12,730, Steven Edward Hendrix – Guatemala, párr. 45.

³³ Ibid. Párr. 46.

³⁴ Ibid. Párr. 52.

pública”, que la “función notarial es una función pública, por lo que el Notario tiene la autoridad del Estado”.

De acuerdo con el artículo 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala “La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial.” El artículo 154 establece: “La función pública no es delegable, excepto en los casos señalados por la ley, y no podrá ejercerse sin prestar previamente juramento de fidelidad a la Constitución.”

Si bien, ha quedado claro que en Guatemala las y los Notarios no son funcionarios públicos, la honorable Corte no puede dejar de observar que la función que ejercen es de carácter público; aunque exista una retribución económica para la persona que presta servicios notariales, el fin de la actividad notarial no es el lucro del profesional, sino el desarrollo de esa fracción de soberanía que el Estado le concede en forma personal para conferir al usuario seguridad jurídica, elemento que, en el caso guatemalteco, es uno de los deberes del Estado de acuerdo con el artículo 2º de la Constitución.

Los antecedentes jurisprudenciales citados por la ilustre Comisión no son aplicables por incompatibilidad de contexto

12. La ilustre Comisión cita dentro de su informe de fondo antecedentes jurisprudenciales relativos a la aceptación de personas extranjeras para ejercer el notariado en países distintos a los de su nacionalidad. Sin embargo, el análisis de estos antecedentes requiere tomar en consideración el contexto en el que se emitieron para determinar si su contenido podría acreditar la idoneidad del requisito habilitante de la nacionalidad para ejercer el Notariado en Guatemala.

Se cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en Buenos Aires, Argentina, el 18 de diciembre de 1984 dentro del caso “Vadel, Jorge Fernando c/Buenos Aires, Provincia”.

En este caso la Corte Suprema de Justicia conoció el reclamo por responsabilidad del Estado debido a una serie de errores cometidos en el Registro de la Propiedad al inscribir las escrituras públicas de traslación de dominio compulsadas por notarios argentinos, lo que provocó un perjuicio por la superposición de terrenos en contra de personas particulares.

Lejos de caracterizar la idoneidad del requerimiento de la nacionalidad de los notarios, lo que el fallo confirma es que, sin ser funcionarios públicos, los notarios ejercen una función pública:

El escribano de registro es un profesional del derecho afectado a una actividad privada, pero con atributos que en parte lo equiparan a la gestión pública, cuyos actos, vinculados al comercio jurídico privado, dan fe de esas relaciones privadas y no expresan la voluntad del Estado como éste normalmente la exterioriza a través de sus órganos.

Asimismo, el fallo plantea que la función fedataria puede ser la más trascendente de las que realiza el notario, aunque concurra con otras que no ostentan ese carácter.

Sería un error, de acuerdo con el marco deontológico de la Unión Internacional del Notariado Latino, hacer pasar al notario que ejerce la profesión en forma liberal como un funcionario público, sin embargo, esta condición no niega la función pública que tiene el Notariado, la cual, como se indicó antes, no está al servicio del profesional, sino del público que solicita sus servicios para dotar de certeza jurídica sus manifestaciones de voluntad. Confundir la función pública del Notariado con el ejercicio de un cargo o empleo público es uno de los argumentos que esgrime la ilustre Comisión para concluir que el requerimiento de la nacionalidad guatemalteca para el ejercicio del Notariado en Guatemala es inidónea; sin embargo, la idoneidad de la medida no está marcada por la caracterización del ejercicio profesional como funcionario público o como profesional liberal; sino por la función pública que ejerce el Notario al recibir una porción de la soberanía del Estado que contribuye a que los habitantes de la República puedan dotar de seguridad jurídica sus actos, lo que -como se afirmó arriba- es uno de los deberes fundamentales del Estado de acuerdo con la Constitución.

La Comisión también cita los fallos emitidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto a la aplicación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativo a la libertad de establecimiento en varios países de aquel continente.

La honorable Corte debe tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado: el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a. todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b. todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a. todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b. toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c. toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

En ese sentido, debe observarse que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea está orientado a la integración de carácter económico y social de esa región, esto se desprende del preámbulo que establece:

SU MAJESTAD EL REY DE LOS BELGAS, EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA, EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA FRANCESA, EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ITALIANA, SU ALTEZA REAL LA GRAN DUQUESA DE LUXEMBURGO, SU MAJESTAD LA REINA DE LOS PAÍSES BAJOS,

RESUELTOS a sentar las bases de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos,

DECIDIDOS a asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social de sus respectivos Estados, eliminando las barreras que dividen Europa,

FIJANDO como fin esencial de sus esfuerzos la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos,

RECONOCIENDO que la eliminación de los obstáculos existentes exige una acción concertada para garantizar un desarrollo económico estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal,

PREOCUPADOS por reforzar la unidad de sus economías y asegurar su desarrollo armonioso, reduciendo las diferencias entre las diversas regiones y el retraso de las menos favorecidas,

DESEOSOS de contribuir, mediante una política comercial común, a la progresiva supresión de las restricciones a los intercambios internacionales,

PRETENDIENDO reforzar la solidaridad de Europa con los países de ultramar y deseando asegurar el desarrollo de su prosperidad, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas,

RESUELTOS a consolidar, mediante la constitución de este conjunto de recursos, la defensa de la paz y la libertad e invitando a los demás pueblos de Europa que participan de dicho ideal a asociarse a su esfuerzo,

DECIDIDOS a promover el desarrollo del nivel de conocimiento más elevado posible para sus pueblos mediante un amplio acceso a la educación y mediante su continua actualización,

Además, el artículo 20 del mismo tratado dispone:

1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.
2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer

país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos.

Finalmente, el artículo 49, relativo al Derecho de Establecimiento, establece:

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

En ese sentido, la honorable Corte debe notar que el derecho de establecimiento es un privilegio de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en el marco de un tratado de integración regional de carácter económico y social, que pretende alcanzar la unidad económica de una región en particular.

La República de Guatemala forma parte de la Organización de Estados Centroamericanos desde 1962. El Protocolo de Tegucigalpa de 1991, establece en su artículo 1 que Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá “son una comunidad económico-política que aspira a la integración de Centroamérica” posteriormente, se adhirieron a esta comunidad Belice y República Dominicana. Como parte de ese proceso de integración, el artículo 31 del Protocolo de Guatemala, de 1993, dispone:

Los Estados Parte acuerdan armonizar sus legislaciones para el libre ejercicio de las profesiones universitarias en cualquier país de la región, a efecto de hacer efectiva la aplicación del Convenio sobre el Ejercicio de Profesiones Universitarias y Reconocimiento de Estudios Universitarios, suscrito el 22 de junio de 1962, en la ciudad de San Salvador, República de El Salvador, el cual es de aplicación plena en los Estados Contratantes de ese Convenio.

En ese marco, la honorable Corte debe tomar en cuenta que la República de Guatemala forma parte de un sistema de integración regional específico, que cuenta con normas relativas al reconocimiento de las calidades de los profesionales que integran el sistema para el ejercicio de las profesiones que requieren un título universitario. Esta situación se ve fortalecida en el derecho interno de los países que integraron la República Federal de Centroamérica, al contener dentro

de sus respectivas constituciones, normas relativas al reconocimiento de la nacionalidad para los centroamericanos.

Aplicar los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a un caso que está en conocimiento de la Corte Interamericana atentaría en contra de la legalidad internacional, toda vez que aquel constituye un Tribunal para abordar cuestiones de derecho comunitario europeo³⁵ y además, porque el derecho de establecimiento es reconocido únicamente para ciudadanos europeos, una categoría jurídica especial que es resultado de un proceso de integración regional. De esa cuenta, el derecho de establecimiento en la Unión Europea tampoco le está reconocido al señor Hendrix en su condición de estadounidense.

También, se cita la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia dentro del caso Bernal v. Fainter, Secretary of State of Texas de 1984, en esa oportunidad el tribunal manifestó:

No hay nada en el registro que indique que los extranjeros residentes, como clase, sean tan incapaces de familiarizarse con la ley de Texas como para justificar la exclusión absoluta y de clase en todo el estado. La posibilidad de que algunos extranjeros residentes no sean aptos para el puesto no puede justificar una prohibición total contra todos los extranjeros residentes. Concluimos que el artículo 5949 (2) viola la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos [...]

Nuevamente la honorable Corte está llamada a poner atención en el contexto en el que se realiza esta declaración. El Estado de Texas de los Estados Unidos de América no ha adoptado el Sistema de Notariado Latino, sino el anglosajón. De esa cuenta, los requisitos habilitantes para el ejercicio del Notariado son completamente distintos, debido a que la función notarial es distinta también. Esto queda demostrado con la afirmación publicada en la página del Secretario de Estado de Texas que literalmente indica:

¿Notario Público? En Texas NO es lo mismo.

En Texas la designación “notary public” no equivale a un notario o notario público como en otros países:

Un “notary public” no está autorizado para ejercer como abogado.

Un “notary public” no está autorizado para dar asesoría legal o preparar documentos legales.

Un “notary public” no está autorizado para cobrar por preparar documentos migratorios o representar a alguien en materia de migración.

Le rogamos que reporte a la Secretaría de Estado a cualquier persona que, ejerciendo como “notary public”, desobedezca estas reglas.³⁶

³⁵ Mediavilla, Manu. *Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una lucha por los derechos*. Amnistía Internacional. <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/tribunal-europeo-de-derechos-humanos-una-joya-para-las-libertades-fundamentales/>

³⁶ Texas Secretary of State, John B. Scott. *¿Notario Público? En Texas NO es lo mismo*. <https://www.sos.state.tx.us/statdoc/ntpublicosp.shtml>

Finalmente, se cita la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 5 de agosto de 2014 dentro del caso Martín y Mata, Verónica. Nuevamente, la cita carece de contexto debido a que la Sala se pronuncia sobre el requisito de “*exigir una antigüedad de seis años en el ejercicio de la ciudadanía*” como contraria a la Constitución de la Nación y por tanto, inaplicable a la solicitante.

En esta oportunidad el Instituto llama a la Corte a poner atención en dos puntos importantes. Primero, esta declaración se hace porque la solicitante cumplía con el requisito de ser argentina naturalizada además de una serie de características que acreditaban su arraigo en el lugar:

[...] nació en el año 1973 en España [...] desde el año 1982 (es decir, desde la edad de 9 años), reside en este país. Ha cursado sus estudios primarios, secundarios y universitarios en Argentina, y, además, aprobó el examen para ser escribana. Contrajo matrimonio con un nativo y tiene dos hijas nacidas en esta Nación. Cuenta con, al menos, un bien de su propiedad en estas tierras. Ha desarrollado su actividad laboral y profesional en este territorio por más de veintidós años. Su legal proceder como ciudadana está acreditado a través de acta de notoriedad; certificado que acredita no ser deudora alimentaria y certificado donde consta que no registra antecedentes penales.

Además, la declaración de inaplicabilidad del precepto se realiza en un caso concreto, revestido con características particulares, por el requerimiento agravado de gozar de la ciudadanía durante 6 años para poder ejercer el notariado en Argentina. En el caso guatemalteco, este requisito no existe, es decir que, cualquier persona que acredite haber obtenido los títulos de Abogado y Notario de una universidad autorizada en el país, puede ser juramentada como tal por el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, sin importar si esta nacionalidad es de origen o por naturalización y sin solicitar ningún plazo de vigencia de esta última, previo a solicitar su integración al referido Colegio.

El requisito habilitante para el ejercicio del Notariado es una norma consuetudinaria del Sistema de Notariado Latino regional

13. De acuerdo con el estudio sometido a la Comisión de Derecho Internacional en 1950 por Manley Hudson, los requerimientos que debe seguir la costumbre para configurarse como instituida son los siguientes:

- a. Práctica concordante, realizada por un número regular de estados con referencia a un tipo de relaciones que caen bajo el dominio del derecho Internacional;
- b. Continuación o repetición de una práctica por un considerable período de tiempo;
- c. La concepción de que la práctica está requerida o es consistente con el Derecho Internacional prevaleciente, y

d. Aquiescencia de esa práctica por otros Estados.³⁷

Citando a Guggenheim, Bernal Gómez refiere que actualmente se entiende que la simple repetición de actos no acredita la costumbre internacional, sino que la ejecución de estos debe ser realizada con la intención de cumplir con una obligación o de ejercer un derecho. Siguiendo esta línea de pensamiento, se ha allegado a la honorable Corte la referencia de que 20 de los 35 Estados miembros de la OEA integran la Unión Internacional del Notariado Latino y que 17 de estos cuentan con normas internas en su ordenamiento jurídico relativas a la nacionalidad como requisito habilitante para ejercer el Notariado en sus respectivas jurisdicciones.

De esa cuenta, es posible afirmar que existe una convicción generalizada en los Estados de la región en cuanto al derecho que les asiste de limitar el ejercicio del Notariado a personas nacionales de sus Estados. Esto debido a que, como se ha dicho, más allá de la actividad del notario como persona, la función notarial es pública, aunque los notarios no sean funcionarios públicos; porque existe una cesión de la soberanía del Estado para que los actos que se celebren en su presencia estén revestidos de fe pública y porque esta condición les otorga seguridad y certeza jurídica a las manifestaciones de voluntad, lo cual, es un medio para garantizar la paz social y el acceso a la justicia, entre otros derechos.

Como es sabido por la honorable Corte, el acto unilateral de voluntad de un Estado en el marco de un régimen internacional, no constituyen un parámetro para establecer que dicha costumbre ha variado. En el presente caso, las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por la Sala Constitucional de la República de Costa Rica no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad, debido a que no hay prueba de una aceptación de ese acto como reformador de esta norma consuetudinaria.

Además del régimen internacional que instituye la participación en la Unión Internacional del Notariado Latino, es importante recordar a la honorable Corte que los 17 Estados que cuentan con normas relativas a la nacionalidad como requisito habilitante para el ejercicio del Notariado en sus respectivas jurisdicciones forman parte del régimen internacional creado por el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Así, inclusive al amparo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los Estados han desarrollado y mantenido estas normas como una costumbre basada en un derecho soberano.

La limitación de acceso al ejercicio de funciones específicas no es exclusiva del Notariado Latino. Así, por ejemplo, el artículo 52.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que los jueces que integren la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser “nacionales de los Estados miembros de la Organización [de los Estados Americanos]” con lo cual se limitó el derecho a acceder a ese cargo a los juristas de nacionalidad cubana hasta el año 2009, incluso cuando estos tuvieran la más alta autoridad moral, reconocida competencia en

³⁷ Bernal Gómez, Daniel Rigoberto. *La costumbre internacional*. <https://repository.usta.edu.co/jspui/bitstream/11634/24150/2/Capitulo16costumbre2020danielbernal.pdf>

materia de derechos humanos y reunieran las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley cubana. Asimismo, impide la designación como jueces interamericanos de las personas nacionales de Estados ajenos a la región.

De acuerdo con Nuño:

Dado que la CADH no hace distinciones en razón de la nacionalidad de las personas candidatas, cualquier persona proveniente de alguno de los treinta y cinco Estados miembros de la OEA puede ser juez o jueza. Esta potestad se ha visto reflejada en la práctica de la elección de quienes han integrado la Corte IDH desde sus inicios. Hasta el momento, ha habido jueces de 16 nacionalidades diferentes, incluyendo a tres países que aún no son parte de la CADH (Barbados, Estados Unidos y Jamaica). Ello en principio daría cuenta de la voluntad estatal de respetar la distribución geográfica de la Corte IDH.³⁸

La limitación al acceso al ejercicio de alguna profesión con una función pública por su nacionalidad no es establecida en atención a las características personales de las personas que se encuentran en condición de extranjeras; sino para asegurar fines más altos que, en el caso del Notariado, se relacionan con la naturaleza pública de la función notarial y el derecho a gozar de certeza y seguridad jurídicas de las personas.

Conclusiones

14. El Notario de corte latino, es un profesional del derecho, titular de una función pública, otorgada por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios.

15. 20 de los 35 Notariados de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos, forman parte de la Unión Internacional del Notariado Latino, de los cuales 18 reconocen la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y conforme a los estándares interamericanos de derechos humanos y la Legislación interna de cada Estado, han establecido los procedimientos y condiciones como requisito habilitante para ejercer el notariado, que sea nacional de cada país.

16. Para valorar la idoneidad de contar con la nacionalidad guatemalteca como requisito habilitante para el ejercicio del notariado, debe observarse el régimen internacional al que está sometido el Estado de Guatemala, así como el contexto regional aplicable.

17. La función que realiza el notario guatemalteco se encuentra enmarcada en el Notariado de tipo latino y su actuación se encuadra en la jurisdicción no contenciosa, es imparcial e

³⁸ Nuño, Alejandra. Organización y composición de la Corte IDH (artículos 52 a 54 de la CADH), en Steiner, Christian y Fuchs, Marie-Christine (eds.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario (2ª ed.)*. Bogotá, Editorial Nomos, 2019.

independiente, no está situado en la jerarquía administrativa de los funcionarios del Estado, sin embargo, ejerce una función pública por medio de la fe pública que le otorga el Estado y en consecuencia tiene la autoridad de éste.

18. La nacionalidad como requisito habilitante para el ejercicio del notariado, no está referida a limitar derechos humanos a la persona humana, sino la naturaleza pública de la función notarial y el derecho de las personas que requieren sus servicios a gozar de certeza y seguridad jurídica.

Peticiones

19. Se tenga por presentado este escrito de *Amicus Curiae* por parte de las personas identificadas en el apartado respectivo a título personal y como miembros de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

20. Se valoren los criterios y argumentos presentados en este escrito en las consideraciones que haga la honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso Hendrix Vs. Guatemala.

Lorena Isabel Flores Estrada; Luis Felipe Lepe Monterroso; Edgar Raúl Sánchez Vargas;
Axel Ottoniel Maas Jácome; Ovidio David Parra Vela; Claudia María Godínez Soto;
Nery Roberto Muñoz; Mayra Yojana Veliz López; Maritza Gricel Murcia y
Francisco Javier Urizar Pérez

Derechos de Autor (c) 2023 Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial



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 XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**LA ADOPCIÓN DE RESOLUCIONES EN FORMATO DE LECTURA
FÁCIL POR PARTE DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE
LA REPÚBLICA DE GUATEMALA EN LOS CASOS EN QUE SE
DECIDA ACERCA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y
PERSONAS CON DISCAPACIDAD COGNITIVA**

Diego Enrique Amézquita Donadío



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.124>

La adopción de resoluciones en formato de lectura fácil por parte de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala en los casos en que se decida acerca de los derechos de niños, niñas y personas con discapacidad cognitiva

Diego Enrique Amézquita Donadío
Corte de Constitucionalidad

“Ninguna persona con discapacidad debería encontrarse con un sistema que imponga barreras, sino con uno que acompañe, garantice y repare con una perspectiva de derechos humanos y de discapacidad”

Arturo Zaldívar¹

Introducción

Dentro del ámbito jurídico guatemalteco no resulta raro oír que: *“el juez habla, mediante sus resoluciones”*. Expresión que, pese a ser coloquial, a criterio de quien redacta estas líneas, posee un significado relevante, ya que de forma implícita alude a diversos factores que debe observar la autoridad judicial, para el correcto desempeño de la función que le ha sido encomendada. No obstante, el verdadero motivo, por el que se inicia este trabajo con esa frase, radica en un cuestionamiento que surge a partir de tal oración, siendo este: ¿a quién ‘le habla’ el juez en sus resoluciones?, debido a que, si bien, podría considerarse que es a los justiciables, siendo honestos, muchas veces, la tecnicidad del lenguaje utilizado, lo extenso del pronunciamiento, el desconocimiento de la ley y otra infinidad de factores, genera que no lleguen a comprender del todo lo resuelto, ocasionando esto que necesiten que su abogado auxiliante, sume a su lista de actividades, la de convertirse en una especie de traductor o simplificador del pronunciamiento y en otros casos, sencillamente, optan por centrar toda su atención en el apartado resolutivo e ignoran lo argumentado en el segmento considerativo.

En ese contexto, si lo relatado previamente sucede con personas en edad adulta y sin ningún tipo de problema cognitivo, surge la pregunta sobre ¿qué puede esperarse en aquellos casos en los

¹ Palabras del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la presentación de la “Guía para elaborar sentencias en formato de lectura fácil dirigidas a personas con discapacidad intelectual”.

<https://www.scjn.gob.mx/derechoshumanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/202212/Gu%C3%A1a%20para%20elaborar%20sentencias%20en%20formato%20de%20lectura%20f%C3%A1cil%20para%20pcd%20intelectual.pdf>

que los pronunciamientos judiciales van dirigidos a personas en condiciones de vulnerabilidad?², a lo que, únicamente, puede colegirse que estos se convierten en meros espectadores o en el plano más optimista, actores secundarios, de casos en los que se decide sobre sus propios intereses. Esto toda vez que, quién no logra comprender lo que está pasando, no puede tener una intervención relevante.

Por lo que, ante tal problema, en otras latitudes hace algunos años se ha optado por incorporar a las resoluciones judiciales el denominado formato de fácil lectura, el cual es un método de redacción, que parte del reconocimiento de la existencia de personas con condiciones que les dificulta la comprensión lectora, buscando hacerles accesible la información escrita, mediante una redacción clara y desprovista de formalismos, a efecto de garantizar su participación en la toma de decisiones que los involucren y así garantizarles un verdadero acceso a la justicia, en igualdad de condiciones.

De ahí que, ante la novedad e importancia que conlleva el formato de fácil lectura en los pronunciamientos judiciales (y considerando que en este confluyen diversos tópicos abordados en el diplomado, tales como derechos fundamentales, obligaciones internacionales y argumentación jurídica), se tomó como tema de la presente monografía de investigación, en la que siguiendo el método deductivo, se pretende abordar lo concerniente a: su concepto; a quién va dirigido; una sucinta exposición de cómo surgió y algunos de sus usos más relevantes; cómo se ha utilizado el referido formato en el plano jurídico; los motivos por los que, a juicio del autor de este trabajo, tal método debe aplicarse en el contexto guatemalteco y aspectos a considerar por Corte de Constitucionalidad para su aplicación, en aquellos casos donde se decida acerca de los derechos de niños, niñas y personas con discapacidad cognitiva.

Definición de formato de lectura fácil

- **La Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos** indicó al emitir el fallo hito identificado como amparo en revisión 159-2013, que la lectura fácil “es un formato dirigido mayormente a personas con una discapacidad que influye en su capacidad de leer, o comprender un texto. Debido a ello, tal formato se realiza bajo un lenguaje simple y directo, en el que se evitan tecnicismos, así como conceptos abstractos,

² En cuanto al concepto persona en condiciones de vulnerabilidad, se comparte el expuesto en la regla tres (3) de las Reglas de Brasilia sobre acceso a justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, referente a que: “*se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico*”.

ello mediante el uso de ejemplos. Por tanto, en el mismo se deberá emplear un lenguaje cotidiano, personificando el texto lo más posible”³.

- **El gobierno de la República de Argentina** refiere que el formato de lectura fácil es: “una técnica de redacción, adaptación y publicación de textos. Promueve el acceso a la información y la comprensión de textos escritos”.⁴
- **La Asociación Española de Normalización**, en el año dos mil dieciocho, emitió la norma UNE de Lectura Fácil, en la que se establece que el formato de lectura fácil es: “un método que recoge una serie de pautas y recomendaciones relativas a la redacción de textos, al diseño, maquetación de documentos y a la validación de la comprensibilidad de los mismos, destinados a hacer accesible la información para las personas con dificultades de comprensión lectora”⁵.
- **La Asociación Europea ILSMH (Liga Internacional de Asociaciones de Personas con Discapacidad Intelectual, por sus siglas en inglés)** [ahora denominada Asociación Inclusión Europe] ha definido la lectura fácil como: “informaciones escritas de una manera sencilla para que las personas con discapacidad intelectual puedan comprenderlas”⁶.
- **Margarita Mejía Umaña** (socia fundadora de la Asociación Palabras Claras, entidad sin ánimo de lucro que trabaja en el estudio, adaptación y difusión de metodologías que hagan accesible la lectura a personas cuya capacidad lectora no ha sido desarrollada en su totalidad, por una u otra razón), durante su intervención como experta en la audiencia pública que se realizó, en cuanto al proyecto de ley 088-2022⁷ del Congreso de la República de Colombia, indicó que la lectura fácil “es una herramienta de accesibilidad cognitiva creada con el propósito de hacer más accesible la información escrita a todas las personas, en especial, a aquellas que por una u otra razón presentan dificultades lectoras”.

³ Sentencia en formato de lectura fácil dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (de los Estados Unidos Mexicanos), el 16 de octubre de 2013, dentro del Amparo en revisión 159/2013.

http://www.bj.scjn.gob.mx/doc/sentencias_publicas/TEL3ngB_UqKst8occMJ/159%252F2013%20lectura%20facil

⁴ <http://www.argentina.gob.ar/justicia/lecturafacil>

⁵ La Norma UNE 153101:2018 EX Lectura Fácil. Pautas y recomendaciones para la elaboración de documentos.

⁶ <http://www.inclusion-europe.eu/es/diccionario/#LF>

⁷ Proyecto que sirve de antecedente y del cual las opiniones de los expertos rendidas en la audiencia pública celebrada, se recogieron en la exposición de motivos del proyecto de ley 135-2023C “*Por medio del cual se establecen los Formatos de Sentencias de Lectura Fácil, se establecen medidas para promover y difundir el uso del Lenguaje Claro y se dictan otras disposiciones*”, mismo que se encuentra en discusión en la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia. <https://www.camara.gob.co/lectura-facil>

De las definiciones apuntadas con anterioridad, se colige que el formato de lectura fácil es un método de redacción, que busca adaptar⁸ los textos, a efecto de hacerlos entendibles para aquellas personas que no poseen comprensión lectora, especialmente, cuando esto es ocasionado, porque tienen algún nivel de discapacidad cognitiva.

¿A quién va dirigida la lectura fácil?

Usualmente, existe en el imaginario colectivo la creencia que la lectura fácil es únicamente para las personas con discapacidad cognitiva y, si bien, el método aludido encuentra una mayor utilidad práctica en dichas personas, como se refirió al brindar una definición propia, la lectura fácil se dirige⁹ a todos aquellos segmentos poblacionales que no poseen una correcta comprensión lectora.

A efecto de evidenciar, los diferentes grupos sociales que pueden resultar beneficiados de la aplicación de los formatos de lectura fácil, se hará una exposición de los mismos, utilizando la clasificación base realizada por Óscar García Muñoz¹⁰.

- **Personas con discapacidad cognitiva o intelectual:** la Asociación Americana del Retardo Intelectual (*American Association of Mental Retardation / AAMR*) expuso en dos mil dos que la discapacidad intelectual “es una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas tanto en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, tal como se ha manifestado en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas. Esta discapacidad comienza antes de los dieciocho años”¹¹.
- **Grupos con dificultades cognitivas:** esta categoría incluye a las personas que tienen alguna condición que afecta su esfera cognitiva, es decir, su memoria, atención, aprendizaje, etc. Según, García Muñoz, aquí clasifican:

⁸ Se optó por el término “adaptar” por compartir lo expuesto por Bror Tronbacke, ex director de la Fundación Lectura Fácil de Suecia, en cuanto a que: “la lectura fácil no es una traducción, ni un resumen o una selección de párrafos del original. Tampoco se trata de hacer un libro de texto o ser pedagógico (...) la adaptación es un proceso difícil, puesto que a la comprensión lectora hay que unir el mantenimiento de la atmósfera y el sentido del autor original. Por lo tanto, la adaptación es una recreación del original...”. García Muñoz, Oscar. (2014). Guía Práctica para la inclusión educativa: Lectura fácil. Pág. 10. Publicación del Centro Nacional de Innovación e Investigación y Editado por el por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.

⁹ **Nota de aclaración:** si bien la lectura fácil va dirigida a los grupos poblacionales con algún tipo de dificultad para comprender lo que leen, no puede obviarse que, al ser un medio facilitador de la accesibilidad a la información escrita, es un beneficio para toda la población, pues crea condiciones equitativas, en búsqueda de una igualdad material entre los ciudadanos.

¹⁰ García Muñoz, Oscar. **Op. Cit** 11.

¹¹ Peredo Vide, Rocio de los Angeles. (2016). Comprendiendo la discapacidad intelectual: datos, criterios y reflexiones. Revista de Investigación Psicológica (15), 101-122. Revisado en 03 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2223-3032201600100007&lng=es&tlng=es

- Personas mayores, por la pérdida de capacidades de memoria.
 - Personas mayores que desarrollan trastornos mentales.
 - Personas que han sufrido daño cerebral.
 - Personas con retraso en la aparición del leguaje.
 - Personas con trastornos de atención e hiperactividad.
- **Personas sordas:** a quienes, por su condición, se les dificulta de mayor manera la comprensión lectora.
- **Personas con situaciones transitorias:** en este segmento se incluyen, los siguientes grupos:
- Analfabetas. En el caso de Guatemala, según el censo 2018, el índice de analfabetismo es de 18.5%, lo que equivale a 2.3 millones de habitantes que no saben leer ni escribir¹².
 - Personas que no hablan español. En este grupo, se incluye tanto a extranjeros que transitan o radican en el país sin conocer el idioma oficial, como a propios guatemaltecos a los que el español se les dificulta o lo desconocen, por no ser su primer idioma¹³.
 - Niños y niñas. Su inclusión en este grupo, atiende netamente al hecho de que sus capacidades cognitivas, aún se encuentran en desarrollo, por lo que, se les debe de brindar las herramientas necesarias que maximicen el entendimiento de los textos de su interés.

Breve relato del surgimiento y evolución del formato de lectura fácil

Según la cronología histórica de la lectura fácil, realizada por la Asociación Plena Inclusión España¹⁴, se advierte que, el formato de lectura fácil surgió en Suecia, en la década de los sesenta, cuando un grupo multidisciplinario de profesionales advierte la nula existencia de material destinado a personas con deficiencia para la comprensión lectora. Por lo que, deciden trabajar en el desarrollo de textos literarios fáciles de entender lingüísticamente pero que

¹² <https://www.unesco.org/es/articles/alfabetizacion-y-pandemia-renovacion-de-compromiso-de-colaboracion-entre-la-unesco-y-conalpa>
para#:~:text=En%20Guatemala%2C%20de%20acuerdo%20con,sin%20acceso%20a%20la%20educaci%C3%B3n.

¹³ Debe tomarse en cuenta que, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Idiomas Nacionales, Decreto 19-2003 del Congreso de la República de Guatemala, si bien el español es el idioma oficial. El Estado reconoce, promueve y respeta los idiomas de los pueblos Mayas, Garífunas y Xinka.

¹⁴ https://www.plenainclusion.org/sites/default/files/cronologia_historica_de_la_lectura_facil.pdf

mantuvieran su sustancia. Así, en mil novecientos sesenta y ocho, surge con el apoyo de la Agencia Nacional de Educación, el Centro de Lectura Fácil, ente que en ese mismo año publicó el primer libro en formato de lectura fácil.

Posteriormente, en el año de mil novecientos ochenta y cuatro, surge también en Suecia, el primer periódico en formato de lectura fácil, conocido como “8 Sidor” (8 Páginas, en español), un semanal de suscripción en formato de fácil lectura, que aún está en circulación. De ahí que, sea posible advertir que, si bien la idea original era la adaptación de material literario, esto poco a poco, se fue extendiendo a diversos tipos de texto.

En mil novecientos noventa y siete, se publican las “*Directrices para materiales de lectura fácil*” de la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (The International Federation of Library Associations and Institutions (FILA), las cuales tenían por propósitos principales “1) describir la naturaleza y necesidad de las publicaciones de la lectura fácil; 2) identificar los principales grupos objetivos de estas publicaciones y 3) ofrecer sugerencias a los editores de materiales de lectura fácil y aquellas organizaciones y agencias que apoyan a personas con discapacidad para leer...”¹⁵.

El año siguiente, la Asociación Europea ILSMH (Liga Internacional de Asociaciones de Personas con Discapacidad Intelectual) [en la actualidad, denominada *Inclusion Europe*] publicó “El camino más fácil, Directrices Europeas para Generar Información de Fácil Lectura Destinada a Personas con Retraso mental”¹⁶, documento que aborda, específicamente, las necesidades de aquellas personas, cuya comprensión lectora se ve afectada por la discapacidad cognitiva (antes conocida como retraso mental) u otro tipo de discapacidad, dado que sus situación difiere abismalmente de otros casos en los que se presenta un escaso entendimiento de lo que se lee.

Las directrices mencionadas, han servido de base en distintas partes del mundo para la aplicación de la metodología referida, en búsqueda de la inclusión de las personas con situaciones que les dificulta una debida comprensión de la información escrita.

Otro hecho relevante, es la publicación en España, en el año dos mil dieciocho, de la primera norma de calidad en el mundo, relacionada con la aplicación del formato de lectura fácil, la norma UNE¹⁷ 153101:2018 EX Lectura Fácil. Pautas y recomendaciones para la elaboración de documentos.

¹⁵ <https://www.ifla.org/wp-content/uploads/2019/05/assets/hq/publications/professional-report/120-es.pdf>

¹⁶ <https://www.lecturafacil.net/media/resources/ILSMHcastellà.pdf>

¹⁷ Las normas UNE (el acrónimo alude a Una Norma Española) son reglas técnicas utilizadas por las organizaciones de manera voluntaria, como garantía para probar la calidad y seguridad de sus actividades, servicios y productos.

El formato de lectura fácil en el plano jurisdiccional

De lo relatado anteriormente, se advierte que el surgimiento y desarrollo de la metodología de la lectura fácil se da primordialmente en Europa y de ahí se extendió por todo el orbe. No obstante, en lo que respecta a su aplicación en el plano jurisdiccional es América Latina, la que juega un papel trascendental.

- México:

Fue allí donde surgió, por primera vez, un fallo judicial en formato de lectura fácil. La sentencia a la que se hace mención, se emitió en el dieciséis de octubre de dos mil trece, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁸, dentro del expediente identificado como Amparo en revisión 159/2013¹⁹ y en lo que respecta al tema en cuestión, argumenta que: “el acceso pleno de las personas con diversidades funcionales intelectuales a las sentencias emitidas por los juzgadores, no se agota con permitir que tengan conocimiento de las mismas, sino que es *un deber de los órganos jurisdiccionales implementar formatos de lectura fácil, a través de los cuales dichas personas puedan comprender lo resuelto en un caso que afecta su esfera jurídica. En consecuencia, cuando un juzgador conozca de un asunto en el cual las resolución verse sobre una persona con alguna diversidad funcional, deberá redactar la misma bajo el formato de lectura fácil*, misma que no sustituye a la estructura tradicional de las sentencias, ya que se trata de un complemento de la misma, lo cual es acorde al modelo social contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad...”²⁰. (El resaltado es propio).

A partir de tal resolución, en México se han dictado diversos fallos en modelo de lectura fácil, tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como por Jueces y Juezas Distritales. Incluso, debe señalarse que el máximo órgano de justicia federal emitió en el año dos mil veintidós, la “Guía para elaborar sentencias en formato de lectura fácil dirigida a personas con discapacidad intelectual”, la cual contiene pautas y recomendaciones de redacción, a efecto de que los operadores de justicia cuenten con las herramientas necesarias para la adaptación a este formato de los fallos tradicionales.

¹⁸ El proyecto fue presentado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

¹⁹ El caso en cuestión versó en relación a la petición de una persona mayor de edad con discapacidad cognitiva [tiene trastorno de Asperger], quien se encontraba bajo la tutela de sus padres por habersele declarado en estado de interdicción. No obstante, el consideraba que tal situación restringía totalmente su capacidad jurídica, pues lo privaba de la toma de sus decisiones y que era contrario a lo regulado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁰ **Op. Cit** Sentencia en formato de lectura fácil dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (de los Estados Unidos Mexicanos), el 16 de octubre de 2013, dentro del Amparo en revisión 159/2013.

- Argentina:

Otro caso, digno de mencionar es el de Argentina, país en el que el formato de lectura fácil se ha aplicado desde hace años en materia educativa, a efecto de reducir la brecha, en la enseñanza de las personas con discapacidad. Sin embargo, en los últimos años, la referida metodología ha sido promovida por el gobierno, específicamente, por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con la iniciativa “Derecho fácil”, que basándose en el lema “Todas las personas pueden leer y disfrutar un texto en lectura fácil” ha optado por la publicación de textos jurídicos (Convenios, leyes y disposiciones gubernamentales) en el referido formato de fácil entendimiento²¹, para que todos conozcan y comprendan sus derechos, entre los documentos que se han adaptado y están a disposición para ser consultados²², se encuentran: la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución Argentina.

En cuanto a la experiencia, en este país, también debe reconocerse que ha dado carácter de ley al uso del lenguaje de fácil comprensión, siendo una de las emitidas, la ley 15.184, para la promoción del uso y desarrollo del lenguaje claro en los textos legales y formales en la provincia de Buenos Aires.

También debe resaltarse la emisión de sentencias en formato de fácil lectura en el caso de niños²³.

- Colombia:

El caso colombiano igualmente merece ser mencionado, pues en este país se presentó una iniciativa de ley, que actualmente, se está discutiendo en el Congreso de la República y que tiene por objeto: “establecer los formatos de sentencia de lectura fácil que tendrán aplicación ante la jurisdicción ordinaria, jurisdicción de lo contencioso administrativo, jurisdicción constitucional y disciplinaria, así como las autoridades administrativas cuando estas cumplan funciones judiciales y en los proceso arbitrales...”²⁴.

En cuanto a tal proyecto de ley, si bien cuenta con el respaldo de diferentes sectores de la población y especialistas que ven en ella una forma de aproximar a todos los ciudadanos a la justicia, no se han dejado de generar puntos en contra, como el que expone Jorge Luis Trujillo Alfaro, Magistrado Presidente del Consejo Superior de la Judicatura en relación a que “el proyecto de ley genera una posible afectación a la independencia judicial, pues según la ley 270 de 1996

²¹ Al respecto, se especifica que, los textos adaptados tienen un carácter divulgativo, orientativo e informativo y no reemplaza la versión original de la ley.

²² <http://www.argentina.gob.ar/justicia/lecturafacil>

²³ Ejemplo de tal situación se dio con un fallo de la Sala II del Tribunal de Familia del Poder Judicial de Jujuy. <https://www.justiciajujuy.gov.ar/justiciajujuy/index.php/item/3100-una-familia-recibio-en-guarda-preadoptiva-a-cuatro-hermanitos-la-sentencia-fue-escrita-usando-tecnicas-de-lenguaje-claro-y-lectura-facil-que-permitio-a-la-jueza-explicarle-a-los-ninos-el-trabajo-realizado>

²⁴ Artículo 1 del proyecto de ley 135-2023c, que se discute en la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia. <https://www.camara.gob.co/lectura-facil>

‘ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones (...) que deba adoptar en sus providencias’ y el proyecto impone a los jueces establecer un formato de lectura fácil adicional a su decisión judicial. Además, el proyecto podría incrementar la congestión en los despachos judiciales...”²⁵

¿Es aplicable el formato de lectura fácil en Guatemala?

En los párrafos anteriores, se ha buscado brindar un acercamiento teórico al formato de lectura fácil, así como evidenciar qué uso se le ha dado en el plano jurídico en otros países, pero todo esto nos lleva a un cuestionamiento trascendental ¿puede aplicarse dicho método en Guatemala, específicamente, en las sentencias de amparo? Y ante tal interrogante la respuesta es sí, sí se puede y no solo se puede, se debería de aplicar, ya que la lectura fácil no es una tendencia en el mundo jurídico, sino una obligación, que busca generar equidad e igualdad en el acceso a la información (en lo que respecta a este trabajo, la jurídica), a quienes por sus condiciones cognitivas se les dificulta su comprensión.

En ese contexto, cabe precisar que, la obligación aludida encuentra sustento en los siguientes aspectos:

- **El cumplimiento de las obligaciones Internacionales contraídas por el Estado de Guatemala:** Guatemala ha ratificado diversos instrumentos internacionales que le exigen asumir todas las medidas necesarias para hacer efectivos los Derechos Humanos, entre los que, se encuentran el acceso a la información y el acceso a la justicia. Sin embargo, tomando en cuenta, la especificidad de los sectores poblacionales compuestos por las personas con discapacidad y los niños y niñas, se podrían citar como ejemplo de obligaciones internacionales, que sirvan de base para la aplicación del formato de lectura fácil, las siguientes:
 - **La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**²⁶
 - Artículo 4, literal a), regula: “Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”.

²⁵ Argumentos rendidos en la su intervención en la audiencia pública que se realizó, en cuanto al proyecto de ley 088-2022, el cual sirve de antecedente y del cual las opiniones de expertos se recogieron en la exposición de motivos del proyecto de ley 135-2023c, que se encuentra en discusión en la Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia. <https://www.camara.gob.co/lectura-fácil>

²⁶ Ratificada por el Estado de Guatemala en 2008.

- Artículo 5, numeral 3), que establece: “A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Parte adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.
- Artículo 13, numeral 1), que preceptúa: “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan accesos a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

- **La Convención sobre los Derechos del Niño²⁷:**

- Artículo 4: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención...”.
- Artículo 12, numeral 1): “Los Estados Partes garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño”.
- Artículo 13, numeral 1): “El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño”.

- **Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad²⁸:**

- 51: “Se promoverán las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad”.

²⁷ Ratificada por el Estado de Guatemala en 1990.

²⁸ Dichas Reglas fueron suscritas por Guatemala, por medio de la Corte Suprema de Justicia, en la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en 2008.

- 52. “Cuando la persona vulnerable participe en una actuación judicial, en cualquier condición, será informada sobre los siguientes extremos: la naturaleza de la actuación judicial en la que va a participar; su papel dentro de dicha actuación; el tipo de apoyo que puede recibir en relación con la concreta actuación, así como la información de qué organismo o institución puede prestarlo”.
 - 53. “Cuando sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos: el tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales; los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso; la forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente y el tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo”.
 - 60. “En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico”.
- **Materialización de los derechos y obligaciones del Estado, regulados en la Constitución Política de la República de Guatemala:** la Constitución, entre otros aspectos, contiene nuestros derechos como personas y las obligaciones del Estado, en ese sentido, partiendo de un análisis del Texto Supremo de nuestro ordenamiento jurídico, podríamos sustentar la aplicabilidad del formato de lectura fácil, en atención a lo siguiente: el artículo 4º de la Norma Fundamental, regula que: “En Guatemala todos seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...”, respecto del sentido de igualdad que protege la norma constitucional, la Corte de Constitucionalidad ha expresado que: “consiste en que no deben establecerse excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, sean estas positivas o negativas; es decir, que conlleven un beneficio o un perjuicio a la persona sobre la que recae el supuesto contemplado en la ley”²⁹. Así pues, la aplicación del formato de lectura fácil vendría a generar una situación de igualdad, para las personas con discapacidad cognitiva y los niños y niñas, en cuanto al ejercicio del derecho de acceso a la justicia, consagrado en el artículo 29 de la Constitución y sobre el que el máximo Órgano de Justicia Constitucional ha manifestado que: “El acceso a la justicia (...) impone que por medio de un proceso judicial sea un tercer con potestad jurisdiccional (el juez) quien decida la solución del conflicto de intereses sometidos a su conocimiento. Para la debida emisión de la decisión, se requiere de manera previa e inescindible (...) que a las partes se les

²⁹ Se sostuvo en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 02 de diciembre de 2010, dictada dentro del expediente 2377-2009.

hubiera garantizado la plena oportunidad de formular argumentaciones jurídicas y que una vez argüidas estas, ello permita que las mismas puedan ser tomadas en cuenta al momento de emitir el acto decisorio correspondiente...³⁰, lo cual guarda estrecha relación con el debido proceso, parte de las garantías implícitas en el artículo 12 del Texto Supremo, el que: “no se agota con el simple cumplimiento de las fases que conforman los procesos -cualquiera que sea su índole-, pues es necesario que en cada una de ellas se respeten los derechos que la ley confiere a las partes de acuerdo al derecho que ejercitan. De ahí que, en la sustanciación de un proceso bien podrían consumarse todas las etapas necesarias para su tramitación pero, si en una o varias de ellas se impide o veda a las partes el uso de un derecho, ello se traduce en violación del debido proceso³¹, debido a que, de esta manera realmente se concretaría la oportunidad que debe poseer todo ciudadano, en cuanto a conocer, entender y participar activamente en la sustanciación de los asuntos de índole judicial o Constitucional en que deban de intervenir.

En congruencia con lo anterior, la aplicación del formato de lectura fácil sería también una forma de cumplir la obligación regulada en el artículo 2° de la Constitución, en cuanto a garantizar a los habitantes de la República de Guatemala el acceso a la justicia, sobre todo, considerando que: “la obligación de garantizar la justicia, conlleva el deber [del Estado] de adoptar las medidas pertinentes para hacerlo y según lo demanden sus necesidades y condiciones del momento, lo cual general el principio de seguridad jurídica, que consiste, esencialmente, en la confianza que tiene el ciudadano hacia el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho, al marco legal dentro del cual se toman las decisiones individuales, por esto es importante que dicho marco sea confiable, estable y predecible. También se ha afirmado que la seguridad jurídica se refiere al sistema establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas (...), que son claras, que tienen cierta estabilidad y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo; este principio también abarca el conocimiento que tienen los sujetos en cuanto a la ley que regirá (...) ya que los sujetos de derecho deben poder desenvolverse con pleno conocimiento de las consecuencias de sus actos y el marco regulatorio que los rige...”³².

- **El formato de lectura fácil como herramienta para una motivación desde el denominado “Derecho a comprender”:** la argumentación jurídica, desde el plano del quehacer del juez, se ve materializada en la motivación de sus pronunciamientos, la que consiste en la exposición clara y precisa de las razones de hecho y de Derecho en que se basó para arribar a la decisión que emite. En ese sentido, todo juez, tiene la obligación de motivar sus resoluciones, a efecto de cumplir con la garantía de la debida tutela judicial,

³⁰ Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de 26 mayo de 2005, dentro del expediente 320-2005.

³¹ Sentencia de la de la Corte de Constitucionalidad de 16 de enero de 2000, dentro de los expedientes acumulados 491 y 525-2000.

³² Sentencia de la Corte de Constitucionalidad 26 de noviembre de 2015, dictada dentro del expediente 476-2015.

contenida en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala La obligación aludida, atiende a que de este modo, mediante la argumentación, los órganos jurisdiccionales hacen saber a las partes el porqué de sus criterios, garantizando así que la decisión tiene un fundamento de carácter legal y que sus argumentos fueron tomados en cuenta (lo que no debe confundirse con que serán acogidos), a efecto de erradicar del imaginario social, la ideal del actuar despótico de parte del poder público.

Así pues, la motivación tiene una función que podemos calificar como bi-dimensional, ya que por un lado está la referida anteriormente que, alude a que las partes que intervienen tengan el control del proceso, a efecto de que, si así lo desean puedan impugnar esa decisión [función endoprocesal], pero también hay otra función y es la atinente a que, por medio de la motivación, se da a conocer a la generalidad las decisiones judiciales, aspecto que genera la legitimación en los jueces y, por ende, en el sistema de justicia [función extraprocesal].

Ahora bien, es innegable que a pesar del deber ser de la motivación, está se ha visto afectada por un problema que atañe al mundo jurídico y, especialmente, en el campo del pronunciamiento jurisdiccional y es el denominado “hermetismo lingüístico”, término que hace referencia a la poca democratización del lenguaje utilizado en las resoluciones judiciales y es que, a los profesionales del Derecho parece olvidárseles que las regulaciones legales no sólo les incumben a ellos sino a toda la población, que debe regir su vida en sociedad por lo dispuesto en las mismas. Así pues, a manera de contrarrestar esta práctica usual ha surgido desde la teoría, una nueva propuesta, a la que se le ha denominado “el derecho a comprender”, que busca mediante la utilización de un lenguaje técnico, pero con determinadas matizaciones que lo hagan entendible, dar la oportunidad al ciudadano que no conoce el Derecho (o al menos, el lenguaje jurídico) para poder entender lo que se ha resuelto. Pues, como refiere Milagros Otero Parga, al abordar lo referente a la necesidad de una retórica agradable en el ámbito judicial “Podría pensarse que este requisito es innecesario por superfluo. Pero en realidad no es así porque con independencia del hecho de que el Derecho no ofrece consejos, sino que impone mandatos, el ser humano es un ser racional que se sentirá más y mejor dispuesto a cumplir los preceptos del ordenamiento jurídico si entiende el sentido de los mismos porque le han sido explicados en forma adecuada, correcta y por qué no agradable”.³³

Así pues, la aplicación del formato de lectura fácil, podría servir en Guatemala para llevar a la práctica ese derecho de comprender, así como potenciar la función extraprocesal a segmentos poblacionales [niños, niñas y personas con discapacidad cognitiva] a la que esta no ha llegado, por lo complejo del lenguaje.

³³ Otero de Parga, Milagros. (2014). “Cuestiones de Argumentación Jurídica”. Pág. 197. Editorial Porrúa. México.

Aspectos a considerar para la aplicación por parte de la Corte de Constitucionalidad del formato de lectura fácil en los casos en que deba decidirse acerca de los derechos de niños, niñas y personas con discapacidad cognitivas

- En primer lugar, para la implementación del formato de lectura fácil por parte de la Corte de Constitucionalidad, dicho órgano de defensa constitucional podría hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 165 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, referente a reglamentar los aspectos de su funcionamiento. Ello, a efecto de que existan pautas claras en cuanto a cómo y cuándo se aplicará dicha herramienta. Aunado a que, de este modo, se evitarían posiciones contrarias a su aplicación [como ya se indicó, está sucediendo en Colombia, dónde los Jueces estiman que la “imposición” de esta metodología por medio de una ley, constituye una invasión del órgano legislativo en sus atribuciones].
- Se podría seguir el ejemplo de los Estados Unidos Mexicanos y de la República de Argentina, en cuanto a precisar que la emisión de resoluciones en formato de lectura fácil, no sustituye los pronunciamientos tradicionales, sino que viene a complementarlos, en determinados casos, a efecto de buscar equidad en cuanto al ejercicio del derecho de acceso a la justicia.
- Designar una unidad específica³⁴, encargada de la adaptación de los textos tradicionales a formato de lectura fácil, la cual debería integrarse por un grupo multidisciplinario que incluya: especialista en lectura fácil, abogado especialista en Derechos Humanos, abogado con experiencia en la redacción de proyectos de autos y sentencias e incluir, profesionales en pedagogía y psicología, los cuales coadyuvarían a determinar el nivel de lenguaje requerido, según el caso particular, pues como se ha dicho, este formato tiene por finalidad, brindar comprensibilidad al mensaje, pero tal circunstancia solo se consigue adaptando la información a las necesidades específicas del receptor.
- En lo que respecta a la redacción de los pronunciamientos en formato de lectura fácil, debe tenerse presente que, no constituye, un simple resumen o selección de párrafos, es una adaptación del texto tradicional, por lo que, este ejercicio requiere además de la sensibilidad y capacidad para hacer entendible la información, un grado alto de comprensión del asunto que se resolvió, a efecto, de realmente captar su esencia y exponerla a través de un lenguaje desprovisto de formalismos innecesarios.

³⁴ Previamente en la Corte de Constitucionalidad existía una dependencia denominada “Unidad de Atención a Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”, la cual de continuar y haberse especializado en el tema, pudo haber sido la encargada de ese proyecto, ya que era congruente con su objetivo, el cual, según lo regulado en el artículo 2º del Acuerdo de su creación (Acuerdo 199-2018) de la Corte de Constitucionalidad era: “atender de manera especializada la aplicación correcta de la normativa convencional, nacional e internacional, en aquellos relacionados a personas en condiciones de vulnerabilidad y se identifiquen relaciones asimétricas de poder, discriminación, prejuicios, estereotipos o cualquier otra acción, creencia o actitud que afecte negativamente el ejercicio de sus derechos humanos, con la finalidad de fomentar una cultura de inclusión y respeto a los derechos humanos”.

- Tomar en cuenta que la lectura fácil pretende acercar la información a ciertos sectores poblacionales, por ello, a veces es necesario brindar una explicación de qué es o a qué se refieren ciertos términos que pueden tener una vital importancia en su desarrollo, su desenvolvimiento en sociedad o para el correcto ejercicio de sus derechos.
- Tomar en consideración que la redacción clara que se busca en este formato no conlleva el desconocimiento de la formalidad de los pronunciamientos emitidos por un órgano de justicia constitucional.
- En los textos adaptados a lectura fácil siempre debe de mantenerse el respeto hacía las partes.
- No debe cometerse el yerro de asimilar un lenguaje claro con un lenguaje coloquial o cotidiano.
- Los pronunciamientos en formato de lectura fácil requieren congruencia en cuanto a su estructura.
- Deviene viable la utilización de imágenes, para la comprensión del texto.
- No deben de adaptarse únicamente pronunciamientos, se podría optar también, por la realización de cuerpos normativos en formato de lectura fácil. Al respecto, es de reconocer que, incluso, ya existe en Guatemala un precedente, toda vez, que la Corte de Constitucionalidad emitió la “Constitución Política para niños”.
- Para lo referente a la redacción, ortografía, formato y demás aspectos técnicos, deben observarse los diversos documentos que existen y brindan un amplio panorama de las reglas a seguir en este tipo de herramientas. Entre los documentos que pueden consultarse y cumplen con un alto perfil técnico, están: Lectura fácil: Métodos de redacción y evaluación, emitido por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; la Guía para elaborar sentencia en formato de lectura fácil dirigidas a personas con discapacidad Intelectual realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (de los Estados Unidos Mexicanos) y el Manual de Lectura Fácil y Formatos Accesibles emitido por el Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (CONADS) de Ecuador.

Conclusión

Por elemental que parezca, es necesario recordar que los Derechos Humanos son inherentes a nuestra simple condición de ser humano y que, no permiten distinción por cualquier otra condición. En ese sentido, la obligación del Estado de garantizar tales Derechos abarca a todos, sin excepción alguna. Sin embargo, esto no sucede con los niños, niñas y personas con discapacidad cognitiva, quienes, por su condición etaria o mental, son tomados como actores secundarios y apartados de la toma de decisiones, que incumben a la vida en sociedad. Aunado a que, cuando deben intervenir en un proceso judicial o constitucional, se ven perjudicados por

el hecho de no comprender las decisiones que se emiten debido al uso del lenguaje formal y extremadamente técnico; lo que, a su vez, merma que puedan tener una participación activa en el proceso. Dada esas circunstancias, es que se propone que, al menos en el ámbito de la justicia constitucional, se opté por la aplicación del método de redacción denominado de lectura fácil, el cuál encuentra sustentó en diversos Tratados y Convenios en materia de Derechos Humanos, así como en el mismo Texto Fundamental, como herramienta para fomentar la participación ciudadana de los sectores poblacionales aludidos, al permitirles entender mediante la utilización de un formato especial (que no sustituye al tradicional, sino que lo complementa), las decisiones que se han asumido, para de esta forma materializar para ellos, el derecho de acceso a la información y de acceso a la justicia.

Bibliografía:

Asociación Europea ILSMH (1998) “Directrices Europeas para Generar Información de Fácil Lectura Destinada a Personas con Retraso mental”. [Lecturafácil.net](https://www.lecturafacil.net). Recuperado de <https://www.lecturafacil.net/media/resources/ILSMHcastellà.pdf>

Cámara de Representantes del Congreso de la República de Colombia (2023) “Proyecto de ley 135-2023_Por medio del cual se establecen los Formatos de Sentencias de Lectura Fácil, se establecen medidas para promover y difundir el uso del Lenguaje Claro y se dictan otras disposiciones”. Cámara.gob. Recuperado de: <https://www.camara.gob.co/lectura-fácil>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2008). <http://un.org/esa/socdev/enable/documents/tconvs.pdf>

Convención sobre los Derechos del Niño (1990). <https://un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

García Muñoz, Oscar. (2014). *Guía Práctica para la inclusión educativa: Lectura fácil*. Pág. 10. Publicación del Centro Nacional de Innovación e Investigación y Editado por el por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de España.

Gobierno de la República de Argentina (s.f.) “Lectura fácil” [página web institucional]. Argentina.gob. Recuperado de <http://www.argentina.gob.ar/justicia/lecturafacil>

IFLA/Sección de Servicios Bibliotecarios para Personas con Necesidades Especiales (2012) “Directrices para Materiales de Lectura Fácil”, versión en castellano elaborada por creacesible. ifla.org. Recuperado de <https://www.ifla.org/wp-content/uploads/2019/05/assets/hq/publications/professional-report/120-es.pdf>

Otero de Parga, Milagros. (2014). “Cuestiones de Argumentación Jurídica”. Pág. 197. Editorial Porrúa. México

Peredo Videá, Rocío de los Angeles. (2016). Comprendiendo la discapacidad intelectual: datos, criterios y reflexiones. Revista de Investigación Psicológica (15), 101-122. Revisado en 03 de septiembre de 2023, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2223-3032201600100007&lng=es&tlng=es

Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). <https://acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala de 26 de noviembre de 2015, dictada dentro del expediente 476-2015.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala de 26 mayo de 2005, dentro del expediente 320-2005.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala de 16 de enero de 2000, dentro de los expedientes acumulados 491 y 525-2000.

Sentencia en formato de lectura fácil dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (de los Estados Unidos Mexicanos), el 16 de octubre de 2013, dentro del Amparo en revisión 159/2013.

Derechos de Autor (c) 2023 Diego Enrique Amézquita Donadío



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 XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**LA AUDITORÍA SOCIAL Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN
GUATEMALA COMO UNA EXPRESIÓN DE LA DEMOCRACIA
CONTEMPORÁNEA. UN EJERCICIO DE ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA**

Jean Carlo Guzmán Tellez



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.125>

La auditoría social y la participación ciudadana en Guatemala como una expresión de la democracia contemporánea. Un ejercicio de argumentación jurídica

Jean Carlo Guzmán Tellez
Corte de Constitucionalidad

Introducción:

Los efectos de la globalización, dado el fenómeno omnicomprendido que constituye, han impactado sobre el Estado de diferentes maneras, a tal grado que se cuestiona la existencia misma de este, sobre la base de nuevas perspectivas, por ejemplo, desde el marco de las formas de gobierno, tal es el caso de la democracia, la que ciertamente ha comportado una suerte de transformación y fortalecimiento de sus bases, lo que a la postre, obliga a replantearse conceptos tradicionales que habían sido sustentados con respecto de modelos clásicos que fueron evolucionando y adaptándose a la nueva idiosincrasia. Así, se habla de una democracia moderna, dotada de novedosas perspectivas que, si bien es cierto, demandan un análisis minucioso en todas sus dimensiones, cuanto menos, resulta plausible referirse a una sola de ellas, en una ponencia que, delimitada a un Estado latinoamericano como lo es Guatemala, permita establecer si estas nuevas corrientes se han implantado o no en el seno de su ordenamiento jurídico.

Por virtud de lo anterior, el presente trabajo pretende ahondar, a través de un análisis monográfico y en aplicación de la teoría de la argumentación jurídica, en primer lugar, esa evolución que ha comportado el término democracia, cuanto menos en algunas de sus principales manifestaciones, esto, de la mano con uno de esos conceptos que como se acotó previamente, han sido replanteados a fin de que resulten congruentes con la novedosa visión del Estado, tal es el caso de la ciudadanía. Esta ponencia hará alusión expresamente a ese replanteamiento del término referido, para que, posteriormente, en el marco de la democracia guatemalteca y la auditoría social, se permita establecer si las corrientes doctrinarias que acarrearán el replanteamiento de la ciudadanía han sido o no implantadas en el ordenamiento jurídico guatemalteco y, de ser el caso, que se expongan algunas de sus principales instituciones jurídicas.

Delimitado lo anterior, es oportuno mencionar que la pregunta sobre la cual se desenvuelve el presente análisis es la siguiente: ¿a través de qué instituciones jurídicas que conforman el ordenamiento normativo guatemalteco se manifiesta la democracia moderna? Claro está, el aporte en la presente investigación lo constituye la opinión del autor, en el marco de establecer si existen tales instituciones y cuáles son, para cuyo efecto, será imprescindible llevar a cabo un ejercicio de argumentación jurídica.

Objetivos:

1. General: Determinar, a través de un análisis de argumentación jurídica, por medio de qué instituciones jurídicas que conforman el ordenamiento normativo guatemalteco, se manifiesta la democracia moderna.
2. Específicos:
 - a. Examinar aspectos conceptuales de la democracia.
 - b. Analizar instituciones normativas, empleando la doctrina de la argumentación jurídica, referentes a las manifestaciones de la democracia directa.

Justificación: La presente monografía se dispone analizar, a partir de una exploración conceptual de la democracia, la íntima relación de esta con respecto del concepto de ciudadanía y auditoría social; con el fin de establecer a través de que instituciones jurídicas se manifiestan estas nuevas tendencias que preconizan posicionar al ciudadano activamente en las decisiones públicas, lo anterior empleando la doctrina de la argumentación jurídica.

Tipo de Monografía: monografía de investigación.

Metodología: jurídico-exploratoria.

Capítulo 1 **La democracia y ciudadanía**

1.1. La democracia

Ahondar por la democracia implica asumir un reto de carácter multidimensional, por las distintas aristas por las que esta forma de gobierno, derecho y/o procedimiento salta a relucir, no obstante, este apartado precisa especificar la evolución de esta concepción, no solamente por cuestión de temporalidad, sino por los elementos que se han ido sumando a la misma desde la perspectiva doctrinaria y como ella se ha implantado en el andamiaje del ordenamiento jurídico guatemalteco.

A este respecto, reconociendo la ardua tarea que demanda analizar el componente evolutivo de la democracia a lo largo de la historia, es preciso remitirse, por cuestión de método, a lo expresado por la autora Marta Silvia García Bauer, quien realiza una puntual exposición acerca de la evolución histórica del concepto en comento, partiendo de una visión **clásica** en la que acota: «El crecimiento de la sociedad en la antigüedad se ve bajo un elemento de violencia, el hombre no nació para ser esclavo y a través de diferentes épocas ha buscado la forma de expresarse dentro de un Gobierno en donde exista libertad. Desde la época de Heródoto, Platón

y Aristóteles se habla de lo que es democracia y más que todo de lo que debiera ser un régimen popular. Conatos de lo que significa los encontramos en las Leyes de Platón en donde hace mención de que el pueblo debe tener un lugar para poder participar en las cuestiones de gobierno. Aristóteles se va acercando un poco más a lo que va a constituir la idea democrática, él describe y clasifica la democracia como forma de gobierno. Grecia fue clasificada como una democracia sin serlo realmente, pues dentro de ella como recordarán existían dos grupos: los ciudadanos libres y los esclavos, y no es posible que exista democracia donde hay esclavitud ya que la característica esencial de la Democracia como hemos venido diciendo es la libertad, la democracia que se aplicó fue la directa por medio de las Asambleas populares en donde el pueblo resolvía o era consultado sobre asuntos del gobierno»¹.

Continúa desarrollando la autora en mención, ahora desde una mirada por la **edad media**, en la que expone: «Roma Evolucionó en una forma similar, con una democracia limitada y aristocrática. La edad media no favorece el desarrollo de la democracia y hay que llegar a la reforma protestante que es decisiva en el desenvolvimiento de las ideas democráticas y en las libertades fundamentales del hombre»².

Finalmente, Bauer sostiene desde una óptica **moderna** que: «John Locke y Juan Jacobo Rousseau aportan ideas democráticas del Estado moderno. La aportación de Locke es el de reconocer los derechos fundamentales del hombre, la división de poderes y el valor de la Constitución tomando en cuenta el principio mayoritario, Rousseau en cambio se ocupa de exaltar la voluntad general y la soberanía absoluta del pueblo. Las democracias modernas se originan en el siglo XVIII, después de las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa y se apoya en las ideas de Locke, y Montesquieu y sobre todo en la adopción de principios políticos como la soberanía, la división de poderes, los derechos y garantías individuales, la forma de república o monarquía constitucional, el voto de las mayorías y el sistema representativo»³.

Como corolario de lo expresado previamente, en principio es preciso resaltar que, desde la época clásica, la democracia se caracterizaba ciertamente por la participación del pueblo en las decisiones públicas; es gracias a la postura de Aristóteles con quien el ideal de democracia se va delineando como una forma de gobierno; por su parte, autores como Rousseau, postulan exaltar la voluntad general y la soberanía absoluta del pueblo.

1.1.4. La democracia como forma de gobierno

Congruente con lo que finalizó el apartado anterior y, acorde con los propósitos de esta ponencia, corresponde examinar con detenimiento esa concepción de la democracia como forma

¹ GARCÍA BAUER, Marta Silvia. *El Estado y sus formas estatales especiales*. Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 1987, p.31.

² *Ibid*, p.32.

³ *Loc. Cit.*

de gobierno; al respecto, parafraseando al connotado autor Norberto Bobbio en su obra *Estado, Gobierno y Sociedad*, refiere que «(...) desde la época clásica hasta hoy, el término democracia siempre ha sido empelado con el efecto de designar una de las formas de gobierno⁴, o sea, una de las diversas maneras bajo las que puede ejercerse el poder político, con énfasis en la forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por el pueblo. En la historia del pensamiento político el lugar en el que se posiciona la discusión en torno a la opinión, los caracteres, las ventajas y los defectos de la democracia es la teoría y la tipología de las formas de gobierno. Es por ello que cualquier discusión sobre la democracia no puede dejar de determinar las relaciones entre la democracia y las otras formas de gobierno, porque solo así se puede definir su carácter específico (...)»⁵.

En ese mismo sentido, esta breve ponencia no puede prescindir de hacer alusión a la icónica frase proferida por Abraham Lincoln, quien asume también una posición congruente con la concepción de la democracia como forma gobierno, en su famoso discurso de Gettysburg en 1863, afirmando que se trata de «*el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*», destacando, a juicio de este autor, que era el mejor sistema de gobierno al viabilizar la participación de todos los ciudadanos en la toma de decisiones, garantizando la protección de derechos y libertades. Interpretando la frase relacionada, Bauer exponer que «(...) es gobierno del pueblo dado que hace referencia a que exista una dirección autoritaria de las actividades de la comunidad política por el conjunto de órganos del Estado que se encuentren encargados de realizado; es por el pueblo, por cuanto comprende la posibilidad de que el grupo elegido para gobernar sea designado totalmente por la comunidad política, pero también dicho grupo tiene que tener su origen en la misma comunidad, y; es para el pueblo, porque el gobierno tiene que tener dentro de su finalidad principal lograr el bien público de sus habitantes (...)»⁶.

Así como de imprescindible resulta la frase anteriormente relacionada, también es pertinente hacer una somera, aunque puntual mención a la visión de Jean Jacques Rousseau, en quien convergen opiniones complejas pero matizadas a guisa de crítica de la democracia como forma de gobierno. En su obra más influyente, «*El Contrato Social*» (1962), expone que la democracia es incompatible con las instituciones representativas y que el pueblo debe tener voz directa en las leyes que lo gobiernan⁷.

⁴ De forma puntual al autor Norberto Bobbio apunta que la democracia se distingue particularmente, dado que “es la forma de gobierno en la que el poder es ejercido por todo el pueblo, o por el mayor número, o por muchos, y en cuanto tal se distingue de la monarquía y de la aristocracia en la que el poder es ejercido, respectivamente, por uno o por pocos”.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 188.

⁶ GARCÍA BAUER, Marta Silvia *óp. cit.*, p. 26.

⁷ *Britannica*. Encyclopedía Britannica. *Democracy - ideal speech situation, equal liberty*. Fecha de consulta: 10/06/2023, disponibilidad y acceso: <https://www.britannica.com/topic/democracy/Rousseau>

1.1.3. La democracia como valor

En demasía, las acotaciones que quedaron reseñadas en el apartado anterior permiten establecer la vinculación de la democracia como forma de gobierno, no obstante, como bien afirma la citada autora Marta Silvia García Bauer «(...) modernamente la democracia es una filosofía, un modo de vivir y casi accesoriamente una forma de gobierno (...) al efectuar tal afirmación relacionada con la democracia es una filosofía, se debe de admitir que una de las características esenciales es su flexibilidad y designa instituciones, sistemas de vida y también ideologías diversas, cuestión que ha dado lugar a que teóricamente hablando haya discrepancias muchas veces (...)»⁸.

La visión propiciada por la autora permite plantearse la postura de que la democracia puede sustentarse cómo algo más que una forma de gobierno, así, autores como Giovanni Sartori, por mencionar a uno entre tantos, postula una concepción que demanda desentrañar el verdadero sentido de la democracia, es decir que parte de que «(...) si definir la democracia es explicar qué significa el vocablo, el problema se resuelve rápido; basta saber un poco de griego [como quedó apuntado en el segundo párrafo de esta ponencia]. Más de esta manera habremos resuelto sólo un problema de etimología: únicamente se ha explicado el nombre (...) definir la democracia es mucho más complejo. El término democracia está para algo. ¿para qué? El que la palabra democracia tenga un preciso significado literal o etimológico, no ayuda para nada a entender a cuál realidad corresponde ni como están construidas y funcionan las democracias posibles. No nos ayuda porque entre la palabra y la referencia, entre el nombre y la cosa, el paso es larguísimo (...) Si es verdad que la dicción nos desvía, ¿por qué denominar las cosas con etiquetas que no corresponden? Se ha constatado que las democracias son de hecho “poliarquías”. Admitida la afirmación como exacta, ¿Por qué no llamarlas así? La respuesta es que aun cuando el término democracia no nos sirve para fines descriptivos, es necesario para efectos normativos. Un sistema democrático es ubicado por una deontología democrática y ello porque la democracia es y no puede ser desligada de aquello que la democracia debería ser. Una experiencia democrática se desarrolla a horcajadas sobre el desnivel entre el deber ser y el ser, a lo largo de la trayectoria asignada por las aspiraciones ideales, que siempre van más allá de las condiciones reales (...)»⁹.

No es pretensión de esta ponencia formular una crítica al pensamiento de Sartori, pero sí, cuanto menos, rescatar que desde la particular visión del referido autor, que en principio se dispone, como se indicó anteriormente, a destacar la importancia de incursionar por el multicitado concepto desde una visión prescriptiva de cara a la descriptiva y que, luego de sendas y profundas consideraciones, concibe, según la percepción de quien comenta, que la democracia

⁸ GARCÍA BAUER, Marta Silvia *óp. cit.*, p. 25.

⁹ SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* (en línea), México. 2016, fecha de consulta 10/06/2023, ISBN: 968-39-0884-5, disponibilidad y acceso: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1135-que-es-la-democracia>, p. 3.

no solo es un sistema de gobierno en el que se llevan a cabo elecciones periódicas, sino que en ella convergen elementos y principios; para dicho autor, uno de los elementos esenciales lo constituye la participación política, en el que la ciudadanía está activamente involucrada en el proceso político, ya sea por medio del voto, la participación en partidos políticos o su expresión en el ámbito público.

1.1.3. La democracia como derecho

Tal y como se ha venido sustentando, hay más de una dimensión con la que puede visualizarse el término democracia, ora de manera muy circunspecta como forma de gobierno, ora como valor; corresponde ahora, aunque de forma sumaria, examinar un instrumento que concibe el concepto de democracia como tal, como un derecho, así la Carta Democrática Interamericana, fue adoptada en el seno de la Organización de los Estados Americanos, en la sesión celebrada en Perú el 11 de septiembre de 2001. Dos preceptos de dicho instrumento son interesantes, dada la temática abordada, siendo estos, en primer lugar, el artículo 1 que dispone: «Los pueblos de América **tienen derecho a la democracia** y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla. La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas»¹⁰; mientras que el artículo 2, preceptúa que: «El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional»¹¹.

Dicho instrumento, solo a manera de expresar la especial trascendencia que ha tenido en el marco del sistema interamericano de derechos humanos, ha sido objeto de interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que estableció que: «En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria del 11 de septiembre de 2001, durante el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos»¹².

¹⁰ Organización de los Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. 2001, art. 1.

¹¹ *ibíd.*, art. 2.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C núm. 184, párr. 142.

1.1.4. Democracia directa

Cuanto menos, algunos de los autores anteriormente citados convergen en sostener una suerte de clasificación de la democracia, la que puede ser directa e indirecta. Por lógica y, dados los propósitos de esta ponencia, es menester advertir la importancia primaria que se le concederá a la democracia directa.

A este respecto, Sartori apunta que: «democracia directa es (...) inmediatez de interacciones, es una relación directa, cara a cara (o casi) entre verdaderos participantes. Estados característicos se conjugan, por ejemplo, en la democracia de los antiguos. Y desde que se conjuntaron, democracia directa y autogobierno son nociones intercambiables».¹³

1.1.5. La democracia procedimental y sustancial

Al respecto de lo anteriormente apuntado, sostiene el prominente autor Luigi Ferrajoli que: «la democracia consiste en un método de formación de las decisiones públicas: y precisamente en el conjunto de reglas que atribuyen al pueblo, o mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediante representantes, de asumir tales decisiones (...) conforme a ella [esta concepción de democracia], la fuente de legitimación del poder es la autonomía, esto es, la libertad positiva, consistente en “gobernarse por sí mismos” y “en no hacer depender de nadie más de uno mismo la regulación de la propia conducta”: en otras palabras, en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente por su mayoría, de modo que sean expresión de la “voluntad” y la “soberanía popular”. Podemos llamar formal o procedimental a esta definición de la democracia. En efecto, identifica a la democracia simplemente conforme a las formas y procedimientos idóneos justos para garantizar que las decisiones sean expresión directa o indirecta, de la voluntad popular (...)»¹⁴. Es de rescatar que esta clase de democracia procedimental encuentra a su vez una expresión a *prima facie* antagónica, tal es el caso de la democracia sustancial, a la que el citado autor se dispone desentrañar, misma que, en la obra citada, se explica como aquella que es esencial para contrarrestar las injusticias sociales; el autor sostiene que no debe ser simplemente la regla de la mayoría, sino que también debe garantizar la protección de los derechos individuales y colectivos, así como la igualdad de oportunidades para los ciudadanos. Para Ferrajoli, la democracia no solo se trata de procedimientos electorales y la participación ciudadana, sino también garantizar y proteger los derechos fundamentales de las personas.

Finalmente, a guisa de corolario, es preciso reconocer que el cúmulo de conceptos anteriormente relacionados, no resultan suficientes para explicar todas las dimensiones en las

¹³ SARTORI, Giovanni óp. cit., 78.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia*. España. Editorial Trotta, 2011, p. 9.

que es dable tratar el tema de la democracia; no obstante, también es necesario establecer que lo indicado, perfectamente funge como preámbulo para dar cabida al siguiente aspecto que será tratado dentro de este mismo capítulo, es decir, la ciudadanía. Sin embargo, debe destacarse que la recopilación de posturas anteriormente reseñada, son aspectos que develan el carácter evolutivo de la democracia, en el aspecto doctrinario, lo que se verá reflejado en el marco del análisis del segundo capítulo de la presente monografía.

1.2. Ciudadanía

Parafraseando al autor Alberto Olvera Rivero, en su obra “Ciudadanía y democracia”, afirma que el concepto de ciudadanía ha sido desarrollado a través de dos vertientes principales: la sociología política, quien se pregunta por el origen histórico del estatuto de ciudadanía, por su evolución y desarrollo, y por el contenido de los derechos que constituyen la ciudadanía, y ubica estos procesos como parte de una larga etapa histórica en la que las relaciones entre los individuos y el Estado se han ido redefiniendo; mientras que, la segunda vertiente es la filosofía política: esta se cuestiona sobre el carácter y el sentido de la ciudadanía, el significado de ser ciudadano, sobre las relaciones que debe haber entre individuos y Estado, y sobre las relaciones de ciudadanía y democracia¹⁵.

Resulta lógico que, para los efectos de esta ponencia, indudablemente la segunda de las vertientes cobra un valor significativo, por cuanto que es precisamente esa relación entre ciudadanía y democracia aludida por el autor antes citado, la que en todo caso comporta un carácter preponderante para estos efectos de explicar la nueva concepción de la ciudadanía como una expresión de la democracia contemporánea, en el marco de la auditoría social en Guatemala. No obstante, es preciso reconocer desde luego, que como bien afirma el citado autor «Los dos enfoques son en realidad complementarios, pues se informan mutuamente»¹⁶.

Incurсионando propiamente en la perspectiva de la filosofía política al respecto del concepto de ciudadanía, el autor citado realiza una exposición basada en la ciudadanía liberal, cívica y republicana, concluyendo que esas versiones de la ciudadanía implican diferentes conceptos de democracia (he aquí la importancia de haber expuesto la democracia en este capítulo), explica que: «la versión liberal [de la ciudadanía] percibe a un Estado mínimo como complemento de una maximización de la libertad de los sujetos, y la democracia es entonces solamente un mecanismo de selección de gobernantes débiles. La vertiente comunitaria [de la ciudadanía] piensa que la identidad, la virtud y las decisiones se construyen desde el campo de lo social y no desde lo estatal, por lo que la democracia debería limitarse a la capacidad de los ciudadanos por elegir a sus gobernantes entendidos como mandatarios, es decir, ejecutantes de

¹⁵ OLVERA RIVERO, Alberto. *Ciudadanía y democracia* (en línea), México. 2008, fecha de consulta 10/06/2023, ISBN: 970-695-111-3, disponibilidad y acceso: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3562-ciudadania-y-democracia-coleccion-instituto-federal-electoral> p. 17.

¹⁶ *Loc. Cit.*

decisiones tomadas por la colectividad. El republicanismo radical [versión de la ciudadanía], al plantear la democracia directa virtualmente anula la democracia representativa, pero la versión de la sociedad civil abre espacio para pensar la complementación entre la democracia representativa y la democracia participativa»¹⁷.

Es así entonces que «el vínculo entre ciudadanía y democracia pasa por el Estado, que es una instancia necesaria de materialización tanto de la ciudadanía como la democracia. Al pensar el Estado, necesariamente nos hemos de remitir también al concepto de nación, pues la forma del Estado en la modernidad es, como sabemos, el Estado-nación. Como vemos, el mapa se vuelve más complejo, no podemos hablar solamente de los conceptos aislados de ciudadanía y democracia, *sino tenemos que referirnos al conjunto conceptual que explica derechos, prácticas e instituciones. Hablar de ciudadanía no obliga a hablar del conjunto de la política y la sociedad*»¹⁸ - el realce es propio-

1.3. La democracia y ciudadanía

En estas breves líneas se pretende alcanzar una suerte de introducción para los efectos de abordar el tópico del segundo capítulo vinculado con la auditoría social en Guatemala, de manera que, este apartado fungirá como base conceptual. Así, en primer lugar, es preciso asumir la tarea de dar por sentado algunos aspectos que se han venido exponiendo a lo largo de párrafos anteriores.

En primer lugar, tal y como culminó el apartado inmediatamente anterior, resulta innegable la sintonía que conservan los conceptos de democracia y ciudadanía. De esa cuenta y, en concreto con el tema de la democracia, sobra reconocer que, tal y como lo afirma la autora Antonella Atilli Cardamone, en su obra “Ciudadanía, sociedad civil y redefinición de los espacios públicos”: «En el horizonte político contemporáneo la democracia se afirma como el régimen político más difundido. Ha vencido a las formas de gobierno autoritarias, tanto de la derecha como de izquierda (régimenes totalitarios de nazismo y de fascismo, así como del comunismo, pero también dictaduras militares o personales), que se impusieron durante gran parte del siglo XX. Con todos sus problemas, la democracia liberal obtuvo un consenso generalizado como la forma de gobierno más deseable, por lo que la *democracia moderna* si no es “la mejor forma de gobierno”, por lo menos resulta ser “la menos mala” (...) La democracia no solo es una modalidad no violenta de canalización y regulación de conflictos políticos, sino aparece como la fórmula política que legitima sólidamente a los gobiernos, ya que sus reglas implican la participación de

¹⁷ *Ibíd.*, p. 42.

¹⁸ *Loc. Cit.*

los ciudadanos en la definición del interés público y en la toma de decisiones políticas, y de este modo encuentra la aceptación y reconocimiento por parte de los gobernados»¹⁹.

Establecida la importancia que vislumbra la democracia moderna y, tal y como acota la autora «Ante la caída de aquellas visiones que comprendían la política utilizando grandes dicotomías ideológicas como las de capitalismo-comunismo, reforma-revolución, *democracia formal-democracia sustancial* [a la que se hizo referencia previamente], democracia moderna ha mostrado lo positivo de entender la política en términos antiverticalistas, antiautoritarios y descentralizadores. Queda atrás, en más de un sentido, una manera de percibir y conducir la política como continuación de la guerra, sustituyéndola por otra que la considerara como competencia entre adversarios legítimos y búsqueda de acuerdos y compromisos dentro del marco de la ley»²⁰.

Sustentado la anterior visión de la democracia moderna y a consecuencia de ella, Antonella Atilli afirma que los cambios políticos que acontecen en la actualidad, así como de la visión estadocéntrica y los procesos de democratización han comportado una suerte de transformación en el papel que debe jugar la sociedad civil y la ciudadanía.

Ciertamente no se ha delimitado previamente una concepción del término sociedad civil, no obstante, ello obedece a que, como afirma Atilli, la significación moderna de la sociedad civil demanda considerar las nociones correspondientes de ciudadano y del espacio público correlativo del que éste es parte. De esa cuenta, la sociedad civil es un concepto que se encuentra estrechamente ligado al de ciudadano, a tal grado de que la autora los aborda de manera conjunta, estableciendo que: «Para finales de los ochenta, después del resurgimiento en las dos décadas anteriores, “sociedad civil”, dejó de ser tópico exclusivo de sofisticadas discusiones académicas. Los nuevos actores del espacio público son movimientos sociales diversos que fragmentan el espacio público en una multiplicidad de espacios, ya que no forman sus intereses como objetivos políticos generales de la sociedad (como antaño, en una visión estratégico-político gramsciana²¹), sino con metas y en campos específicos. Se trata, más bien, de redes de asociación que hoy en día construyen la mediación entre los individuos y el Estado. Más que nunca, la sociedad civil no es una voluntad unificada de la sociedad como un todo, no es un sujeto único identificable».²²

Finalmente, a juicio de quien comenta, la autora muestra una renovada visión de la sociedad civil; postula que la misma posee un sentido positivo de gran aporte democratizador en cuanto crítica el autoritarismo del Estado y busca la reivindicación de derechos políticos de

¹⁹ ATILLI, Antonella. «Ciudadanía sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos» *Revista de estudios políticos*, núm. 126 (en línea). España, 2004, fecha de consulta 10/06/2023, ISSN: 0048-7694, disponibilidad y acceso: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3562-ciudadania-y-democracia-coleccion-instituto-federal-electoral> p. 131.

²⁰ *ibíd.*, p. 132.

²² ATILLI, Antonella *óp. cit.* 142

ciudadanía; posiciona a una sociedad civil activa con ciudadanos potentes; afirma y desarrolla el pluralismo social y político, generando conciencia; promueve un verdadero control de los ciudadanos sobre el desempeño de las instituciones públicas (rendición de cuentas); crea un panorama de exigencias en el carácter público y legal de las negociaciones y compromisos públicos; construye redes mediadoras entre los individuos y las instituciones públicas; promueve la defensa de los derechos y el pluralismo.

Capítulo 2

La auditoría social y participación ciudadana en Guatemala

El presente apartado se plantea como objetivo presentar un breve recorrido por instituciones jurídicas que comportan una estrecha relación con el marco conceptual desarrollado en el primer capítulo, vinculado con la manifestación de la democracia contemporánea, en el marco de la renovada visión de la sociedad civil y del ciudadano. Es importante resaltar que esta ponencia no supone efectuar una crítica al funcionamiento de las correspondientes instituciones que se procederán a presentar, sino más bien, efectuar una breve descripción de las mismas y cómo es, que a juicio de quien comenta, que estas resultan en manifestaciones de la democracia contemporánea.

2.1. La democracia en Guatemala, a partir del texto fundamental.

En un primer sentido, por lógica, necesariamente es plausible citar el artículo 140 del texto supremo, el cual prescribe que: «Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo»²³.

A partir del contenido del artículo 140 constitucional, la Corte de Constitucionalidad ha emitido, en su acervo jurisprudencial, sendas consideraciones en el marco de la forma de gobierno, la forma del Estado de Guatemala, la democracia, el pluralismo jurídico. Al respecto de la democracia, puntualmente sostuvo que, la misma para ser considerada como tal, no solo debe garantizar el libre ejercicio de los derechos políticos (el ejercicio del sufragio, por ejemplo), sino que ha de favorecer la equitativa participación de los ciudadanos, sin discriminaciones o privilegios.²⁴ Esto último, muy en congruencia con lo que para el efecto ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala.

Del análisis de la sentencia citada²⁵, puede colegirse que el Tribunal refiere que el artículo 140, hace más que regular simple y llanamente la forma o sistema de gobierno; de dicho precepto

²³ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. 1985, art. 140.

²⁴ Corte de Constitucionalidad. Expediente 5352-2013, Oficial 4º, Dictamen. Fecha: 11/07/2014, p.19

puede interpretarse que confluye una carga normativa que deja entrever que se trata en realidad de una forma de Estado, que según el citado Tribunal, en el caso específico de Guatemala se trata de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el que existe no solo respeto a las opiniones e ideologías, sino que también garantías que protegen su libre discusión y expresión en el campo político, en esto último reside el pluralismo político al que se hizo referencia previamente.

2.2. La auditoría social y la participación ciudadana

En primer lugar, desde una visión estrictamente conceptual, la auditoría social es concebida, en palabras de Herlem Isol Reyes como un: «proceso que permite a una organización evaluar su “eficiencia social” y su comportamiento ético en relación a sus objetivos, de manera que pueda mejorar sus resultados sociales o solidarios y dar cuenta de ellos a todas las personas comprometidas por su actividad»²⁶.

Por su parte, para los autores Julio Curruchiche y Luis Linares expresan que la auditoría social: «Es la actividad que realizan los ciudadanos para acompañar, vigilar, dar seguimiento, verificar y evaluar las decisiones de las autoridades que afectan o se relacionan con intereses públicos y el uso que hace de los recursos públicos»²⁷.

Finalmente, la secretaría presidencial de la mujer, ha definido la auditoría social como «una actividad pública en la cual se tiene el derecho de pedir rendición de cuentas sobre el desarrollo de un proyecto, plan o política o reportar sobre el desempeño de las funcionarias o funcionarios públicos»²⁸.

Los aspectos conceptuales anteriormente advertidos, que a propósito fueron sustraídos de fuentes guatemaltecas, no solamente propician una aproximación a lo que constituye la auditoría social, sino que ponen de manifiesto a su vez, la necesaria participación de la ciudadanía en el marco de la esta, misma que está caracterizada por la evaluación, vigilancia y verificación de las decisiones públicas.

Corresponde ahora en adelante, traer a colocación esas instituciones jurídicas guatemaltecas que, a juicio del autor del presente trabajo, comportan esa manifestación tantas

²⁶ REYES LÓPEZ, Herlem Isol, «La corrupción en Guatemala y la importancia de la auditoría social», *revista economía*, No 164, Guatemala, 2005, Editorial instituto de investigaciones económicas y sociales IIES, p. 181.

²⁷ CURRUCHICHE, Julio y Luis F. LINARES L. *Manual para un municipio participativo*. Guatemala, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2007, p. 20

²⁸ Secretaría presidencial de la mujer, «Auditoría social, antídoto contra la corrupción». Programa de capacitación para mujeres en los consejos de desarrollo urbano y rural, No. 8, Guatemala, 2004, Magna Terra editores, p. 10.

veces mencionada, de la democracia moderna y, por ende, como reflejo de un espacio propicio para poner de manifiesto las renovadas visiones de ciudadanía y sociedad civil.

2.3. Manifestaciones de la auditoría social y de participación ciudadana en Guatemala

2.3.1. Sistemas de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural

La institución que abre la puerta al presente análisis encuentra su fundamento, en el decreto número 11-2002 del Congreso de la República denominada Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural. En su artículo 1, la citada normativa prescribe que: «El Sistema de Consejos de Desarrollo es el medio principal de participación de la población maya, xinca y garífuna y la no indígena, en la gestión pública para llevar a cabo el proceso de planificación democrática del desarrollo, tomando en cuenta principios de unidad nacional, multiétnica, pluricultural y multilingüe de la nación guatemalteca»²⁹.

Asimismo, el artículo 4 de la citada normativa regula que la integración del sistema de consejos de desarrollo se encuentra establecida por niveles que responden a la división administrativa del territorio de la República, partiendo de un Consejo Nacional³⁰, seguido de consejos regionales³¹, departamentales, municipales y comunitarios. Los mismos se encuentran integrados por distintos representantes tanto del sector público como privado, entre los cuales se encuentran el Presidente de la República; los alcaldes municipales; algunas carteras ministeriales; secretarías; gobernadores departamentales; representantes de organizaciones cooperativas, representantes de organizaciones campesinas, de asociaciones agropecuarias, de trabajadores, de organizaciones no gubernamentales de desarrollo, de las universidades pública y privadas, de los mujeres, de los partidos políticos con representación en el organismo legislativo, de los pueblos maya, xinca y garífuna, así como de las asociaciones de micro, pequeñas y medianas empresas de los sectores de manufactura y servicios, respectivamente, según corresponda a cada nivel.

El objetivo del sistema, según se advierte del artículo 3 de la citada norma radica en: «(...) organizar y coordinar la administración pública mediante la formulación de políticas de desarrollo, planes y programas presupuestarios y el impulso de la coordinación interinstitucional, pública y

²⁹ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 11-2002. *Ley de los Consejo de Desarrollo Urbano y Rural*. 2002, art. 1.

³⁰ Este encuentra su fundamento en la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 225 que preceptúa: «Para la organización y coordinación de la administración pública, se crea el Consejo Nacional de Desarrollo Urbano y Rural coordinado por el Presidente de la República e integrado en la forma que la ley establezca. Esta Consejo tendrá a su cargo la formulación de las políticas de desarrollo urbano y rural, así como la de ordenamiento territorial».

privada».³² Este objetivo es desarrollado mediante el Acuerdo Gubernativo Número 461-2002, «Reglamento de la Ley de los Consejos de Desarrollo Urbano y Rural», el cual, dados los propósitos de la presente monografía, vale la pena hacer mención del contenido en el artículo 4, literal b), que regula: «Para el logro de los objetivos que la Ley le asigna al Sistema de Consejos de Desarrollo Urbano y Rural, se establecen los objetivos específicos siguientes: (...) b) Definir, y lograr que el Organismo Ejecutivo, apruebe los mecanismos de evaluación conjunta e interinstitucional del proceso de formulación de las políticas públicas de desarrollo; y lograr la apertura de espacios en las instituciones y órganos de la administración pública para la participación ciudadana, en evaluación de dicha política y *de la auditoría social en las ejecuciones presupuestarias*»³³. Asimismo, la literal c) del artículo 44, en el marco de las atribuciones del Consejo Municipal de Desarrollo Urbano y Rural, contempla que: «Además de las señaladas en la Ley, el Consejo Municipal de Desarrollo tendrá las atribuciones siguientes: (...) c) Hacer propicia la auditoría social de la gestión pública, tanto del gobierno municipal como de las entidades del gobierno central con la presencia en el municipio y, cuando sea oportuno, proponer a la corporación municipal, al Consejo Departamental de desarrollo o a las entidades responsables, medidas correctivas (...)»³⁴.

A manera de análisis de la presente institución, es preciso establecer, en principio, que de manera explícita tiene como objetivo primordial consolidar un espacio de diálogo entre los sectores público y privado, a efecto de llevar a cabo la auditoría social antes relacionada. A juicio de quien comenta, tal y como lo concibe Antonella Atili, esta institución jurídica comporta un espacio que posiciona a la sociedad civil activa con ciudadanos potentes, por cuanto que permite desarrollar el pluralismo social y político, generando conciencia y, garantizando el control de los ciudadanos sobre el desempeño de las instituciones públicas. Esto no solamente porque es factible el diálogo, sino también porque resulta dable incidir, inclusive, por parte de los diferentes sectores de la población, en la formulación del presupuesto nacional de ingresos y egresos del Estado, lo que a la postre, permitirá el desarrollo de programas y políticas públicas que también son generadas en el seno de los sistemas de consejos relacionados.

2.3.2. Alcaldías Indígenas y alcaldías comunitarias o auxiliares.

En un primer sentido, es preciso establecer que no se habla de una misma institución jurídica, por una parte, se encuentran las alcaldías indígenas y, por la otra las comunitarias o auxiliares. La primera encuentra su fundamento en el artículo 55 del decreto 12-2002, Código Municipal, el cual regula que: «El gobierno del municipio debe reconocer, respetar y promover las

³² Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 11-2002. *Ley de los Consejo de Desarrollo Urbano y Rural óp. cit.*, art. 4.

³³ Presidencia de la República de Guatemala. Acuerdo Gubernativo número 461-2002. *Reglamento de la Ley de los Consejo de Desarrollo Urbano y Rural*. 2002, art. 4.

³⁴ *Ibíd.*, art. 44.

alcaldías indígenas, cuando éstas existan, incluyendo sus propias formas de funcionamiento administrativo».³⁵

La escasa regulación de la institución de las alcaldías indígenas responde, a juicio de quien comenta, dado el contrasentido que implicaría normar las formas de organización, formas de vida, costumbres y tradiciones que a lo interno manejan las comunidades indígenas del país, esto encuentra su fundamento en el artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que prescribe: «Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado *reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradición* es, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos»³⁶.

Reconociendo que esta institución merece ser abordada con suma propiedad, basta decir que a criterio de quien elabora la presente ponencia, la institución de las alcaldías indígenas pone de manifiesto la noción de ciudadano moderno, en el que no solamente se mantiene un diálogo entre el Estado y los ciudadanos, sino que se asume un rol directo en el manejo de la gobernabilidad, en el marco del reconocimiento de un pluralismo jurídico y político.

Por otro lado, las alcaldías comunitarias o auxiliares se encuentran contenidas en el artículo 56 del Código Municipal anteriormente citado, el que prescribe: «El Concejo Municipal, de acuerdo a los usos, normas, y tradiciones de las comunidades, reconocerá a las alcaldías comunitarias o alcaldías auxiliares, *como entidades representativas de las comunidades, en especial para la toma de decisiones y como vínculo de relación con el gobierno municipal*. El nombramiento de alcaldes comunitarios o alcaldes auxiliares lo emitirá el alcalde municipal, con base a la designación o elección que hagan las comunidades de acuerdo a los principios, valores, procedimientos y tradiciones de las mismas»³⁷.

Esta institución, al igual que la anterior, representa una manifestación explícita de lo que se ha venido afirmado con relación a la nueva concepción de la ciudadanía y la sociedad civil, supone la toma de decisiones directas en materia de prestación de servicios públicos y concibe a su vez, un mecanismo de dialogo con el gobierno municipal.

2.3.3. Cabildos abiertos para la toma de decisiones municipales

Otra institución que sin duda alguna no puede dejar de mencionarse en esta breve ponencia, es la contenida en el artículo 38 del citado Código Municipal, la que en el marco de las sesiones que celebra el Concejo Municipal, contempla, en su parte conducente que: «Las sesiones serán públicas, pero podrán ser privadas cuando así se acuerde y siempre que el asunto

³⁵ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 12-2002. *Código Municipal*, 2002, art. 55.

³⁶ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala* óp. cit., art. 66.

³⁷ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 12-2002. *Código Municipal*, 2002, art. 56.

a considerar afecte el orden público, o el honor y decoro de la municipalidad o de cualesquiera de sus integrantes. También, *cuando la importancia de un asunto sugiera la conveniencia de escuchar la opinión de los vecinos*, el Concejo Municipal, con el voto de las dos terceras partes del total de sus integrantes, podrá acordar que la sesión se celebre a cabildo abierto, fijando en la convocatoria, el lugar, día y hora de la sesión. En estas sesiones del concejo, los vecinos que asistan tendrán voz pero no voto, debiendo todos guardar la compostura, decoro y dignidad que corresponde a una reunión de tal naturaleza, de lo contrario, la misma se suspenderá sin responsabilidad del Concejo Municipal (...) *Cuando la importancia del tema lo amerite, el Concejo Municipal podrá consultar la opinión de los Consejos Comunitarios de Desarrollo, a través de sus representantes autorizados*»³⁸.

Esta institución, aunque posee las deficiencias de que queda en el marco de la discrecionalidad del Concejo Municipal la posibilidad de su efectividad, así como también existe una ausencia de vinculatoriedad en las opiniones de los vecinos, ciertamente consiste un mecanismo directo en el que la ciudadanía puede acudir a manifestar su opinión con respecto de asuntos públicos. También la última parte del artículo en comento regula, dentro del marco de la discrecionalidad del Concejo, la posibilidad de recabar la opinión de uno de los niveles de los sistemas de Consejos de desarrollo urbano y rural, al que se hizo referencia previamente.

Finalmente, otra institución que vale la pena mencionar, aunque no está relacionada con las anteriores, la constituye la posibilidad de someter a consulta de los vecinos, mediante una papeleta, un determinado asunto de singular trascendencia; ello se encuentra establecido en el artículo 63 del multicitado Código Municipal.

2.3.4. Controles al gasto público (vía electrónica)

Al respecto de esta institución vale acotar que, como bien señala el autor Erick Rincón Cárdenas, «En el marco de la globalización que hoy envuelve nuestras economías, la incorporación a nuestro ámbito de internet se ha convertido en uno de los hitos que se deben tener en cuenta en la transformación del mundo. A esta revolución no se puede ver ajeno el sector público, de allí que se esté hablando en la actualidad de *e-government* o gobierno electrónico».³⁹

En ese contexto, Guatemala no ha sido ajena a implementar, en el marco del gobierno electrónico, los respectivos controles al gasto público, mismos que comportan una suerte de herramientas que utiliza la sociedad para poder controlar el gasto público, siendo los siguientes:

³⁸ *ibíd.*, art. 38.

³⁹ RINCÓN CÁRDENAS, Erick. «Gobierno electrónico y el control del gasto público a través de nuevas tecnologías. Una aproximación crítica y preliminar al e-control» *Revista de estudios socio-jurídicos*, vol. 5, núm. 2 (en línea). España, 2003, fecha de consulta 10/06/2023, ISSN: 0124-0579, ISSN-e 2145-4531, disponibilidad y acceso: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2315070> p. 120.

1. *Sistema de Información de Contrataciones del Estado -GUATECOMPRAS-*, mismo que, según la normativa que lo regula -artículo 4 bis. del decreto número 57-92 del Congreso de la República, Ley de Contrataciones del Estado-, consiste en un: «(...) sistema para la transparencia y la eficiencia de las adquisiciones públicas. Su consulta será pública, irrestricta y gratuita, y proveerá información en formatos electrónicos y de datos abiertos sobre los mecanismos y las disposiciones normadas en esta Ley y su reglamento (...)».⁴⁰
2. *Sistema Integrado de Administración Financiera -SIAF-*, consiste en un sistema que postula la posibilidad de ejercer un control sobre las actuaciones de la ejecución del Presupuesto del Estado y sus diferentes renglones. Encuentra su fundamento, en principio, en el artículo 49, literal i); asimismo, en el artículo 18 del Reglamento de la citada ley, contenido en el acuerdo gubernativo 540-2013.
3. *Sistema de Contabilidad Integrada -SICOIN-* similar al caso anterior, con base en las mismas normativas enunciadas, este control se ejerce en materia de contabilidad del Estado.
4. *Sistema Nacional de Inversión Pública -SINIP-*, al igual que los otros sistemas anteriormente expuestos, este comporta una suerte de control, solo que, este se refiere específicamente a las actuaciones de la Administración Pública al respecto del otorgamiento de obras públicas y su desarrollo.

De manera general, al respecto de sistemas de control electrónico anteriormente delimitados, conviene mencionar que configuran un acceso expedito del ciudadano a efecto de llevar a cabo la auditoría social al respecto de diversos estadios en los que se desarrolla la mecánica presupuestaria.

Conclusiones

1. La democracia, como muchos otros conceptos, ha ido evolucionando con el paso del tiempo, ha sido analizada desde distintas perspectivas y se ha transformado en sus bases, a tal grado de que hoy se habla de una democracia moderna que ha obligado a replantearse conceptos como el de ciudadanía y sociedad civil.
2. Ciertamente la democracia ha sido generalmente aceptada, si bien no como la mejor forma de gobierno, cuanto menos la que mejor permite el desenvolvimiento de los ciudadanos individualmente considerados, a fin de dotarlos de una libertad de expresión e involucramiento en el marco del funcionamiento del Estado.

⁴⁰ Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 57-92. *Ley de Contrataciones del Estado*, 1992, art. 4 bis.

3. La sociedad civil, como producto de la manifestación de la democracia moderna, se ha visto fortalecida, posicionando a ciudadanos como participantes activos en el abordaje de las problemáticas que afectan al Estado y las consecuentes decisiones para solucionarlas, ello en el marco de un pluralismo social y político que permite la incidencia directa de los ciudadanos, a tal grado de otorgarles un control inmediato sobre el desenvolvimiento de las instituciones públicas, permitiendo, inclusive, negociaciones y compromisos públicos.
4. Guatemala no ha sido ajena a los múltiples cambios que han acontecido en el marco de la comprensión de la democracia, la ciudadanía y la sociedad civil. Ha implementado, a través de su ordenamiento jurídico, bajo la noción de la auditoría social, instituciones jurídicas que permiten la participación directa de los ciudadanos y promueven la importancia de su opinión en los asuntos que derivan de problemáticas comunes.
5. La participación de la ciudadanía guatemalteca, en el marco de nuevas tendencias democráticas ha sido viabilizada por las instituciones jurídicas analizadas, tanto en el diseño y perfeccionamiento de políticas públicas, como en la respectiva fiscalización, permitiendo, inclusive, la participación en la formulación del presupuesto y el control sobre el gasto público de forma electrónica, adaptándose a tendencias que postulan el gobierno electrónico.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. 1985.
- ATILLI, Antonella. «Ciudadanía sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos» *Revista de estudios políticos*, núm. 126 (en línea). España, 2004, fecha de consulta 10/06/2023, ISSN: 0048-7694, disponibilidad y acceso: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3562-ciudadania-y-democracia-coleccion-instituto-federal-electoral>.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2016.
- Britannica*. Encyclopædia Britannica. *Democracy - ideal speech situation, equal liberty*. Fecha de consulta: 10/06/2023, disponibilidad y acceso: <https://www.britannica.com/topic/democracy/Rousseau>
- Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 11-2002. *Ley de los Consejo de Desarrollo Urbano y Rural*. 2002.
- Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 12-2002. *Código Municipal*, 2002.
- Congreso de la República de Guatemala. Decreto número 57-92. *Ley de Contrataciones del Estado*, 1992.

- Corte de Constitucionalidad. Expediente 5352-2013, Oficial 4º, Dictamen. Fecha: 11/07/2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C núm. 184.
- CURRUCHICHE, Julio y Luis F. LINARES L. *Manual para un municipio participativo*. Guatemala, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Teoría de la democracia*. España. Editorial Trotta, 2011.
- GARCÍA BAUER, Marta Silvia. *El Estado y sus formas estatales especiales*. Guatemala, Universidad Francisco Marroquín, 1987.
- OLVERA RIVERO, Alberto. *Ciudadanía y democracia* (en línea), México. 2008, fecha de consulta 10/06/2023, ISBN: 970-695-111-3, disponibilidad y acceso: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3562-ciudadania-y-democracia-coleccion-instituto-federal-electoral>.
- Organización de los Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. 2001.
- REYES LÓPEZ, Herlem Isol, «La corrupción en Guatemala y la importancia de la auditoría social», *revista economía*, No 164, Guatemala, 2005, Editorial instituto de investigaciones económicas y sociales IIES.
- RINCÓN CÁRDENAS, Erick. «Gobierno electrónico y el control del gasto público a través de nuevas tecnologías. Una aproximación crítica y preliminar al e-control» *Revista de estudios socio-jurídicos*, vol. 5, núm. 2 (en línea). España, 2003, fecha de consulta 10/06/2023, ISSN: 0124-0579, ISSN-e 2145-4531, disponibilidad y acceso: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2315070>.
- SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* (en línea), México. 2016, fecha de consulta 10/06/2023, ISBN: 968-39-0884-5, disponibilidad y acceso: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1135-que-es-la-democracia>.
- Secretaría presidencial de la mujer, «Auditoría social, antídoto contra la corrupción». Programa de capacitación para mujeres en los consejos de desarrollo urbano y rural, No. 8, Guatemala, 2004, Magna Terra editores.

Derechos de Autor (c) 2023 Jean Carlo Guzmán Tellez



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/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 XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**BREVE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS EXHORTATIVAS
REALIZADAS POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD AL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA COMO CONSECUENCIA DE
PLANTEAMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

Herbert Egil Saúl Muñoz Reyes



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.126>

Breve análisis jurisprudencial de las exhortativas realizadas por la Corte de Constitucionalidad al Congreso de la República como consecuencia de planteamientos de inconstitucionalidad por omisión en materia de derechos humanos

Herbert Egil Saúl Muñoz Reyes
Corte de Constitucionalidad

Introducción

Existen modalidades especiales de planteamiento de la inconstitucionalidad directa, general o abstracta, entre las que se encuentra la inconstitucionalidad por omisión, es decir, este tipo de garantía constitucional es susceptible de ser interpuesta cuando el vicio que se alega consista en una omisión normativa, ello, principalmente, cuando la propia Constitución Política de la República haya dispuesto que se atienda regular un asunto determinado y no se ha procedido de tal manera.

Por lo que se realizará un breve análisis jurisprudencial de las exhortativas en materia de derechos humanos realizadas por la Corte de Constitucionalidad al Congreso de la República de Guatemala, como consecuencia del planteamiento de inconstitucionalidades por omisión.

Objetivos

Objetivo general: Realizar un breve análisis jurídico-jurisprudencial sobre las exhortativas en materia de derechos humanos realizadas por la Corte de Constitucionalidad al Congreso de la República de Guatemala, como consecuencia del planteamiento de inconstitucionalidades por omisión, para tener más conocimiento y mayor comprensión sobre el tema.

Objetivos específicos

- a) Realizar un estudio jurisprudencial en materia de derechos humanos sobre las exhortativas realizadas por la Corte de Constitucionalidad al Congreso de la República de Guatemala.
- b) Examinar la jurisprudencia sobre derechos humanos relacionada con las razones por las que la Corte de Constitucionalidad ha tenido la necesidad de exhortar al Congreso de la República de Guatemala a superar omisiones normativas.

Justificación: Con fundamento en que debe primar la protección de derechos humanos de los habitantes de la República, la Corte de Constitucionalidad, como consecuencia del planteamiento de inconstitucionalidades por omisión, ha exhortado en diversas ocasiones al Congreso de la República de Guatemala para que supere omisiones normativas. Por lo que estimé necesario realizar el estudio académico y jurídico-jurisprudencial al respecto.

La presente es una monografía de análisis de casos. En la que se utilizaron los métodos de investigación analítico, que permitió analizar todo el material recopilado, para tener una panorámica general del tema, y deductivo, que permitió partir de lo general hacia las características singulares del tema objeto de estudio.

Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general

Esta es una acción que puede plantearse contra leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, su objeto es garantizar la supremacía constitucional, pues, de declararse con lugar, tiene como consecuencia la expulsión de los preceptos normativos que contraríen la Ley Suprema; asimismo, esta puede ser total o parcial. Tal acción se interpone directamente ante la Corte de Constitucionalidad.

Según el artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto Número 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente, tienen legitimación activa para plantearla los siguientes actores:

- La Junta Directiva del Colegio de Abogados actuando a través de su presidente.
- El Ministerio Público a través del Procurador General de la Nación.
- El Procurador de los Derechos Humanos en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que afecten intereses de su competencia.
- Cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos.

Los requisitos para su viabilidad son los siguientes:

- Enunciar puntualmente cuál es el enunciado normativo que se acusa que colisiona con la Constitución.
- Citar el precepto constitucional que se estima contrariado.
- Realizar el razonamiento confrontativo [desarrollo de argumentos separados, claros y razonados, en el que se confronte el precepto señalado de inconstitucional con el articulado constitucional].

Inconstitucionalidad por omisión

Este tipo de inconstitucionalidad es “*la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación*”¹.

Entendido de otra manera, puede advertirse que la Constitución se puede vulnerar cuando se hace lo que prohíbe y cuando se deja de hacer lo que ordena². En ese sentido, puede entenderse que la Ley suprema puede vulnerarse por dos motivos, por acción y/o por omisión. La primera se refiere a la existencia de un precepto normativo que resulta ser contrario a lo establecido en el Magno Texto, y la segunda es la inactividad legislativa.

A su vez, la inconstitucionalidad por omisión puede ser absoluta, es decir, un incumplimiento total de la obligación de legislar, o puede ser relativa, una actividad legislativa insuficiente y defectuosa, como el hecho de no incluir un supuesto normativo, un grupo, o un destinatario que debía regularse en la disposición legal.³

Inconstitucionalidad por omisión en Guatemala

En la Corte de Constitucionalidad de Guatemala se han proferido varias sentencias de inconstitucionalidades por omisión, un ejemplo de ello es la sentencia de ocho de febrero de dos mil once, dictada en el expediente 2229-2010, en la que se alegó, fundamentalmente, la omisión del Congreso de la República de Guatemala en la emisión de la ley que debe regular las materias relativas a comunidades indígenas, en la cual, si bien es cierto se estimó que el planteamiento formulado no podía prosperar, el Tribunal Constitucional perfiló varios aspectos importantes sobre esa modalidad de inconstitucionalidad.

Como primer punto, evocó la definición aportada por el jurista argentino Víctor Bazán, el que refiere que el vicio de inconstitucionalidad por omisión se presenta cuando: “... no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preterir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros (Bazán, Víctor, “*Jurisdicción constitucional local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas*” en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución. No. 2, Ed. Porrúa, México, 2004. Pág.199)”. De lo anterior, la Corte evidenció el reconocimiento de la inconstitucionalidad por omisión por parte de doctrinarios, y agregó que debía entenderse que

¹ Fernández Rodríguez, J. La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. Revista de Estudios Políticos. 1998. Pág. 335-336.

² Bidart, G. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires, 1996. Ediar.

³ Bazán, V. El control de constitucionalidad en la República Bolivariana de Venezuela y en el derecho comparado. 2006. Provincia.

esta se concretaba no solo cuando concurriera omisión de legislar, sino que cuando existiera una regulación insuficiente o discriminatoria.

La Corte continuó exponiendo que en el ordenamiento jurídico guatemalteco no estaba contemplada la posibilidad de plantear inconstitucionalidad ante la actitud omisiva total por parte del órgano legislador, lo que en la jurisprudencia constitucional colombiana, se denomina Inconstitucionalidad por omisión absoluta; además, trajo a colación lo indicado por el jurista guatemalteco Mynor Pinto Acevedo: “En el sistema jurídico guatemalteco no se encuentra expresamente regulado lo referente a la inconstitucionalidad por omisión, es decir, la inconstitucionalidad que se produce cuando no se obedece el mandato que obliga a emitir una ley ordinaria en desarrollo de un precepto de la Constitución, así puede mencionarse que la Ley Fundamental ordena la promulgación de aproximadamente sesenta leyes ordinarias, algunas de las cuales a la fecha -se refiere al año mil novecientos noventa y cinco- no han sido emitidas, como las relativas a los pueblos indígenas y la del servicio civil del Organismo Judicial, pero por no encontrarse regulado nada al respecto no puede hacerse efectivo el precepto constitucional. (Pinto Acevedo, Mynor, La Jurisdicción Constitucional en Guatemala, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 1995. Págs. 25 y 26.)”.

Pese a lo anterior, la Corte advirtió que sí es posible instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión cuando se impugne “una regulación insuficiente o discriminatoria”, ya que en esos casos sí concurre el señalamiento concreto de la norma, reglamento o disposición de carácter general sobre la cual se pretende el examen y por medio de la cual se concreta la omisión denunciada. Continuó arguyendo que ello no podría ser de otra manera, ya que la propia Constitución, en su artículo 267, establece: “... 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”, lo cual significa que para que se posibilite el examen de constitucionalidad es *conditio sine qua non* el señalamiento de una norma jurídica del tipo de las referidas en el texto constitucional transcrito, pues sobre ella recaerá el examen; no puede entonces, prosperar el planteamiento contra una omisión del tipo de la que fue impugnada en el caso que se menciona.

Exhortativas en materia de derechos humanos realizadas por la Corte de Constitucionalidad al Congreso de la República de Guatemala

Al respecto, se han dictado otros fallos en los que, incluso, se ha realizado exhortativas al Congreso de la República de Guatemala para superar la omisión alegada por los interponentes de la acción, entidad a la que, por llamado constitucional, le corresponde la potestad legislativa.

En ese contexto, se traen a cuenta los siguientes pronunciamientos dictados en las inconstitucionalidades por omisión interpuestas:

Sentencia de diecisiete de julio de dos mil doce, emitida en el expediente 1822-2011

En dicho fallo se concluyó que la inconstitucionalidad por omisión en el artículo 201 Bis del Código Penal, debía ser subsanada por el Congreso de la República adicionando en su redacción, las frases de: “el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y determinar expresamente que también constituye este delito “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”; la observancia de lo anterior, atiende al ejercicio de la función que le confiere el artículo 171, inciso a), de la Constitución Política de la República, y así cumplir con la obligación que al Estado de Guatemala le impone el artículo 1 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, en cuanto a “sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”. Por lo que se declaró la inconstitucionalidad de la omisión de regular las conductas punibles que adecuen el tipo penal de tortura a los estándares internacionales indicados.

Como consecuencia la Corte dispuso: **a)** que, conforme la Constitución Política de la República, entre otros, tienen iniciativa de ley para el efecto los diputados al Congreso de la República, el Organismo Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia, por lo que la presente sentencia deberá notificársele a dichos órganos del Estado; **b)** que, no obstante no tener fijado plazo en la Constitución Política de la República para la emisión de la legislación señalada, *se exhorta* a los indicados órganos del Estado dotados de iniciativa legislativa a asumir la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión señalada en la presente sentencia, y **c)** recibidas y admitidas iniciativa o iniciativas de reforma al artículo 201 Bis del Código Penal por el Congreso de la República, que, conforme los trámites previstos en la Constitución Política de la República y la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, proceda a su discusión y aprobación correspondientes.

Sentencia de catorce de marzo de dos mil doce, emitida en el expediente 4238-2011

En este caso la Corte advirtió que a efecto de garantizar el cumplimiento del contenido real del artículo 66 constitucional, deben emitirse dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco disposiciones normativas que garanticen la protección y goce de los derechos contenidos en este. Tal es el caso relativo a que en la ley que regula la materia de las telecomunicaciones se regule la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales, tal y como se dispone en los Acuerdos de Paz suscritos por el gobierno de la República de Guatemala y la Unidad

Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG-, específicamente en el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas.

En tal virtud, y siendo que se ha reconocido que, a la Corte de Constitucionalidad, ante su función esencial de ser la suprema defensora de la Constitución y el orden constitucional de Guatemala, le corresponde velar por la eficacia normativa del Texto Supremo, ante actitudes omisas del legislador que impiden el pleno goce de los derechos que la Constitución garantiza, tal y como ocurría en el caso bajo análisis *exhortó* al Congreso de la República para que, de acuerdo a lo considerado en ese fallo, emitiera la normativa correspondiente en virtud de la cual se regulara la posibilidad y acceso de los pueblos indígenas para la obtención y explotación de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, para promover la defensa, desarrollo y difusión de sus idiomas, tradiciones, espiritualidad y cualesquiera expresiones culturales.

Sentencia de cinco de octubre de dos mil diecisiete, emitida en el expediente 5956-2016

En dicho fallo se *exhortó* al Congreso de la República de Guatemala para que, en su función legislativa, promoviera la creación de leyes ordinarias que regularan el consumo, distribución y producción de materiales no reutilizables que causan contaminación en el medio ambiente para minimizar los efectos nocivos en la salud de las personas a nivel nacional, de conformidad con lo considerado en tal sentencia y en los estándares internacionales en los temas de medio ambiente y derechos humanos.

Sentencia de veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete, emitida en el expediente 2112-2016

En el planteamiento de inconstitucionalidad se cuestionó el artículo 11 de la Ley de Protección y Desarrollo Artesanal, que hace referencia a que el Estado otorgará a los artesanos que trabajen en forma individual y “a las asociaciones y gremios artesanales, con personalidad jurídica y amparadas en la [...] ley” los beneficios de exoneraciones impositivas que ahí se establecen. El texto de ese artículo implica que o bien se actúa individualmente o colectivamente, por medio de personas jurídicas cuya personalidad haya sido reconocida de forma previa; ello es objetado por las promotoras de la garantía constitucional porque desnaturaliza sus formas de organización, así como modos de vida, restringiéndoles acceso a beneficios tributarios.

En ese contexto, la Corte estimó pertinente referir que si bien se ha podido estimó que la mejor forma de protección de las manifestaciones de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas es la emisión de normativa *ad hoc*, lo concerniente a los incentivos que el Estado otorgue a los artesanos que trabaje en forma individual y a las asociaciones y gremios artesanales está regulado en el cuerpo normativo que, en efecto, corresponde: una ley que propende a la protección y desarrollo de la producción artesanal.

Definido el punto anterior, continuó refiriendo que la exigencia de que un colectivo de indígenas deba estar constituido como persona jurídica colectiva para ser beneficiado con exoneración de impuestos sobre importación de materias primas, herramientas y equipos utilizados en la fabricación de artesanías y con la exoneración de los impuestos de exportación, conlleva una limitación irrazonable en atención al propósito esencial de fomento de la producción artesanal a que propende la ley.

Por lo anterior, se concluyó que al ignorar esas formas de organización y de vida, se coloca en situación de desigualdad a las tejedoras y se desconoce el deber constitucional de fomentar el desarrollo de esas comunidades y proteger su identidad cultural. Por tal razón, indicó que el texto del artículo referido implicaba una regulación discriminatoria e insuficiente que la hacía inconstitucional por omisión relativa, lo que debía superarse mediante la reforma legal que corresponde; para tal propósito, debe tomarse en cuenta lo antes referido en cuanto a la realidad organizativa de los pueblos indígenas.

En virtud de haberse advertido la necesidad de contar con una ley específica en materia de propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, **exhortó** a los diputados del Congreso de la República a que emitiera la ley específica por la cual se establecieran mecanismos de protección de la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas.

Sentencia de veintinueve de enero de dos mil diecinueve, emitida en el expediente 3239-2017

En ese pronunciamiento la Corte advirtió que efectivamente existía omisión legislativa en materia de nacionalidad, pero no por inobservancia de los artículos 4, 28, 47, 146 y 175 de la Constitución, sino por razón del mandato constitucional regulado en el artículo 3 del Título VIII de Disposiciones transitorias y finales de la Constitución, el cual dispone: “...El Congreso de la República emitirá una ley relativa a la nacionalidad, a la brevedad posible.”

Por lo precedente, para superar el incumplimiento encontrado al mandato constitucional expreso en materia de nacionalidad, indicó que debía ser emitida exhortación al Organismo Legislativo, para que, en atención a los compromisos internacionales en dicha materia, emitiera el Decreto que correspondiera para superar la omisión constitucional encontrada, apelando al Congreso de la República a que cumpliera responsablemente con la exhortación que realizó, otorgándole la premura que la regulación de ese tema amerita, conforme lo estableció el poder constituyente.

Siguió exponiendo que, la falta de acogimiento referida no impedía que, en virtud de existir un mandato constitucional incumplido por más de treinta años, aprovechara la oportunidad para *exhortar* a los diputados del Congreso de la República a que emitieran la ley que regulara los supuestos de la naturalización declaratoria, entre otros aspectos que debían actualizarse en materia de nacionalidad

Sentencia de ocho de octubre de dos mil diecinueve, emitida en el expediente 4670-2017

La Corte sostuvo que, al contemplar la Ley Suprema (artículos 67, 68 y 70) el derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre sus territorios ancestrales, lo pertinente es que todo lo relacionado con la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus territorios, y los derechos derivados de ella, debieran estar regulados en un cuerpo normativo específico; en tal virtud, estimó que se debía emitir exhortación al Organismo Legislativo, para que emitiera el decreto que correspondía para superar la omisión constitucional encontrada. Aunado a ello, expuso que era necesario reiterar que cualquier medida legislativa con relación al derecho comunal de la tierra debía ser consultada previamente con los pueblos indígenas por tratarse de un derecho contemplado en Tratados y Convenios Internacionales y ser temas que afectaban directamente sus intereses.

En virtud de haberse advertido la necesidad de contar con una ley específica en materia de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus territorios, *exhortó* a los diputados del Congreso de la República a que emitiera la ley específica, por la cual se establecieran mecanismos de protección de la propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus territorios, previa consulta con los pueblos indígenas, por tratarse de un derecho contemplado en Tratados y Convenios Internacionales y ser temas que afectan directamente sus intereses.

Sentencia de veintisiete de agosto de dos mil veinte, emitida en el expediente 1258-2018

En ese pronunciamiento, la Corte sostuvo que, ante la imperiosa necesidad de contar con el cuerpo normativo relacionado, dadas las circunstancias y sobre todo el tema de la conflictividad que genera la ausencia de regulación del derecho de consulta, estimó oportuno también *exhortar* a los entes que de conformidad con la Constitución Política de la República se les reconoce iniciativa de ley presentaran al Congreso de la República el proyecto de ley sobre el derecho de consulta a pueblos indígenas. Asimismo, exhortó a los representantes de los pueblos indígenas asentados en el territorio nacional a que presentaran gestión específica a las entidades a las cuales se les atribuye iniciativa de ley para que presentaran la iniciativa precisada.

En dicho fallo la Corte también estableció las pautas para desarrollar el proceso de consulta en la emisión de la Ley de Consulta a Pueblos Indígenas, lo que, además, ordenó que debía ser desarrollado en un plazo máximo de 12 meses, contados a partir de que fuera recibida en el Organismo Legislativo la o las propuestas de ley correspondientes.

Por lo anterior dispuso exhortar al Congreso de la República para que a la brevedad posible avanzara responsablemente con el proceso legislativo correspondiente, a fin de que fuera emitido el cuerpo normativo específico que debe regir el derecho de consulta a pueblos indígenas,

otorgándole la prelación que la regulación de ese tema amerita, observando siempre la celeridad necesaria que requiere la normación de este derecho, así como los principios que lo rigen de acuerdo a los estándares internacionales, debiendo para el efecto atender lo considerado en tal fallo.

Sentencia de once de febrero de dos mil veintiuno, emitida en el expediente 4358-2018

En ese pronunciamiento la Corte estableció la conveniencia de modificar de manera particular el artículo cuestionado [artículo 9 del Decreto Ley 106, Código Civil], ya sea robusteciéndolo o por vía de la adición de artículos subsiguientes, o bien, si es necesaria la creación de legislación específica posterior para trasladar a ese cuerpo legislativo nacional, el avance y desarrollo que se ha hecho en materia de derechos de personas con discapacidad en el Derecho internacional. Para ello expuso que debía evaluarse si esa labor de regulación resultaba indispensable para el cumplimiento de la obligación del Estado de Guatemala consistente en adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivos los derechos que la Convención reconoce (como el establecimiento de criterios de distinción y de protección de los derechos de las personas con discapacidad o un sistema de salvaguardias), así como de criterios orientadores acerca de cómo debe pronunciarse un Juez cuando recibe petición para someter a régimen de incapacidad a una persona que adolece de enfermedad mental que lo priva total o parcialmente de discernimiento. Labor que se traduce en adecuar la normativa nacional contraria o que se oponga a aquellos estándares internacionales.

Por lo anterior, *exhortó* a los Diputados al Congreso de la República para iniciar la discusión y el análisis pertinente acerca de los señalamientos que fueron planteados por medio de esa acción constitucional.

Sentencia de siete de enero de dos mil diecinueve, emitida en el expediente 452-2019

En ese caso la Corte coligió que la falta de acogimiento del planteamiento de inconstitucionalidad general no era óbice para que, en virtud de ser receptiva de las preocupaciones expuestas por las accionantes y al sensibilizarse por el estado de cosas inconstitucional que se produce por la falta de cumplimiento del mandato constitucional expreso contenido en el artículo 127 del Magno Texto, aprovechara la oportunidad para exhortar a los diputados del Congreso de la República a que, en un plazo razonable, emitieran la ley específica que regulara el tema del aprovechamiento, uso y goce de las aguas, de acuerdo con el interés social, lo que implicaba tomar en cuenta la especial visión que los pueblos indígenas tienen con relación a ese recurso –por su relación material y espiritual–.

Asimismo, se orientó que el cuerpo legal que se emitiera debía observar el mandato constitucional de regular el régimen de aguas “de acuerdo con el interés social” y, además, se tuviera en cuenta: *i)* la naturaleza fundamental del derecho al agua; *ii)* la singular percepción –por su relación

material y espiritual– de los pueblos indígenas sobre el agua; y *iii*) lo manifestado sobre ese tema en las observaciones, resoluciones y declaraciones emanados de órganos de la Organización de Naciones Unidas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en otros estándares internacionales atinentes a la temática.

Por lo expuesto se *exhortó* al Congreso de la República para que, en un plazo razonable y en atención a lo considerado en esa sentencia, emitiera la ley a que hace referencia el artículo 127 de la Constitución Política de la República, en la cual se regule lo relativo al régimen de aguas, “de acuerdo con el interés social”.

Sentencia de veintiocho de enero de dos mil veintiuno, emitida en el expediente 3350-2019

La Corte sostuvo que, en efecto, existía la omisión con relevancia constitucional y convencional denunciada, por cuanto que concurrían los elementos que la configuraban, a saber: **a)** La existencia de un mandato constitucional, que es resultante de disposiciones fundamentales que hacen referencia a la necesidad de dotar protección a las personas con discapacidad –artículo 53 de la Constitución–, así como de alcanzar el valor justicia, de propender a la igualdad de las personas y de lograr una existencia digna de todas las personas, en especial de las que han sido estructuralmente discriminadas; esos enunciados se complementan con lo regulado en disposiciones de Derecho Internacional que el Estado de Guatemala se comprometió a observar. Particular atención amerita el compromiso que deriva del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece: “... adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud. En particular los Estados Partes: [...] e) prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán porque esos seguros se presten de manera justa y razonable”. Dicha disposición constituye un mandato convencional expreso que no se puede soslayar. **b)** La inacción o pasividad del encargado de emisión de la disposición normativa, lo que supone que, ante la existencia de un mandato de actuación –tal como fue identificado en la literal anterior–, dicho encargado asume una actitud desidiosa. En el asunto objeto de estudio se determinó que el Congreso de la República no había actuado con la diligencia que impone la realización del referido mandato, a pesar de ser el llamado a adoptar las medidas legislativas pertinentes para proscribir la discriminación específica a las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y vida, velando porque la prestación de estos se produzca de manera justa y razonable. También indicó que en la iniciativa de ley cinco mil ciento veinticinco (5,125) se ha proyectado la inclusión de disposiciones que prescriben la necesidad de trato igualitario a las personas con discapacidad en el tema de seguros, así como prohíben la negativa de estos basándose en motivos de discapacidad; no obstante, ese proyecto aún no se había convertido en ley; por ello, en tanto no se avanzara con ese tema, asumió que concurría la actitud omisiva que se objetaba. **c)** El transcurso de un plazo razonable; esto se denota en el caso objeto de

estudio, por cuanto que había transcurrido un período de tiempo en el que, razonablemente, el Organismo Legislativo habría podido aprobar el decreto correspondiente a efecto de superar la insuficiencia normativa. Debe tenerse presente que, a la fecha en que se emitió el pronunciamiento de mérito, habían transcurrido más de once años desde que la citada convención internacional está en vigor para el Estado de Guatemala; a pesar de ello, no se había dado cumplimiento al mandato que deriva del artículo 25, literal e), antes transcrito. Ese tiempo ha sido más que suficiente para que la normativa cuestionada hubiera sido ajustada a las necesidades de brindar la mayor protección a las personas con discapacidad y posibilitar su acceso a los seguros de vida y de salud. **II) De la naturaleza relativa de la omisión:** el análisis efectuado permitió a la Corte detectar una omisión con relevancia constitucional y convencional, de naturaleza relativa; esto se puso de manifiesto por el hecho que sí existe un apartado en la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad –Decreto 135-96 del Congreso de la República de Guatemala–, consistente en el capítulo VI del título I, que regula lo concerniente al tema de salud de ese ese segmento poblacional, pero este presenta la insuficiencia sobre la cual se ha hecho relación en este pronunciamiento. En tal virtud, se concluyó que la superación de dicha deficiencia debía conllevar que se ajustaran los enunciados normativos existentes a los mandatos constitucionales y convencionales correspondientes.

Por lo analizado en dicho fallo, la Corte *exhortó* al Congreso de la República de Guatemala para que ajustara el contenido del capítulo VI del título I de la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad –conformado por los artículos del 44 al 53, bajo el epígrafe “*Salud*”–, a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial lo regulado en el artículo 25, literal e), con relación a la prohibición de discriminación a las personas con discapacidad en el tema de seguros; esto en virtud de que la existencia de esa prescripción convencional no podía ser llanamente inobservada.

Conclusiones

La Corte de Constitucionalidad, como defensora del orden constitucional, con fundamento en el principio de supremacía de la Constitución, tiene la potestad de expulsar del ordenamiento jurídico nacional las normas que no se adecúen a la Ley Suprema; empero, por medio de su jurisprudencia, también ha permitido el control de constitucionalidad por omisión legislativa.

La Corte de Constitucionalidad ha establecido que no está contemplada la posibilidad de plantear inconstitucionalidad ante la actitud omisiva total por parte del órgano legislador; sin embargo, ha sostenido que sí es posible instar la acción de inconstitucionalidad denunciando una omisión cuando se impugne “*una regulación insuficiente o discriminatoria*”, ya que en esos casos sí concurre el señalamiento concreto de la norma, reglamento o disposición de carácter general sobre la cual se pretende el examen y por medio de la cual se concreta la omisión denunciada.

Referencias bibliográficas

Bazán, V. El control de constitucionalidad en la República Bolivariana de Venezuela y en el derecho comparado. 2006. Provincia.

Bidart, G. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires, 1996. Ediar.

Fernández Rodríguez, J. La inconstitucionalidad por omisión en Portugal. Revista de Estudios Políticos. 1998.

Derechos de Autor (c) 2023 Herbert Egil Saúl Muñoz Reyes



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](#) - [Textocompleto de la licencia](#)

Opus Magna Constitucional
Tomo XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**ALGUNAS NOTAS SOBRE LA JURISPRUDENCIA Y EL
PRECEDENTE CONSTITUCIONAL**

Carlos Fernando Rosales Santos



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.127>

Algunas notas sobre la jurisprudencia y el precedente constitucional

Carlos Fernando Rosales Santos
Corte de Constitucionalidad

Introducción

La presente monografía de investigación tiene por objetivo establecer elementos conceptuales en torno a la jurisprudencia, así como el uso de dicho término en los sistemas jurídicos del *common law* y del *civil law*, dado que cada uno de estos clasifica la jurisprudencia de acuerdo con el grado de autoridad y la práctica legal le dan, sobre todo porque dependiendo de cada tradición jurídica, la jurisprudencia ya no solo es pensada como un conjunto de decisiones judiciales, sino que adquiere una categorización distinta como el caso del precedente, en el que se fijan o establecen reglas de derecho que pueden ser utilizables para resolver casos similares en el futuro, adquiriendo especial relevancia el precedente constitucional por el tipo de reglas que la interpretación de la constitución introduce en el sistema jurídico.

De esa cuenta, en la presente investigación, como primer aspecto se abordará de forma general el concepto de jurisprudencia, para así presentar una serie de definiciones que permitan percibir elementos concretos de aquella categoría. Luego, se hace alusión a la posición que ocupa la jurisprudencia como fuente de Derecho en las tradiciones jurídicas más importantes de occidente como lo son la de *common law* o de derecho anglosajón que comprende tanto el derecho inglés como el norteamericano, así como el de *civil law*, *derecho continental* o *romano-germánico*, el cual ha sido adoptado en países que parten del paradigma del principio de supremacía de la ley.

En tercer término, de la mano de las tradiciones jurídicas relacionadas, se hace acopio de la doctrina del precedente judicial, de sus características generales y diversas tipologías, para finalmente indicar en qué consiste el precedente constitucional y su importancia en los modernos Estados Constitucionales de Derecho, no sin dejar de emitir algunas estimaciones respecto de la comprensión del precedente constitucional en Guatemala, sobre todo de la potestad otorgada en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad al Máximo Tribunal Constitucional Guatemalteco.

Para la elaboración del presente trabajo se utilizó el método cualitativo y lógico-deductivo, por medio de la selección de fuentes documentales doctrinarias y legales en torno a los tópicos relacionados.

1. Concepto de jurisprudencia

El concepto de jurisprudencia ha variado a lo largo del tiempo. Los romanos entendían la jurisprudencia como un deber propio de los juristas a quienes se les encargaba la tarea de develar

el Derecho en el caso concreto (Iglesias, 2004, p. 36). En el Digesto del *Corpus Iuris Civilis*, Ulpiano definió la jurisprudencia como “*est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”¹ (p. 59), de ahí que en la idea de jurisprudencia romana yace la noción del descubrimiento del Derecho que correspondería en determinado asunto, cuya solución debía solventar el *prudens* conocedor del *ius*.

Propiamente, en la modernidad se ha entendido como jurisprudencia a la “Doctrina establecida de forma reiterada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, al interpretar la Constitución y las leyes. Suele entenderse en dos o más ocasiones para constituir jurisprudencia” (Real Academia Española, 2017, p. 1251). De acuerdo con Xíol Ríos (2010), la palabra jurisprudencia debe su valor a la concepción como ciencia del Derecho, es decir que está vinculada a un problema epistemológico en torno a las distintas concepciones del Derecho de los operadores jurídicos, sean jueces, burócratas, académicos, entre otros.

Bazante Pita (2013) puntualiza que la palabra jurisprudencia alude sobre todo a “la posibilidad de la cientificidad o no del derecho” (p. 15), esto porque determinada técnica jurisprudencial responderá a la concepción axiológica concreta del operador jurídico, la cual se concretará en la valoración subjetiva que le otorgará a determinado material jurídico. Para Taruffo (2018), la jurisprudencia corresponde más a un conjunto de decisiones que a una serie de determinada concepción del Derecho derivado de la falta de predictibilidad y la existencia de disparidad de decisiones que se contrarían entre sí.

Las definiciones relacionadas dan idea de que la jurisprudencia tiene que ver con la forma en que se practica el Derecho. De acuerdo con Vargas Gómez-Urrutía (1996), la palabra jurisprudencia tiene varias acepciones, las cuales están emparentadas con la practicidad del operador jurídico, dado que engloba al conocimiento del Derecho, a la ciencia del Derecho, la doctrina jurídica, el conjunto de principios generales del Derecho que han surgido de la práctica de los tribunales que interpretan disposiciones jurídicas generales o a las normas jurídicas dictadas por los tribunales en sus sentencias. Este conjunto de acepciones oscurece el concepto diluyéndolo en un sinfín de significados que pueden ser utilizados conforme a la formación doctrinaria del operador jurídico, de manera que, de acuerdo con su propia concepción del Derecho esta pueda ser moldeada o aceptada de determinada manera.

2. La jurisprudencia en los sistemas de *common law* y *civil law*

La utilización de diversos materiales jurídicos por parte de los juristas está vinculada con el tipo de formación doctrinaria y de acuerdo con el paradigma cultural que condicione la intensidad de cada uno de ellos, es decir, su fuerza vinculante. Ante esa situación, los distintos sistemas jurídicos desarrollaron determinada posición respecto al valor de jurisprudencia como fuente del Derecho, relegándola a una fuente secundaria o primaria dependiendo del contexto cultural

¹ El conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

enlazado con las costumbres que moldearon determinada forma de pensar, normar y ejercer el Derecho.

2.1 La jurisprudencia en el sistema del common law

El *common law* es el sistema jurídico utilizado en países que tuvieron una vinculación colonial con Inglaterra, dado que este se originó en ese país, para David y Jauffret-Spinosi (2017), el *common law*:

...es el sistema de derecho que ha sido construido en Inglaterra principalmente por la acción de las Cortes reales de justicia, a partir de la conquista normanda. La familia del common law comprende, no solamente al derecho inglés, que en su origen y salvo algunas excepciones, a todos los derechos de los países de lengua inglesa. La influencia del common law ha sido considerable, no solamente en los países de idioma inglés, sino en forma general en la mayoría de los países, por no decir en todos los países que en alguna forma estuvieron vinculados o asociados políticamente con Inglaterra (p. 207).

En ese sentido, en el derecho inglés, la jurisprudencia es la fuente fundamental a partir de la cual se forma y organiza judicialmente. Para Guillot (1999), la concepción de lo jurídico para los ingleses está íntimamente vinculado a la realidad y su practicidad, es decir que, la tradición jurídica inglesa está enfocada en la elaboración del Derecho en el caso concreto, alejado, de cierta forma de una tendencia a la mera creación normativa previsible o legislada, dado que, su concepción empírica está anclada en la fuerza de la sentencia particular.

Siguiendo a Guillot, el derecho inglés está anclado en el pensamiento inductivo que se forma caso a caso, de esa cuenta, el derecho contiene una forma puramente judicial, conformado por dos grandes ramas el *common law* y *equity*. El *common law* es “un cuerpo de reglas judiciales basado sobre un viejísimo fondo consuetudinario” (Lévy-Ullman, 1927, p. 40, citado por Guillot, 1999); por su parte, el *equity* consiste en un sistema de reglas que mitigan el rigorismo del *common law*.

Aunque, en los sistemas de *common law*, la jurisprudencia también se usa para designar el conjunto de estudios generales relativos a la filosofía del derecho; también, en la práctica anglosajona, en la *jurisprudence* se incluyen los estudios que investigan la relación entre derecho y sociedad (*sociological jurisprudence*), los valores que interactúan en la formación de las fuentes jurídicas (*ethical jurisprudence*) y lo relativo a la investigación y evolución de las instituciones jurídicas (*historical jurisprudence*) (Carrió, 1962, p. XI). De esa cuenta, la variedad de acepciones del concepto de jurisprudencia se diluye en torno a la comprensión de la jurisprudencia no solo como un conjunto de precedentes judiciales, sino que también a la ciencia del Derecho, dimensionada en el ámbito académico en torno a diversos estudios que tratan de encontrar su relación con distintas disciplinas que amplía su espectro de comprensión en la dimensión de lo social.

Si bien, en el contexto actual abunda el derecho legislado en Inglaterra y en todas partes del mundo, la jurisprudencia en el sistema jurídico inglés aún conserva su autoridad como fuente primaria de Derecho. En ese orden de ideas, en el derecho inglés prima la *regla del precedente* por virtud de la cual existe “la obligatoriedad de observar las reglas que han sido creadas por los jueces (*stare decisis*) y de respetar los precedentes judiciales” (David y Jauffret-Spinosi, 2017, p. 265). La regla del precedente está construida por distintas partes que las propias decisiones judiciales contienen depende de la jerarquía e importancia del Tribunal o, incluso, del tópico que determinado juez haya juzgado en algún caso concreto, siendo estas la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, también se debe hacer relación a la teoría de las distinciones (*Distinguishing*) que habilita al juez a sustraerse, utilizando razones de peso, de la aplicación de determinado precedente.

Si bien la jurisprudencia en Estado Unidos de América es una fuente primaria del Derecho, derivado de la influencia del *common law* inglés, si bien la regla del precedente en Inglaterra obliga a los jueces a que sigan las condiciones dadas por el precedente, en Estado Unidos esa regla no es tan rigurosa (cfr. David y Jauffret-Spinosi, 2017, p. 314), ello derivado de la organización estatal que impide la uniformidad o la misma vinculación de determinado precedente aplicable en las entidades federales frente a las locales, por lo que determinada regla necesita cierta flexibilización de acuerdo a ciertas condiciones concretas que se den en los casos concretos. Además, los Tribunales superiores no están vinculados a sus precedentes y están facultados a revertir la jurisprudencia.

El *posicionamiento* de la doctrina del precedente en EE. UU., a diferencia del desarrollo más actual en Inglaterra, como prueba de la existencia del *common law*, permitió establecer un sistema “flexible” del precedente que, sin restar certeza y seguridad jurídica, brindó un amplio campo de maniobra a los jueces norteamericanos; además incentivó un activismo judicial característico de los regímenes jurisdiccionales progresistas. Si bien el fundamento de la independencia de EE. UU. fue la aplicación de los derechos del *common law* a todos los habitantes de la colonia, esto no implicó que pronto las cortes inicien un proceso activo para fortalecer los principios constitucionales del naciente país (Castro, 2019, p. 77).

En ese sentido, el derecho estadounidense matizó el sentido de la regla del precedente respecto de aquella prescrita por el derecho inglés prescribía, dado que, el derecho estadounidense introdujo por medio de su constitución distintas instituciones que conformaron el Estado federal norteamericano que transformaron en gran medida la tradición del *common law* resguardada por la tradición inglesa.

Para Kerpel (2021), los estadounidenses, a diferencia de los ingleses, dotaron de flexibilidad a las normas jurídicas, para que se ajusten a la realidad social, constituyendo meros elementos que precisan una ruta a seguir en un caso concreto. De acuerdo con Kerpel, los tribunales norteamericanos realizan atribuciones concretas, siendo estas la de resolver casos o sea la relativa a la administración de justicia en casos concretos teniendo prohibido “decidir cuestiones abstractas, hipotéticas o contingentes” (p. 79), ello porque para que una cuestión sea examinada por el sistema de justicia debe estar constituida por ciertos elementos que caracterizan a un caso

como justiciable; asimismo, otra función concreta de los tribunales es “la de proveer al sistema de reglas jurídicas” (p. 80).

En ese sentido, el estudio del precedente y su aplicación en la dinámica de los tribunales norteamericanos se centra en “el análisis de la denominada función institucional, esto es, en el estudio de cómo los tribunales proveen al sistema de reglas jurídicas y elaboran la doctrina judicial vinculante” (Kerpel, 2021, p. 80). Esta construcción de reglas jurídicas únicamente se logra a través de la aceptación del principio general del *stare decisis*, el cual exige que toda decisión judicial debe guardar congruencia con fallos similares previos y estos, a su vez, moldean la elaboración de preceptos jurídicos utilizables para casos futuros (p. 80).

De esa cuenta, la construcción de la jurisprudencia en el sistema jurídico norteamericano dista y evolucionó por aparte a partir de su independencia de Inglaterra matizando el derecho consuetudinario (cfr. Zárate y Martínez, 2018) por medio de normas legisladas y los parámetros establecidos constitucionalmente.

2.2 La jurisprudencia en el sistema de derecho continental, romano-germánico o civil law

De acuerdo con David y Jauffret-Spinozi (2017), en los sistemas romano-germánicos, las reglas de derecho que emiten los jueces tienen menos autoridad que aquellas emitidas por los legisladores, de ahí que la jurisprudencia sea relegada a una fuente secundaria o complementaria de la ley. Esa posición de desplazar la posición de la jurisprudencia deriva de una idea histórica propia del Derecho europeo continental:

La idea de que existía un derecho racional conforme a la naturaleza y búsqueda de la felicidad humana, justificaba los esfuerzos por descubrirlo y para fijar su contenido y promulgarlo como derecho vigente, esto ocasionó las tendencias a la codificación. Se trataba de reducir el sistema de derecho natural a un conjunto de normas (Zárate, 2018, p. 163).

En ese sentido, la ilustración y los movimientos sociales del siglo XVIII que propiciaron la revolución francesa y la transformación de los Estados nacionales en la esfera europea influidos por el liberalismo político y las connotaciones de limitación del poder propio del constitucionalismo continental, así como la configuración de la teoría de los frenos y contrapesos respecto de las funciones del Estado hicieron posible que la creación jurisprudencial del Derecho haya sido desplazada del ideario propio de la modernidad racionalizada.

En el contexto de la revolución francesa se descartó la idea de que el juez podía crear Derecho, ya que ello le atañía con exclusividad al legislador, quien era el único habilitado por el pueblo para expresar la voluntad general, pero, de acuerdo con Zárate (2018) en 1790 se creó el Tribunal de Casación, cuya atribución consistía en “mantener la unidad de la legislación y prevenir la diversidad de la jurisprudencia, lo que impulsó el surgimiento de una jurisprudencia uniforme con las leyes promulgadas” (p. 164). De esa cuenta, con la creación del tribunal mencionado se buscaba mantener la uniformidad de la interpretación de las disposiciones emanadas de los

poderes legitimados republicánicamente, hasta que, con la promulgación del Código Civil francés en 1804 se prohibió a los jueces que emitieran razonamiento alguno respecto de preceptos que contuvieran pasajes oscuros o ambiguos, aspecto que dio lugar al nacimiento de la denominada Escuela de la Exégesis, la cual constreñía al interprete (o juez) a detectar el sentido auténtico expuesto por el legislador de determinadas disposiciones normativas.

A partir de diversos estudios realizados por juristas alemanes respecto de la recepción del derecho romano, su uso y la evolución codificadora del derecho francés, se formó la denominada Escuela Histórica Alemana que centró su análisis en la elaboración de conceptos generales y particulares para la solución de problemas concretos en dogmatismo puro, a lo que se le denominó la *jurisprudencia de conceptos* que, de acuerdo con Flores Ávalos (2006), tenía las siguientes características: “1. La plenitud del derecho. 2. La creación de la ley por científicos. 3. Elaboración de conceptos jurídicos. 4. El juez es un simple mecánico del derecho” (p. 221). En ese sentido, la *jurisprudencia de conceptos* comprendía junto con la Escuela de la Exégesis, los paradigmas decimonónicos en torno al positivismo científico que permeó todas las esferas de investigación académica, incluido lo jurídico, de ahí que dichos paradigmas doctrinales se introdujeron en la práctica jurídica europeo-continental, la que ejerció influencia posteriormente en Iberoamérica, derivado de la importación de instituciones jurídicas provenientes del derecho español, tal como ocurrió en los códigos procesales de ex colonias españolas con la categoría denominada *doctrina legal*².

Siguiendo esa línea de ideas, de acuerdo con López Medina (2013), desde la mitad del siglo XIX, tanto en España como en Francia se había arraigado el principio de legalidad de tal forma que sujetaba a los jueces a resolver en obediencia literal con determinado precepto normativo, lo cual no solventaba una serie de problemas concretos, de ahí que en la práctica judicial surgieron las nociones de *jurisprudence constante* en el derecho francés y el de *doctrina legal* en el contexto español, ello derivado de que en la práctica legal, el solo texto normativo resultaba insuficiente para solucionar un caso concreto, de ahí que se previó la estandarización de las decisiones de los tribunales superiores para que estas compelieran a los jueces menores al momento de resolver asuntos específicos.

En las nuevas reglas de procedimiento españolas establecidas en 1855, la violación de la doctrina legal por un juez inferior era causal suficiente para casar el fallo. No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo *stare decisis* de la tradición anglosajona. Se trataba más bien de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a los hechos concretos) que la Corte de Casación

² De acuerdo con Calvo Vidal (1992, p. 235, citado por Ortega, 2002, p. 108), el uso del término doctrina legal se localiza en el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, el cual establecía el recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo Español, expresión que posteriormente fue incorporada a la Ley de Enjuiciamiento Civil Español de 1855 (González, 1991, p. 173). Asimismo, siguiendo a López Medina (2022), para 1889 el término doctrina legal fue incorporado al Código Civil Español aceptando su rol de complementariedad “en la interpretación y aplicación de la ley” (p. 200).

había dado a una disposición legal de manera constante. Se trataba, pues, de un respeto conceptual al sentido fijado para las normas en varias sentencias (López Medina, 2013, p. 10).

De esa cuenta, la jurisprudencia como fuente de derecho ha evolucionado de acuerdo con el lugar que la legislación nacional ha determinado expresamente, así como el carácter vinculante u obligatorio de decisiones jurisprudenciales, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el marco legal en países de derecho legislado, tal y como ocurre en Iberoamérica, aspecto que el paradigma del Estado Constitucional de Derecho transformó con la incorporación de Tribunales Constitucionales y la vinculatoriedad de sus decisiones para los poderes públicos.

En palabras de David y Jauffret-Spinosi (2017, p. 99), la creación de reglas de derecho por parte de los jueces es percibida por la comunidad jurídica de los sistemas de derecho romano-germánico como un abuso o una intromisión a la función legislativa, a la que le atañe la creación de normas abstractas con efectos generales, por lo que, las reglas formuladas por medio de jurisprudencia no tendrían la misma autoridad que aquellas emitidas por los parlamentos en razón del carácter imperativo que impregna la norma legislada y de la presunción de legitimidad otorgada democráticamente.

3. El precedente judicial

En este punto se estima preciso referir que, si bien el término jurisprudencia evoca múltiples acepciones, esa misma flexibilidad del concepto ha propiciado que a lo largo del tiempo se tendiera a utilizar otras expresiones o la creación de otros vocablos que concretizaran una determinada práctica de los tribunales respecto de las resoluciones que consideran trascendentes para ser utilizables en el futuro.

Taruffo (2018) indica que un verdadero precedente está constituido o conformado por una decisión que se aplicaría con posterioridad en casos subsiguientes (p. 9); asimismo, el precedente está conformado por dos factores:

El primer factor deriva del hecho de que este no es todo lo que se dice en la sentencia en cuestión, sino más bien el fundamento para decidir, es decir, el Estado de Derecho sobre el que se ha pronunciado el órgano jurisdiccional para clasificar jurídicamente el asunto objeto de resolución, y -de hecho- para resolver sobre el mismo (...) El segundo factor esencial es la necesaria analogía entre los hechos del primer y segundo caso: para que este último aplique la misma *ratio decidendi* y determine qué resolución debe adoptarse en el primero, es necesario que los hechos de los dos sean bastante similares, ya que es evidente -en caso de incoherencia de las situaciones de hecho- que una resolución basada en *ratio decidendi* no estaría justificada (pp. 9-10).

Además, para Taruffo (2007), la aplicación analógica en casos concretos gravita en la regla que el propio precedente provee para el futuro, de ahí que es “por lo tanto el juez del caso sucesivo el que establece si existe o no existe el precedente, y entonces, por así decirlo, ‘crea’ el precedente” (p. 88). Es decir que el juez del futuro realizará el análisis de los hechos y con base

en estos determinará si cierto precedente sería aplicable en un hipotético caso y, a través de este examen, se evaluará la eficacia del precedente para el futuro.

Si bien, dependiendo de la tradición jurídica que cada país adopta y de la matización de la práctica legal en cada uno de estos variaría la adopción de las reglas o doctrinales jurisprudenciales que emanen de los tribunales y sobre todo de aquellos de cierre del sistema legal doméstico. De esa cuenta, la aplicación de la doctrina del precedente es propio y originario de la tradición jurídica del *common law* que se adhiere a la doctrina del *stare decisis*. En cambio, en sistemas de derecho romano-germánico, la doctrina del precedente o el uso de precedentes judiciales únicamente tuvo una gran transformación con el cambio de paradigma propiciado por la adopción de constituciones rígidas y la incorporación de tribunales constitucionales al entramado organizativo del Estado.

A juicio de Verástegui (2022, p. XXVI) la práctica actual del precedente en los sistemas de derecho continental resulta evidente, porque:

- 1) los tribunales superiores invocan con frecuencia sus propios precedentes para justificar las sentencias que dictan; 2) los abogados también suelen citar los precedentes de los tribunales superiores cuando argumentan un caso; 3) no es insuficiente que las leyes prevean la posibilidad de que los miembros de los tribunales supremos se reúnan en pleno para unificar las doctrinas divergentes de las diversas salas o secciones del órgano colegiado, y 4) también existe la práctica de que los académicos estudien las sentencias de los tribunales supremos con la finalidad de identificar y sistematizar aquellas que sientan nuevos criterios (p. XXVI).

En ese entendido, la praxis legal ha evidenciado que los precedentes judiciales son materiales jurídicos que cada vez más cobran relevancia hasta el punto de que su vinculatoriedad sobrepasa los efectos directos de las partes e irradian a todo el sistema legal, en cuanto que estos fijan una postura determinada sobre la interpretación o dictan una regla de Derecho respecto de una situación concreta.

3.1 Tipos de precedentes judiciales

Los tipos de precedentes varían respecto de la práctica legal y la organización administrativa judicial de determinado sistema jurídico. Por ello, la clasificación de los precedentes responde al tipo de vinculatoriedad que estos desprenden, sea derivada por virtud de la ley o de la autoridad del tribunal, o, respecto de la jerarquía que ocupa en la estructura estatal cierto órgano jurisdiccional que lo emite.

En ese orden de ideas, un precedente es vinculante cuando obliga, pero, para ello, este debe estar revestido de una serie de características que lo catalogan como tal. Por lo regular los precedentes vinculantes son aquellos emitidos por tribunales supremos, pues se estima que estos influyen en las decisiones de los jueces menores (cfr. Taruffo, 2018, p. 15). También, en tradiciones jurídicas como el *common law* se exige que la sentencia que sienta un precedente

(*leading case*) articule una regla de Derecho (*binding precedent*) que los demás tribunales sigan en casos futuros.

De acuerdo con Taruffo (2018), un precedente es vinculante si ha sido emitido por un tribunal supremo, lo que alude a que se dimensione su verticalidad como punto de distinción respecto de aquellos fallos que emiten cortes o jueces inferiores, tal acotación da cabida a la regla adicional que un precedente es vinculante solo si resulta eficaz para casos análogos³ que conozca el propio tribunal que lo emita (lo que, a su vez alude a la obligatoriedad horizontal del precedente) como de que una situación de cierta índole sea también analizada por un juez jerárquicamente menor.

El precedente horizontal o autoprecedente es aquel que el propio juez o tribunal hace acopio de una decisión emitida con antelación para resolver un caso posterior con hechos y posturas análogas al caso previo. Es decir que son aquellos precedentes que obligan al propio tribunal, pues el mismo los ha proferido. Garay (2013, p. 13, citado por García García, 2018, p. 248), postula que un caso posterior debe ser resuelto de acuerdo con la regla que se sentó en una sentencia con supuestos equivalentes al emitido por el mismo tribunal, lo anterior supone la vinculatoriedad para el juez con sus previas decisiones, en tanto evidencia la previsibilidad de sus pronunciamientos respecto de un tópico en concreto del cual nace una regla jurídica para un caso futuro con iguales aristas.

Un problema recurrente en las tipologías del precedente está relacionado a su aplicación por parte del propio tribunal con un juez o jueces posteriores respecto del emitido en un fallo por jueces anteriores, dado que los nuevos judicantes pueden emitir razones que validen o rechacen la aplicación de un precedente y, por la propia autoridad del tribunal lo inaplique o anule.

Al respecto, López Medina (2013) señala:

La doctrina relativa del precedente exige del juez una doble carga en casos en que no parezca razonable seguirla: en primer lugar, “una carga de transparencia” en el sentido en que es necesario conocer y anunciar los precedentes vigentes que gravitan en contra de la nueva posición que se va a tomar, con lo que se prohíbe el cambio oculto de jurisprudencia; y, en segundo lugar, los jueces tienen que cumplir con una “carga de argumentación”, es decir, tienen que mostrar con claridad por

³ Para Itturalde (2014, p. 195) existen varios grados de eficacia que intensifican la vinculatoriedad del precedente, que pueden ser: a) una vinculación fuerte, b) una vinculación fuerte que se sujeta a límites determinados legalmente; c) la posibilidad de apartarse del precedente, cuando haya dispensa (legal) de no seguirlo; d) una vinculatoriedad leve, o persuasiva que invita al juez a seguir un determinado sentido sin que esté compelido de hacerlo y e) cuando no existe obligación para seguir el precedente, en virtud de la ley. Estos grados, tal como se hizo acopio, están supeditados tanto a la organización judicial prevista constitucionalmente, a la práctica jurídica y a la existencia de preceptos legales que avalan o limitan la obligatoriedad del precedente, ello asociado, claro está, al tipo de tribunal que aludan y al procedimiento a seguir para que este tribunal emita una resolución, pues, no puede equipararse a casos conocidos por tribunales constitucionales, frente aquellos que resuelvan un recurso de casación o una sentencia en grado, pues, el nivel de eficacia de determinada decisión judicial (en la tradición romano-germánica) está atada a disposiciones legales y, en caso de la tradición anglosajona del *common law* al uso en la práctica forense de cierta regla de Derecho establecida judicialmente o que se encuentra en algún estatuto.

qué la nueva posición jurisprudencial es superior jurídica y moralmente a la anteriormente adoptada, con lo que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional (p. 85).

En esta línea de pensamiento, los cambios de precedentes exigen que las razones utilizables para determinada ocasión sean derrotadas en una posterior que fundamente forma razonable la justificación necesaria y suficiente por medio de la cual se externe la nueva posición que el tribunal adoptó para una cuestión que debía resolver y siendo que las razones sustentadas en una anterior decisión no eran las mejores o las correctas, la nueva debería superar los razonamientos de aquella, para que así esta sea eficaz en el futuro.

4. El precedente constitucional

Al hacer alusión al precedente constitucional debe tomarse en cuenta la existencia de tribunales constitucionales cuyas atribuciones estén dirigidas a solventar cuestiones en torno a la protección de derechos fundamentales y la constitucionalidad de leyes y actos estatales. En ese entendido, tras el cambio de paradigma que significó el surgimiento de constituciones rígidas y de tribunales constitucionales, las resoluciones emanadas de estos tribunales generaron un material jurídico distinto que tanto académicos como juristas y operadores jurídicos en general han tomado como modelador de reglas de Derecho que se han establecido sin que medie la intervención legislativa. Si bien, la actuación del tribunal constitucional está supeditado a las atribuciones y funciones encomendadas por la constitución y determinada ley, también lo es que su actuación plasmada en resoluciones está investida de autoridad, sobre todo aquellas reglas jurídicas que se sientan por medio de la jurisprudencia del tribunal y que en sus consideraciones construyan una interpretación sobre determinado precepto constitucional o legal, la que es vinculante para los poderes públicos.

El precedente constitucional “está constituido por la *ratio decidendi*, constituida como el razonamiento fundante que sustenta la resolución del caso concreto; desarrollado por la máxima instancia de la jurisdicción constitucional” (Castro, 2019, p. 186). Es decir, que el precedente constitucional para convertirse en tal requiere que su conformación argumentativa construya una tesis sólida respecto de una cuestión concreta moldeada por los hechos de un caso en particular que, al fundarse en normas preexistentes aplicables o semiaplicables propicien del tribunal la adopción de una nueva regla de Derecho que derive de la contienda y, por medio de la cual, se le dé respuesta a una cuestión concreta.

Claro está que la distinción entre precedente judicial y precedente constitucional está en la autoridad de este último, así como del efecto normativo que las reglas de Derecho que se crean por medio del precedente vinculan a los poderes públicos, incluso, aquellos que velan por la justicia ordinaria cuando el tribunal constitucional es distinto o separado del poder judicial o corte de cierre ordinaria, ya que una corte constitucional “al ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución tiene un poder normativo que provoca la subordinación de la justicia ordinaria en diversos aspectos” (Bazante Pita, 2018, p. 21).

El efecto del precedente constitucional en los sistemas jurídicos de tradición romano-germánica ha sido gracias a la existencia de constituciones garantistas que cobijan en su entramado normativo no solamente la organización estatal, sino que también reconocen derechos fundamentales que orbitan en torno a la dignidad de la persona, también medidas de aseguramiento y protección de aquellos derechos, por medio de garantías constitucionales y la prevalencia de la fuerza normativa de sus preceptos, a través de la acción de inconstitucionalidad, fijando, además, ciertas instituciones que se encargan de la eficacia de los preceptos constitucionales por medio los fallos que constituyen las herramientas al alcance de los tribunales constitucionales en que plasman los razonamientos que tienen el efecto de vincular al poder público.

...la adopción de constituciones rígidas, que llena la brecha dejada por el rechazo al derecho natural como un freno para la legislatura, se ha visto acompañada de diversos instrumentos que tratan de mantener la legislación dentro de los límites constitucionales. Ha habido una traslación sustancial del poder, desde la legislatura a los tribunales (...) lo que mina el ideal de la supremacía legislativa. Las facultades de los tribunales de revisar la legalidad de la acción administrativa y la constitucionalidad de la acción legislativa, y para interpretar estatutos, minan el dogma de la separación estricta de poderes (Marryman y Pérez-Perdomo, 2017, p. 246).

En ese sentido, el precedente constitucional irrumpe en los sistemas de *civil law* sustituyendo el paradigma del juez legalistas por el juez de garantías que debe buscar darle eficacia normativa al plexo de valores, reglas y principios reconocidos por el texto constitucional⁴.

De ahí que, sea dable aludir que los aplicadores del Derecho (en el sentido de la tradición continental) atribuyen significados de una disposición normativa que no entra en el significado tradicional o común de determinado precepto (cfr. Guastini, 2017, pp. 593-596), de lo cual, los jueces constitucionales crean disposiciones que invalidan normas legisladas, mediante su derogatoria expresa o a través una reserva interpretativa respecto de normas inexpresas, incluso, ante una eventual inexistencia de normas, los propios jueces constitucionales crean reglas jurídicas sustituyendo normas expresas o inexpresas al emitir sus pronunciamiento, por lo que, el precedente, en el paradigma del Estado Constitucional de Derecho, no simplemente devela el sentido de cierto precepto constitucional, sino que desentraña, deconstruye y moldea su significado para la posterioridad.

4.1 Breves estimaciones respecto del precedente constitucional guatemalteco

¿Resulta válido señalar la existencia de la práctica del precedente constitucional en el derecho guatemalteco?

⁴ Situación que es más compleja en el *common law*, sobre todo el estadounidense derivado de la organización federal, ya que la creación de reglas jurídicas está destinada a propósitos doctrinales y sociales, derivado de la poca eficacia de los demás poderes federales con la dispensa de crear normas jurídicas (Congreso y Senado).

Al menos en lo que atañe a la práctica legal, tanto los académicos, los jueces, los abogados y demás operadores jurídicos manejan jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad como un material utilizado para solventar una cuestión jurídica en concreto, sobre todo cuando el tribunal constitucional ha hecho acotación respecto del sentido de un precepto legal, pero, en la enseñanza jurídica y ciertas prácticas forenses, la jurisprudencia constitucional se ha utilizado como un apéndice o glosa de la ley, incluso, se ha hecho acopio que de conformidad con la Ley del Organismo Judicial se establece (artículo 2) taxativamente que la ley es la fuente del ordenamiento jurídico y que la jurisprudencia juega un rol de complementariedad o secundario respecto de aquella.

Pero, el precepto relacionado entra en abierta oposición con lo que dispone el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad respecto de la vinculatoriedad de las decisiones del tribunal constitucional, dado que: 1) es una norma especial que rige respecto de las resoluciones dictadas por la Corte de Constitucionalidad; y 2) existen disposiciones legales en todo el sistema jurídico guatemalteco que reconocen la disponibilidad de crear jurisprudencia o doctrina legal, pero en lo que concierne a la justicia ordinaria.

En ese sentido, pueda que el reconocimiento taxativo de la práctica del precedente constitucional guatemalteco atañe a la razón interpretativa que se plasma en los fallos (sin hacer distinción respecto de si sea o no acogida la pretensión concreta), dado que por sí mismos, los fallos del Máximo Tribunal Constitucional vinculan al poder público, por lo que, se erosiona el paradigma de primacía de la ley de las fuentes del Derecho establecido en el artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial.

Conclusiones

Se mencionó que la jurisprudencia ha sido un método por medio del cual se crea Derecho, el cual se ha visto mermado por las transformaciones sociales y paradigmas que han exigido la concreción de otras formas de creación normativa (como la legislativa), lo que a la postre ha permitido distinguir distintos sistemas jurídicos en los que valoran determinada forma de elaboración/creación de preceptos jurídicos y relegan otras que podrían desvalorar ideales de un país.

Sin embargo, en los Estados Constitucionales de Derecho contemporáneos se estableció el paradigma a través del cual la Constitución constituye la *norma normarum* del ordenamiento jurídico, por lo que sus preceptos tienen efectos normativos con el agregado de que en su configuración preceptiva cobija una serie de valores que una comunidad se ha dado por estimarlos razonables y que comprende generalísimamente las cosmovisiones de las personas respecto de situaciones que afectan sus formas de vida, de ahí que, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho no solo recoja la organización del Estado (propio del constitucionalismo liberal), sino que también contenga el plexo de valores, principios y derechos fundamentales de las personas que gravitan en torno a su dignidad como tales.

En ese contexto, las fuentes del Derecho sufrieron transformaciones transversales sobre todo en sistemas jurídicos que contemplaban un cierto culto al legislador (lógico-racionalista), pues sumado a la típica tríada de organismos del Estado, se incorporaron diversas instituciones que orbitan alrededor de esos poderes con mandatos determinados, tal es el caso de los tribunales constitucionales que, con sus decisiones y la vinculatoriedad que de ellos emanan, han provocado cambios sustanciales en la práctica del Derecho y en cómo los operadores jurídicos conciben el Derecho, sobre todo derivado de las decisiones que dichos tribunales dictan, pues ostentan un valor distinto de aquellas proferidas por tribunales inferiores o de otra índole, dado que, al conformar jurisprudencia constante crean una regla de interpretación para el caso concreto que puede ser utilizado con posterioridad, sobre todo que el juzgamiento de cuestiones constitucionales evocan aspectos que irradian más allá de la mera literalidad de la norma derivado de que por lo regular los preceptos constitucionales son de carácter abstracto y vago.

De esa cuenta, el precedente constitucional constituye una categoría que ha emergido para solventar problemas concretos en torno a la creación de parámetros que un precepto constitucional desprende al ser aplicable en determinado caso concreto y cuya construcción justificativa-argumentativa sostenga un sentido interpretativo aplicable en posteriores casos.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente. (1986). *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Decreto Número 1-86.*
- Bazante Pita, V. (2015). *El precedente constitucional.* Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Editora Nacional.
- Carrió, G. (1962). Prefacio. IX-XXII. En: Hart, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis.* Ediciones Depalma.
- Castro, P. J. A. (2019). *El precedente constitucional: La transformación de las fuentes del ordenamiento jurídico.* Corporación de Estudios y Publicaciones. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Congreso de la República de Guatemala. (1990). *Ley del Organismo Judicial. Decreto Número 2-89.*
- David, R. y Jauffret-Spinozi, C. (2017). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferreres Comella, V. y Xíol Ríos, J. A. (2010). *El carácter vinculante de la jurisprudencia.* Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid.
- Flores Ávalos, E. L. (2006). Jurisprudencia de conceptos. *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau.* Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1855/16.pdf>

- García García, J. F. (2018). ¿Precedente horizontal de facto en el Tribunal Constitucional?. *Revista De Derecho Público*, 247–262. Recuperado de: <https://ultimadecada.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/51261/53677>
- González, A. S. (1991). Dogmática jurídica y análisis sociológico: el Derecho histórico de la doctrina legal. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), 173-199. Recuperado de: <https://doxa.ua.es/article/view/1991-n10-dogmatica-juridica-y-analisis-sociologico-el-derecho-hi>
- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del Derecho. Fundamentos teóricos*. Ediciones Legales.
- Guillot, R. A. L. (1999). El método en el derecho inglés. *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, (14), 199-228. Recuperado de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BFD-1999-14-8F2D7D94/PDF>
- Iglesias, J. (2004). *Derecho romano*. Ariel Editorial.
- Iturralde, V. (2014). Precedente Judicial. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (4), 194-201. Recuperado de: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2105>
- Kerpel, A. L. M. (2021). *Derecho constitucional en movimiento. El precedente judicial norteamericano*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- López Medina, D. (2013). *El derecho de los jueces*. Legis Editores S. A.
- López Medina, D. (2022). La transformación de “la jurisprudencia” tradicional en el “precedente” contemporáneo: hacia una historia regional entrelazada de las fuentes del derecho en América Latina. 181-248. En: Verástegui, A. M. (Coord.). *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Merryman, J. H. y Pérez-Perdomo, R. (2017). *La tradición jurídica romano-canónica*. Fondo de Cultura Económica.
- Ortega, R. R. (2002). Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho Público: reconsideración de las sentencias como fuente del derecho. *Revista de administración pública*, (157), 89-118. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/246389.pdf>
- Real Academia Española. (2017). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Editorial Santillana.
- Taruffo, M. (2007). Precedente y jurisprudencia. *Precedente. Revista Jurídica*, 86-99. Recuperado de: <https://www.icesi.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1434>
- Taruffo, M. (2018). *Aspectos del precedente judicial*. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León.

- Vargas Gómez-Urrutia, M. (1996). Algunas consideraciones en torno al concepto de jurisprudencia. *Revista de derecho privado (México)*, (21), 63-77. Recuperado de: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/ars-iuris/article/view/2208>
- Verástegui, A. M. (2022). Introducción. El precedente judicial en la tradición continental. XVII-LVI. En: Verástegui, A. M. (Coord.). *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Zárate, F. T. (2018). La Jurisprudencia (su evolución). *Alegatos*, 23(72), 151-176. Recuperado de: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/388/376>
- Zárate, F. T., & Martínez, F. G. (2018). Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense. *Alegatos*, 22 (68-69), 71-100. Recuperado de: <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/download/446/434>

Derechos de Autor (c) 2023 Carlos Fernando Rosales Santos



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/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](#) - [Textocompleto de la licencia](#)

Opus Magna Constitucional
Tomo XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

ANÁLISIS JURÍDICO CONFRONTATIVO
ARGUMENTACIÓN JURÍDICA PARA EL PLANTEAMIENTO DE
INCONSTITUCIONALIDADES

Angélica Yolanda Vásquez Girón



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.128>

Análisis jurídico confrontativo

Argumentación jurídica para el planteamiento de inconstitucionalidades

Angélica Yolanda Vásquez Girón
Corte de Constitucionalidad

Introducción

La presente monografía presenta una fórmula para la realización y evaluación del análisis jurídico confrontativo de las normas ordinarias frente a disposiciones y principios constitucionales.

Las inconstitucionalidades de las leyes son garantías constitucionales cuyo objeto es mantener al ordenamiento jurídico dentro del marco de la Constitución Política de la República de Guatemala. En las inconstitucionalidades, tanto generales como en casos concretos, el argumento principal es el análisis jurídico confrontativo, ya que debe quedar debidamente demostrada la antinomia entre la norma constitucional que se estima vulnerada, con la norma ordinaria que se objeta, siendo este un argumento eminentemente técnico y jurídico, el cual debe ser debidamente planteado y analizado.

Para lo cual se presenta esta monografía con el fin de proponer una forma técnica de presentar y resolver un análisis jurídico confrontativo, siendo necesario hacer un estudio, así como proponer una fórmula para realizarlo. El objetivo principal de este trabajo es presentar una fórmula para realizar un análisis jurídico confrontativo, teniendo como objetivos específicos hacer una definición, explicar su finalidad, determinar sus elementos y describir la forma de detectar si existe o no un análisis jurídico confrontativo.

La justificación de la presente monografía se basa en la necesidad que existe de unificar los criterios para establecer cuándo existe un análisis jurídico confrontativo y cuando éste es deficiente o inexistente.

Esta monografía es de investigación ya que se presenta un estudio original sobre el análisis jurídico confrontativo con el objetivo de organizar lo que ya se ha dicho y explorar tendencias más novedosas. Se utilizará un método jurídico deductivo presentado el estudio partiendo de lo general a lo específico.

1. Control constitucional en Guatemala

1.1. Breve historia

El control de constitucionalidad se inició en Guatemala durante la vigencia de la Constitución promulgada en 1879, como consecuencia de las reformas realizadas el 11 de marzo de 1921, que introdujeron este sistema con carácter difuso o descentralizado, facultando al Poder Judicial a ejercerlo. (Dighero Herrera, 2002)

El control difuso de constitucionalidad siguió en forma exclusiva en la Constitución promulgada en 1956, solo que allí se introdujeron dos variantes:

- La legitimación de las partes de los casos concretos de pedir la no aplicación de las normas inconstitucionales.
- La facultad de los tribunales a declarar las inconstitucionalidades en casos concretos.

El control concentrado de las normas se incorporó en la Constitución de 1965, coexistiendo el control difuso y concentrado normativamente, aunque en la práctica

Si bien este sistema estableció un órgano especializado con competencia para ejercer en forma concentrada el control de constitucionalidad, no logró el objetivo esperado, ya que durante sus casi veinte años de vigencia sólo se interpusieron cinco acciones de inconstitucionalidad, de las cuales dos fueron rechazadas de plano y dos declaradas sin lugar. El único caso que prosperó fue promovido por el Ministerio Público por disposición del Presidente de la República. (Dighero Herrera, 2002)

El sistema mixto de control constitucional, vigente actualmente, se reguló y consolidó en la Constitución actual (1985), conociéndose en forma difusa las inconstitucionalidades en caso concreto y de forma concentrada las inconstitucionalidades generales.

1.2. Definición

El control constitucional es uno de los mecanismos de auto defensa de la Constitución que deviene de la existencia de un conflicto constitucional en la emisión y vigencia de un precepto normativo, y se da cuando en este, por acción o por omisión, se produce una infracción (substancial o formal) de normas o principios contenidos en la Constitución Política de la República, su finalidad es mantener el ordenamiento jurídico dentro del marco de las disposiciones constitucionales.

1.3. Principios del control de constitucionalidad

El control constitucional tiene como fundamento varios principios, sin embargo, son dos los principios fundamentales para realizar el análisis jurídico confrontativo:

1.3.1. Principio de supremacía constitucional

La Constitución es la fuente de todo el ordenamiento jurídico, es decir, de ella se desprenden todas las demás normas, siendo la *norma normarum*, la norma suprema que rige la forma de creación y mantiene la armonía de todo el ordenamiento jurídico.

El principio de supremacía constitucional puede definirse como el valor axiológico por el cual “...en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución establecida como decisión política por el poder Constituyente y sólo modificable por éste. La supremacía es una calidad política de toda Constitución, en cuanto ella es un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales y esenciales para preservar la forma política...” (Cumplido y Nogueira 1994, 179), jurídica, administrativa y económica de un país.

La Constitución Política de la República de Guatemala (Constituyente, 1985) reconoce el principio de supremacía constitucional en los artículos:

- 44, en la frase: “...Serán nulas ipso jure las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otra índole que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”
- 175: “Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.”
- el 204: “Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligatoriamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”.

Por su parte el artículo 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1986) contempla: “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”.

1.3.2. Principio indubio pro legislatoris o legislatore

También es conocido como principio de conservación de la Ley. Consiste en el valor axiológico que parte de la presunción de que la Ley tiene la presunción de constitucionalidad.

La declaración de inconstitucionalidad de normas procede cuando pueda advertirse contradicción con la Constitución Política de la República de Guatemala; en caso contrario, debe respetarse la potestad de su emisor, por cuanto que se le ha dado facultad para decidir políticas legislativas; por ello, si del examen que este tribunal realice, se advierten razones sólidas que evidencien

contradicción entre la norma impugnada con una norma constitucional debe declararse la inconstitucionalidad de la primera, de no ser así, debe aplicarse el principio de la conservación de la Ley.

El principio *indubio pro legislatoris* se basa en el principio de legalidad en que están obligadas las autoridades a actuar y en el proceso legislativo que debe cumplirse por mandato constitucional.

2. Antinomias normativas

La antinomia es “...aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento...” (Bobbio, 1997).

También se les llama conflictos normativos que se dan cuando “...dos normas contemplan soluciones opuestas o diversas ante un mismo supuesto jurídica, lo que hace imposible su aplicación...” (Carbonell, 2023).

El doctor Sáenz citando al profesor Tarello, señala que “El hecho de constituir un sistema significa, como lo aprecia Giovanni Tarello, una estructura para la cual no puede existir conflicto entre dos reglas o normas válidas, esto es, que si se encuentra que dos normas de un mismo Derecho están en conflicto, tal conflicto es meramente aparente y es necesario descubrir el modo de arreglarlo”. (Sáenz Juárez, 2001).

3. Análisis jurídico confrontativo constitucional

3.1. Definición

Es una forma de argumentación jurídica comparativa en la cual se analiza una norma que se cuestiona de inconstitucional frente a la norma constitucional que se estima violada, mediante la cual se examina en forma profunda el fondo de la norma impugnada, su contextualización, interpretación, alcances y efectos, con el fin de determinar si se ajusta al marco constitucional.

3.2. Finalidad del análisis jurídico confrontativo constitucional

El análisis jurídico confrontativo persigue el determinar si una norma infraconstitucional cumple con el marco constitucional, constituye una forma de autodefensa de la Constitución y del orden constitucional.

3.3. Elementos

El análisis jurídico confrontativo debe contener varios elementos para que cumpla su finalidad.

El artículo 115 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad señala que: “Serán nulas de pleno derecho las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que regulen el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, si *los violan, disminuyen, restringen o tergiversan*”. (El resaltado es propio).

Examen confrontativo entre la norma o normas denunciadas y las de la Constitución que se reputan contravenidas. De ahí que sea necesario que el accionante formule, técnica y jurídicamente, esa confrontación (Art. 135 LAEPyC).

De la norma antes transcrita se puede extraer que una parte de la argumentación del análisis jurídico confrontativo debe contener la demostración de que la norma cuestionada viola, disminuye, restringe o tergiversa derechos o principio constitucionales.

Por su parte, los artículos 11, inciso g), y 12, inciso f), del Acuerdo 1-2013 de la Corte de Constitucionalidad, contemplan como requisito imprescindible en el planteamiento de inconstitucionalidades tanto generales como en caso concreto, el fundamento “...jurídico que invoca el solicitante como base de la inconstitucionalidad, en el que deberá expresar, en capítulo especial [en las generales], en forma separada, razonada y clara los motivos jurídicos de su solicitud [o en que descansa la denuncia], con los que explique la razón por la que la normativa denunciada debe declararse inaplicable [en los casos concretos]...”.

Es decir que, para el planteamiento tanto de las inconstitucionalidades generales como de las inconstitucionalidades en casos concretos, se debe expresar en forma separada, norma por norma, razonada, indicando el por qué y clara, con una argumentación técnica y precisa, los motivos de inconstitucionalidad.

En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad, en auto de 30 de mayo de 2023 dictado dentro del expediente 1790-2023, consideró:

Este Tribunal, en reiterados fallos, ha sostenido el criterio de que para formular el planteamiento de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, no basta la sola expresión que el solicitante haga de las razones fácticas por las que estima que la norma o las normas impugnadas deben dejar de aplicarse en el caso concreto, puesto que es necesario señalar precisa y concretamente el fundamento jurídico en el que basa aquel planteamiento, es decir, que *revele analíticamente la colisión que percibe entre los preceptos atacados y los de la Constitución Política de la República de Guatemala que considere violados*. (El criterio aludido, ha sido reiterado, entre otras, en sentencias de seis de julio de dos mil veintidós, doce de octubre de dos mil veintiuno y veintidós de julio de dos mil veinte, dictadas dentro de los expedientes 1451-2022, 2872-2020 y 901-2017, respectivamente). En concordancia con el criterio anterior, el exmagistrado de esta Corte, Luis Felipe Sáenz Juárez, en su obra *Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala*, en cuanto a la garantía promovida, indica que el solicitante de la inconstitucionalidad debe expresar la duda y *señalar puntualmente, tanto la ley o partes de la misma que ataque, al igual que la correspondiente disposición de la Constitución Política de la República de Guatemala, para que pueda producirse su contraste*. Dicho razonamiento opera como condición sine qua non, porque si se omite, el tribunal carece de facultad para suplirlo, de manera que su proponente debe mostrar cómo se infringiría la Constitución al aplicar la norma a su particular situación.”. (El resaltado es propio).

De lo antes descrito puede extraerse que el análisis jurídico confrontativo debe contener un examen analítico de la colisión que se percibe entre los preceptos atacados y los de la Constitución que se consideran violados; además, señalar puntualmente, tanto la ley o partes de la misma que ataque, al igual que la correspondiente disposición de la Constitución para que pueda producirse su contraste.

En las inconstitucionalidades generales, el Tribunal Constitucional, en sentencia de 15 de junio de 2022, emitida dentro del expediente 6703-2021, expuso que:

...Como cuestión inicial, es menester indicar que el planteamiento de inconstitucionalidad abstracta regulado en el artículo 267 de la Constitución Política de la República de Guatemala implica, necesariamente, *el enjuiciamiento de la normativa impugnada* con el objeto de determinar su conformidad o, en su caso, disconformidad con la normativa suprema, por lo que, la solicitud de este tipo de garantías debe observar una serie de presupuestos fundamentales que permitan al Tribunal constitucional efectuar el análisis de fondo, a efecto de establecer si el texto supremo es contrariado por una norma de inferior jerarquía. Esos aspectos son: **a)** la cita precisa de la norma jurídica de la que se acusa transgresión constitucional, la cual debe gozar de generalidad y vigencia; **b)** la cita del precepto constitucional que se estima violado; y **c)** la tesis del postulante, lo cual implica la *exposición de razonamientos suficientes*, que permitan al Tribunal evidenciar la colisión existente entre la ley ordinaria y las constitucionales que se denuncian como vulneradas. Debido a la trascendencia que implica la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad exige, en su artículo 135, que el accionante exprese en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa su objeción, ya que esta Corte únicamente tiene competencia para conocer y resolver acerca de lo expresamente señalado por el interponente. Lo anterior conlleva la obligación que el planteamiento contenga un verdadero análisis jurídico tendiente a evidenciar la supuesta colisión aludida, resulta ser un elemento necesario que debe ser proporcionado al Tribunal Constitucional para que este examine la constitucionalidad de la norma y, eventualmente, disponer su expulsión del ordenamiento jurídico, como principal efecto de una declaratoria estimativa de la interposición. Esa exigencia de puntualizar la confrontación entre la norma impugnada y la constitucional supuestamente vulnerada, ha sido exigida por esta Corte en varios casos de inconstitucionalidad en caso concreto y de inconstitucionalidad general, y es conocido en su terminología como ‘parificación’; sin que tenga facultad el Tribunal Constitucional de intervenir en dicha obligación y construir las razones jurídicas que respalden su pretensión de excluir del ordenamiento una o varias normas que formalmente han adquirido vigencia obligatoria en el país. En ese contexto, el razonamiento jurídico confrontativo en las inconstitucionalidades en las que se denuncia el fondo de la norma objetada, como en el presente caso, *no consiste en la simple enunciación, transcripción y cita puntual del precepto reprochado y las disposiciones constitucionales que se estiman vulneradas, sino que además debe contener, al menos: a) el estudio a fondo de la norma impugnada, u contextualización, interpretación, alcances y efectos; b) la confrontación particularizada, separada, razonada y clara, en distintos apartados o capítulos especiales de cada una de las normas constitucionales que estima transgredidas, detallando jurídicamente en qué consiste la colisión al precepto constitucional, si se trata de una tergiversación, restricción o disminución de los derechos, principios o valores protegidos en la Norma Suprema, o si la normativa objetada trastoca la estructura organizativa fundamental del Estado, sus organismos, su representatividad, su distribución o ejercicio del poder público; y c) el análisis jurídico, en abstracto, de la antinomia o inconsistencia de la norma ordinaria frente a la norma constitucional*

que se estima vulnerada, con lo cual *se evidencie la incompatibilidad de sus efectos jurídicos en general frente a los valores protegidos constitucionalmente...* (El resaltado es propio).

En ese mismo sentido, la Corte de Constitucionalidad en sentencia de 29 de junio de 2021 emitida dentro del expediente 1633-2020, consideró:

...para que proceda una acción de inconstitucionalidad general, se requiere: **a)** que la ley o disposición que se reproche, total o parcialmente, *contenga una transgresión a un precepto constitucional*; **b)** que la ley o disposición cuestionada esté vigente y afecte a toda la población, por sus efectos erga omnes, y **c)** que la exposición de razonamiento sea suficiente, y *permita al Tribunal evidenciar la colisión existente entre la ley o disposición denunciada* y las normas constitucionales que se denuncian como violadas. Debido a la trascendencia que implica la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad exige, en su artículo 135, que el accionante exprese en forma razonada y clara los motivos jurídicos en que descansa su objeción, ya que esta Corte únicamente tiene competencia para conocer y resolver acerca de lo expresamente señalado por el interponente, puesto que su condición de juzgador no le permite asumir funciones de parte, en la que devendría entrar a conocer oficiosamente de normas que no hayan sido expresa y razonadamente enjuiciadas. El razonamiento jurídico confrontativo en las inconstitucionalidades en las que se denuncia el fondo de la norma objetada, no consiste en la simple enunciación, transcripción y cita puntual del precepto reprochado y las disposiciones constitucionales que se estiman vulneradas, sino que además debe contener, al menos: **a)** *el estudio a fondo de la norma impugnada, u contextualización, interpretación, alcances y efectos*; **b)** *la confrontación particularizada, separada, razonada y clara, en distintos apartados o capítulos especiales de cada una de las normas constitucionales que estima transgredidas, detallando jurídicamente en qué consiste la colisión al precepto constitucional, si se trata de una tergiversación, restricción o disminución de los derechos, principios o valores protegidos en la Norma Suprema, o si la normativa objetada trastoca la estructura organizativa fundamental del Estado, sus organismos, su representatividad, su distribución o ejercicio del poder público, y c)* *el análisis jurídico, en abstracto, de la antinomia o inconsistencia de la norma ordinaria frente a la norma constitucional que se estima vulnerada, con lo cual se evidencie la incompatibilidad de sus efectos jurídicos en general frente a los valores protegidos constitucionalmente.* (El resaltado es propio).

De las citas antes transcritas se puede extraer como elementos del análisis jurídico confrontativo los siguientes:

- Cita individualizada de las normas jurídicas cuestionadas;
- La exposición de razonamiento suficiente, y que permita al Tribunal evidenciar la colisión existente entre la ley o disposición denunciada y las normas constitucionales que se denuncian como violadas;
- Estudio a fondo de la norma impugnada, su contextualización, interpretación, alcances y efectos;
- La confrontación particularizada, separada, razonada y clara, en distintos apartados o capítulos especiales de cada una de las normas constitucionales que estima

transgredidas, detallando jurídicamente en qué consiste la colisión al precepto constitucional, si se trata de una tergiversación, restricción o disminución de los derechos, principios o valores protegidos en la Norma Suprema, o si la normativa objetada trastoca la estructura organizativa fundamental del Estado, sus organismos, su representatividad, su distribución o ejercicio del poder público, y

- El análisis jurídico, en abstracto, de la antinomia o inconsistencia de la norma ordinaria frente a la norma constitucional que se estima vulnerada, con lo cual se evidencie la incompatibilidad de sus efectos jurídicos en general frente a los valores protegidos constitucionalmente.

No puede pretenderse que sea el propio tribunal el que determine qué normativa debe ser objeto de análisis, pues, al encontrarnos ante un planteamiento instado a petición de parte, el juzgador no puede suplir la carga del interponente en cuanto a su obligación de efectuar el señalamiento concreto de la normativa cuestionada; de hacerlo, se apartaría de su posición imparcial en todo proceso.

Tener cuidado cuando se forma el planteamiento a modo de no señalar la norma objetada de forma vaga o sin la precisión que permita advertir indubitablemente cuál es la norma que se impugna por posible inconstitucionalidad.

No consiste en la simple enunciación, transcripción y cita puntual del precepto reprochado y las disposiciones constitucionales que se estiman vulneradas, ni transcripciones de fallos que se estiman aplicables.

4. Propuesta de presentar y resolver un análisis jurídico confrontativo

Tomando en cuenta lo antes analizado se puede proponer un método para realizar en análisis jurídico confrontativo de las normas que se estiman contravienen los preceptos constitucionales así:

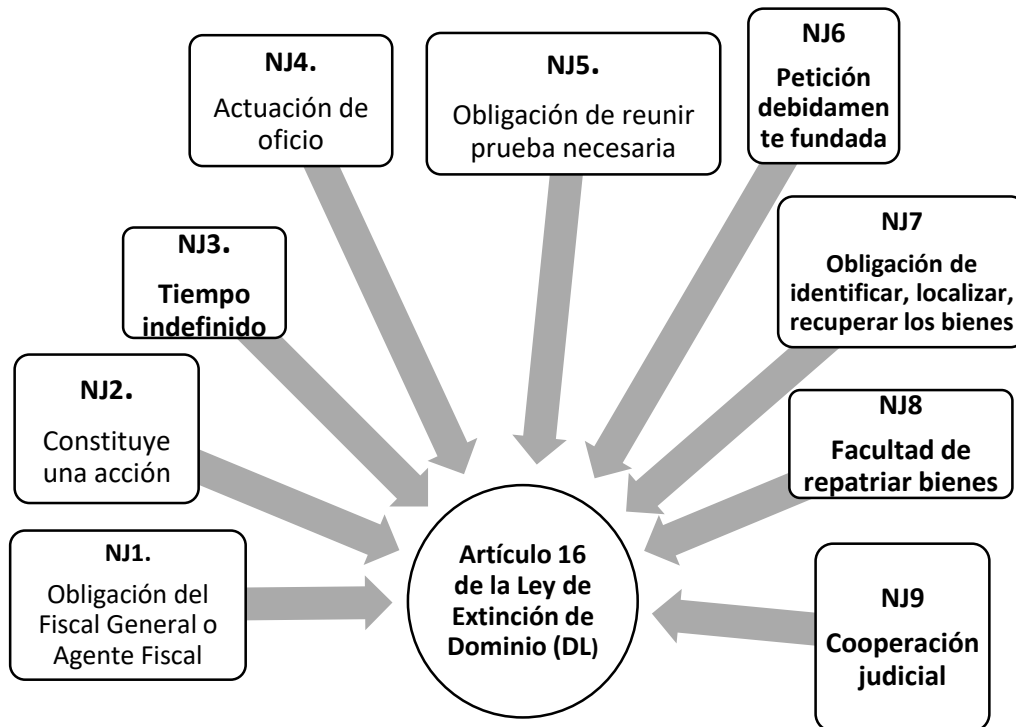
4.1. Identificación exacta de la norma cuestionada

Las disposiciones jurídicas (texto o enunciado producto de un proceso legislativo o reglamentario) muchas veces contienen dentro de su texto varias normas jurídicas (regla o precepto que regula el comportamiento de los individuos en la sociedad y cuyo incumplimiento se encuentra sancionado por el propio ordenamiento), por ejemplo:

El artículo 16 de la Ley de Extinción de Dominio (disposición legal), contiene 9 disposiciones normativas:

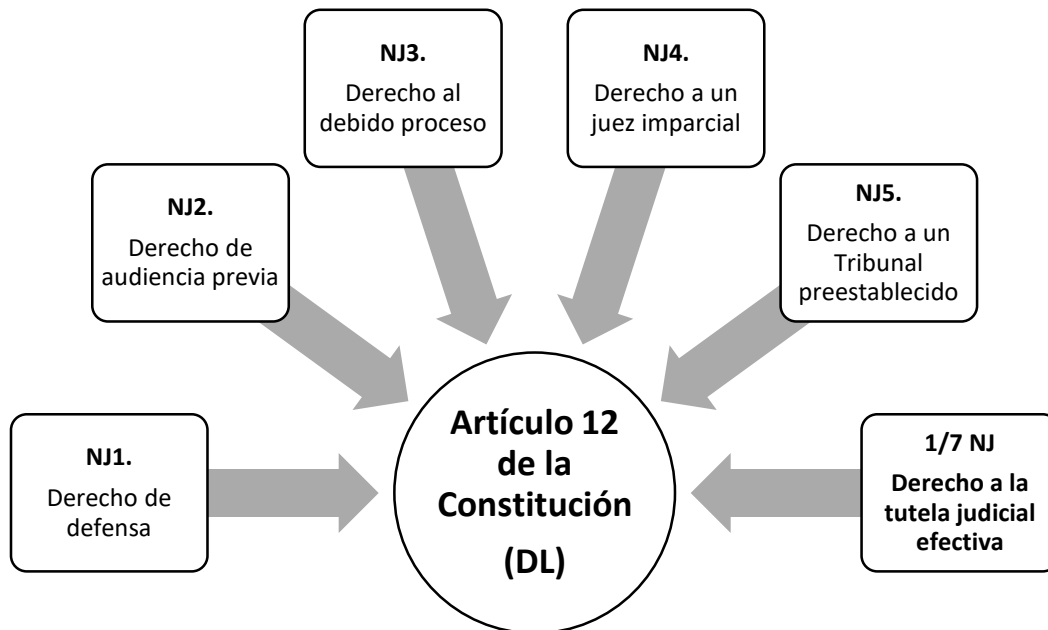
ARTICULO 16. Investigación. Corresponde al Fiscal General o al agente fiscal designado, conocer de la acción de extinción de dominio, para cuyos efectos realizará, *por el tiempo que sea necesario*, la investigación de oficio o por información que le haya sido suministrada por cualquier vía fehaciente,

con el fin de reunir la prueba necesaria que fundamente la petición de extinción de dominio, identificar, localizar, recuperar o, en su caso, repatriar los bienes sobre los cuales podría iniciarse la acción conforme a las causales establecidas en el artículo 4 de la presente Ley. Con la finalidad de demostrar los hechos y circunstancias que correspondan al ejercicio de la acción de extinción de dominio, el Fiscal General o el agente fiscal designado, podrán recurrir a cualquier medio o método de investigación útil y pertinente, siempre que no supriman los derechos y garantías previstos en la Constitución Política de la República de Guatemala y auxiliarse de los miembros del Ministerio Público y Policía Nacional Civil. Para los fines de la presente Ley, los jueces competentes apoyarán las actividades de investigación del Ministerio Público, cuando éste lo solicite, o cuando sea necesaria la autorización judicial.



Entonces se debe ubicar la norma exacta cuya constitucionalidad cuestionamos, se puede tomar a manera de ejemplo la norma jurídica identificada con el número 3 “*tiempo indefinido*”, es decir, del artículo 16 de la Ley de Extinción de Dominio, vamos a analizar la constitucionalidad de la frase “*por el tiempo que sea necesario*”.

De la misma forma se debe precisar cuál es la norma constitucional que se estima violada, tomando en cuenta que, dentro del texto de una disposición constitucional, pueden estar contenidos varios principios, valores, derechos o normas constitucionales, así:



A manera de ejemplo se puede tomar el derecho al debido proceso reconocido en el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Entonces se puede decir que la frase “*por el tiempo que sea necesario*” del artículo 16 de la Ley de Extinción de Dominio, vulnera el artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, con relación al derecho al debido proceso.

4.2. Estudio a fondo de la norma impugnada, su contextualización, interpretación, alcances y efectos

Se debe hacer un estudio del texto, contexto, interpretación, alcances y efectos de la norma que se estima vulnera la Constitución.

- Por ejemplo: La norma objetada en la frase descrita es ambigua no define un plazo o tiempo determinado para la realización de la investigación lo que el vulnera el principio del debido proceso.

Así como de la norma constitucional que se estima vulnerada.

Por ejemplo: El Derecho a un debido proceso contempla la determinación de plazos definidos para su sustanciación.

4.3. La confrontación particularizada, separada, razonada y clara de cada uno de las normas cuestionadas con las normas constitucionales que se estimen vulneradas.

Se debe realizar un análisis jurídico confrontativo por cada norma jurídica que se cuestione frente a cada norma constitucional que se estime violada.

Por ejemplo: *Se denuncia de inconstitucional el artículo 243 del Código Procesal Civil y Mercantil, porque vulnera los artículos 4o y 12 de la Constitución.*

Análisis Jurídico:

243 versus 4^o (principios)

243 versus 12 (principios)

En cada estudio se debe indicar en forma técnica y jurídica por qué se estima que la norma objetada vulnera cada precepto constitucional que se estime vulnerado.

Para detectar si el planteamiento de una inconstitucionalidad cumple con el requisito imprescindible del análisis jurídico confrontativo se debe calificar si este contiene los elementos antes descritos.

Conclusiones

- El análisis jurídico confrontativo es una forma de argumentación jurídica comparativa en la cual se analiza una norma que se cuestiona de inconstitucional frente a la norma constitucional que se estima violada, mediante la cual se examina en forma profunda el fondo de la norma impugnada, su contextualización, interpretación, alcances y efectos, con el fin de determinar si se ajusta al marco constitucional.
- El análisis jurídico confrontativo persigue el determinar si una norma infraconstitucional cumple con el marco constitucional, constituye una forma de autodefensa de la Constitución y del orden constitucional.
- El análisis jurídico confrontativo tiene como elemento principal, el estudio a fondo de la norma impugnada, su contextualización, interpretación, alcances y efectos; así como su confrontación particularizada, separada, razonada y clara, en distintos apartados o capítulos especiales de cada una de las normas constitucionales que estima transgredidas, detallando jurídicamente en qué consiste la colisión al precepto constitucional, si se trata de una tergiversación, restricción o disminución de los derechos, principios o valores protegidos en la Norma Suprema, o si la normativa objetada trastoca la estructura organizativa fundamental del Estado, sus organismos, su representatividad, su distribución o ejercicio del poder público.

- Una fórmula para realizar el análisis jurídico confrontativo puede ser: primero identificar en forma exacta de la norma cuestionada; segundo, realizar un estudio a fondo de la norma impugnada, su contextualización, interpretación, alcances y efectos, y tercero, presentar una confrontación particularizada, separada, razonada y clara de cada uno de las normas cuestionadas con las normas constitucionales que se estimen vulneradas

Referencias

- Bobbio, N. (. (1997). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Carbonell, C. d. (02 de 09 de 2023). *Centro Carbonell Online*. Obtenido de <https://centrocarbonell.online/2022/02/08/como-resolver-una-antinomia/>
- Constituyente, A. N. (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Guatemala: Diario de Centro América.
- Constituyente, A. N. (1985). *Ley de Amparo, de Exhibición Personal y de Constitucionalidad*. Guatemala: Diario de Centro América.
- Cumplido, F. y. (1994). *Teoría de la Constitución*. Santiago de Chile: Universidad Andrés Bello.
- Dighero Herrera, S. (2002). El control de la constitucionalidad de las leyes en Guatemala. *IX Encuentro de Presidente y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y de las Salas Constitucionales de América Latina* (págs. 244-255). Florianópolis, Brasil: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Sáenz Juárez, L. F. (2001). La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala. *La inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala* (págs. 88-141). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Derechos de Autor (c) 2023 Angélica Yolanda Vásquez Girón



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](#) - [Textocompleto de la licencia](#)

ARTÍCULOS

Opus Magna Constitucional
Tomo XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

RECORRIDO HISTÓRICO POR LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO
EN LA REPÚBLICA DE GUATEMALA Y PROPUESTA DE REFORMA

***HISTORICAL OVERVIEW OF PUBLIC ORDER LAWS IN THE REPUBLIC OF
GUATEMALA AND REFORM PROPOSAL***

Lester Manuel Meda Ruano



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.98>

RECIBIDO: 03/03/2023
ACEPTADO: 28/07/2023
PUBLICADO: 16/10/2023

Recorrido histórico por las leyes de Orden Público en la República de Guatemala y propuesta de reforma

Historical overview of public order laws in the Republic of Guatemala and reform proposal

Lester Manuel Meda Ruano*
Investigador independiente

Recibido: 03/03/2023
Aceptado: 28/07/2023
Publicado: 16/10/2023

Resumen: El presente escrito contiene un recorrido histórico de las normas de orden público en Guatemala, así como el recuento de los temas más importantes que se desarrollan en las mismas. Se trata con esto de resaltar que, a pesar del paso del tiempo, esta es una materia que mantiene su importancia. Además, a raíz de la pandemia de COVID-19 se hizo patente la necesidad de abordar este tema y reformar o emitir una ley de orden público que se ajuste de mejor forma a las normativas actuales en respeto de los derechos humanos.

Palabras claves: Derechos Humanos, orden público, Estado de Derecho, seguridad jurídica.

Abstract: *This document contains a historical overview of the public order regulations in Guatemala, as well as the recount of the most important issues exposed and contained within them. This is about highlighting that; despite the passage of time this is a subject that maintains its importance. In addition, as a result of the COVID-19 pandemic, the need to address this issue and reform or issue a public order law that better adjusts to current regulations in respect of human rights became clear.*

Key words: *Human rights, public order, rule of law, legal certainty.*

Sumario:

Introducción • Antecedentes • Propuesta de reforma a la Ley de Orden Público • Conclusiones
• Referencias

* Abogado y Notario Cum Laude, Universidad Francisco Marroquín (Programa de Becados), Magister Artium en Derecho Mercantil, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala, Doctorando en Derecho Constitucional, Universidad Mariano Gálvez de Guatemala. Tercer lugar en certamen de la Federación Internacional de Abogados, por su escrito "La necesidad del respeto de los Derechos Humanos en un Estado de Derecho". Publicó su ensayo "La soberanía: generalidades y regulación en la Constitución de Guatemala" en el Opus Magna Constitucional XIII, Catedrático Auxiliar curso de Derecho Internacional Privado, Universidad Rafael Landívar. Asesor de Comisión Legislativa en Congreso de la República (2018), actualmente Asociado en bufete regional Sfera Legal Guatemala. lesmanu2@hotmail.com
El autor declara que no tiene ningún conflicto de interés y que la investigación se realizó con fondos propios.

1. Introducción

Las instituciones, como integrantes del modelo de gobierno, deben fortalecerse para que puedan “sobrevivir” ante eventuales crisis, y consigan continuar con el desarrollo de sus funciones. Las grandes crisis de los Estados (conflictos armados, calamidades y desastres naturales, entre otros), afectan la vida cotidiana de las personas y, por ello, se requiere un régimen especial y diferenciado que permita solventar la crisis sin dañar de forma “permanente” al Estado y sus elementos. Las medidas contra las crisis no son un “rompimiento institucional” sino que, al ser el propio Estado el que establece de forma previa los casos de excepción, existe un cierto grado de “flexibilidad” para tomar medidas extraordinarias.

Estos casos, en general, buscan preservar el denominado orden público, lo que a su vez genera dificultades, porque:

La noción de orden público parece a primera vista muy sencilla, todos la emplean (...) pero cuando se intenta definirlo no resulta tan fácil, por el contrario, surgen controversias doctrinales y dificultades graves, que aumentan al querer hacer aplicaciones prácticas. La primera dificultad se halla en que el concepto de orden público no es ni puede ser general e idéntico en el tiempo y en espacio, puesto que responde a criterios y sentimientos distintos de pueblo a pueblo y aún en el mismo Estado se modifican y transforman con el transcurso de las edades. (Matos, 1988, pág. 197)

Como consecuencia del texto citado se puede concluir que, respecto al orden público “nada está admitido de una manera unánime, ni el punto de partida, o sea la naturaleza jurídica del orden público, ni sus límites de aplicación o sus efectos” (Niboyet, 1950, pág. 381).

Hay que reconocer que estos casos, aún si se encuentran desarrollados ampliamente, representan un resabio de los casos de gobiernos autoritarios que concentraban poderes de forma ilimitada. Estos casos antiguos se remontan (de forma documental) a la Roma Republicana, civilización en la cual se creó la figura del “dictador” que era el individuo nombrado de forma expresa por el Senado, para concentrar poderes especiales para enfrentarse a una crisis. Si bien la modalidad era temporal (6 meses) los poderes eran ilimitados, incluyendo el poder sobre la vida e integridad de las personas.

En el Siglo XVIII la Ley Marcial dictada en Francia revitalizó el concepto de concentración de poderes para combatir grandes dificultades, esto incluía “(...) los deberes de las autoridades municipales ante los motines y reuniones armadas que requirieran el empleo de las fuerzas militares” (Cabanellas, 1979, pág. 156). El jurista y filósofo alemán Carl Schmitt, se encargó de presentar un análisis pormenorizado de las crisis de los Estados, y la necesidad de la implementación de medidas extraordinarias. Esto tiene la particularidad de generar un estudio técnico de la concentración de poderes, sus posibles límites, y especialmente su importancia y necesidad.

En la actualidad los estados de excepción siguen existiendo, porque su utilidad no se ha extinguido. Esa situación no puede considerarse un fracaso o un retroceso de ningún tipo. Las instituciones se fortalecen cuando los procedimientos son claros, confiables, revisables y se tienen delimitadas tanto la funciones como las responsabilidades por los actos cometidos por las

autoridades. Un sistema eficiente permite que cualquiera que atente contra sus lineamientos sea castigado de la forma correspondiente.

Este trabajo trata de confirmar que la Ley de Orden Público vigente en Guatemala, se encuentra desactualizada debido a que su emisión es anterior a la Constitución de 1985. Para lo cual, se establecieron como objetivos analizar las distintas leyes de orden público que han existido en Guatemala y establecer si la actual, cumple con los lineamientos constitucionales e internacionales en materia de protección de los Derechos Humanos, así como, señalar los temas que deben ser objeto de mejora en la referida ley.

Se utilizó el método cualitativo, a través del análisis crítico de distintas normas, sentencias y documentos. El trabajo se encuentra dividido en dos grandes secciones, una de antecedentes y, la otra, relativa a la propuesta de reforma a la Ley de Orden Público vigente. Al finalizar este trabajo, se pudo concluir que es necesario definir de forma más clara los casos en los que proceden los estados de excepción y resaltar los principios de protección y resguardo de las personas, así como las sanciones que se impongan por el incumplimiento o abuso durante su vigencia. Además, que es necesario implementar mecanismos de control y fiscalización claros y efectivos, para dotar de certeza a los habitantes del país que deseen presentar denuncias en casos de daños o abusos.

2. Antecedentes

a. Importancia de la estabilidad y certeza en los Estados

La vida “normal” de los Estados se caracteriza por la seguridad y la paz. Sin embargo, existen momentos específicos cuando esa circunstancia cambia. Lo anterior representa “(...) una etapa irregular de gobernabilidad que tiene su origen en circunstancias que tienden a desestabilizar el normal funcionamiento de las instituciones públicas, llegando en casos extraordinarios a romper el principio de Estado de Derecho” (Prado, 1999, pág. 263). Es necesario que se limiten algunos derechos “oficialmente” a través de un procedimiento específico. Como ya se mencionó “(...) la suspensión de garantías y derechos individuales es un fenómeno jurídico-constitucional que tiene lugar como antecedente necesario para que la actividad gubernativa de emergencia pueda válidamente desarrollarse” (Burgoa, 1995, pág. 210).

Estas suspensiones son los estados de excepción y son necesarios para mantener la existencia misma de las normas reconocidas dentro del Estado; y para asegurarse que la medida sea temporal. También se puede hacer referencia a que un sistema ordenado de limitación de derechos permite que se logren:

1. La estabilidad generada al seguir un procedimiento claro y previo a la crisis. Esto da certeza sobre la temporalidad de la medida, además de indicar con claridad quien es responsable de cada circunstancia que pueda ocurrir; y

2. Fijación de temporalidad: El proceso no puede ser tan extremo como el de la Antigua Roma, sino que debe respetar límites que evitan que se convierta (la declaratoria del estado de excepción) en un instrumento de violencia sin sentido.

Como respaldo a las consideraciones anteriores, hay que resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987) ha catalogado a la “suspensión de garantías” como:

Una (...) situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse (...). (párr. 24)

En Guatemala, desde 1879, ya existía la posibilidad de “suspender” las garantías individuales, esto a través de un procedimiento que incluía la participación del Presidente en Consejo de Ministros, la cual era ratificada después por la Asamblea Legislativa. Los motivos para la suspensión eran la invasión del territorio o la grave perturbación de la paz. Todo lo indicado se encontraba contenido en el artículo 39 de dicha Constitución. Se tenía la particularidad que se generaba un modelo de naturaleza temporal (un mes), pero es importante indicar que no se establecían mecanismos de protección de la persona contra los posibles abusos. Tampoco se consideraba la responsabilidad de la autoridad ante las acciones que iban a realizar.

Luego, en 1927, entró en vigencia una nueva Constitución guatemalteca. Está de nuevo en su artículo 39, pero ahora agregando como motivos de suspensión la existencia de epidemias y otras calamidades generales, lo cual permitía que se declarara un estado de excepción. Se mantuvo la estructura de participación del Presidente con sus Ministros y la aprobación del Congreso. Pero aquí ya se agregaron algunos elementos importantes, por una parte, se obliga que se justifiquen los motivos que facultan la declaración, además de indicar el territorio específico en que se debía aplicar la medida.

El año de 1944 trajo consigo la Revolución del 20 de octubre. Hubo profundos cambios en el país derivado de dicha circunstancia y, en particular, se emitió una nueva Constitución en 1945. En ella ya hay cambios significativos en el procedimiento para declarar un estado de excepción. Por una parte, el Congreso ya es deliberante, es decir su función no es de mero trámite (aprobar), sino que puede modificar, aprobar o improbar el acuerdo del Presidente y sus ministros. Lo anterior se encontraba contenido en el artículo 138. Otra particularidad es que se facultaba a cualquier persona para solicitar que se restablezcan los derechos “restringidos” por la medida.

Al ocurrir la caída del gobierno de Jacobo Árbenz, se promulga una nueva Constitución. En ella, en su artículo 77 agrega las actividades contra la seguridad del Estado como causal para cesar la plena vigencia de derechos. Aquí el uso del lenguaje es muy ilustrativo, porque mientras se había venido hablando desde 1927 de restringir derechos, aquí se usa el término “cesar” para referirse a las limitaciones de derechos. Por su parte, la Constitución de 1965 no cambió el modelo de la de 1945. Lo que hizo fue especificar plazos (artículos 151 y 152) los cuales son un símil de los indicados en la Constitución actual, pero seguía utilizando el término “cesar” para referirse a

la limitación de derechos. Lo expresado demuestra dos aspectos sobre los estados de excepción en Guatemala:

1. Han sido parte del modelo de gobierno desde hace más de un siglo; y
2. La estructura sí ha sufrido modificaciones (en cuanto al trámite), pero lo más importante es que en el tema de finalidad se buscaba “proteger” el territorio guatemalteco, no a las personas y eso hacía que fuera complejo deducir responsabilidades contra abusos, o determinar mecanismos de defensa para las personas.

b. Recorrido Histórico por las leyes de orden público en Guatemala

Las regulaciones contenidas en las distintas Constituciones señaladas no son las únicas relativas al orden público en la historia de Guatemala. En particular, han existido dos Leyes de Orden Público en el país. La primera data de 1956, es decir estaba “sincronizada” con la Constitución de ese mismo año. Se hace referencia a que los derechos que podían limitarse eran los indicados en el artículo 77 (de la Constitución de la época), siendo los siguientes:

- Detención legal (artículo 46 Constitución 1956);
- Libertad de hacer lo que no está prohibido (artículo 44 Constitución 1956);
- Libre circulación (artículo 46 Constitución 1956);
- Derecho de manifestación (artículo 53 Constitución 1956);
- Libre asociación (artículo 54 Constitución 1956);
- Privacidad de la correspondencia (artículo 55 Constitución 1956);
- Inviolabilidad del domicilio (artículo 56 primer párrafo Constitución 1956);
- Libre emisión del pensamiento (artículo 57 Constitución 1956);
- Ser puesto a disposición de juez competente para primera declaración (artículo 64 Constitución 1956);
- Establecer el motivo de la citación ante autoridad pública (artículo 70 Constitución 1956);
- Publicidad de los actos administrativos (artículo 71 Constitución 1956);
- Resistencia a los actos de autoridad (artículo 73 última frase Constitución 1956); y
- Derecho de portación de armas (artículo 76 Constitución 1956)

Es interesante considerar que la Constitución establecía que debían justificarse los motivos que generaban la declaratoria, pero no establecía verdaderas consecuencias por no llenar dicho “requisito”. Otro aspecto a considerar es que la limitación de derechos era muy amplia (incluyendo ser citado ante autoridad pública sin justificación). Por ello, la Ley de orden Público de esa época (Decreto No. 22) no respondía a un principio de protección de la persona, sino de mantenimiento del orden (del Estado).

No muchos años después del Decreto No. 22, se promulgó una nueva Ley de Orden Público, la cual sigue vigente actualmente. La Ley de Orden Público (Decreto No. 7) tiene la particularidad de ser de 1965, compatible con la Constitución de esa época. Esto, además de resultar

discordante, en muchos aspectos, con la Constitución actual, tiene el valor negativo agregado de ser una versión con numerosas reformas (incluyendo derogaciones) que hacen que la aplicación de la norma sea aún más difícil. Como se mencionó antes, la Constitución de 1965 permitía “cesar” la aplicación de ciertos derechos, lo cual demuestra que su contenido es tendente al uso de la fuerza y no al reforzamiento de garantías.

Esa Ley de Orden Público a pesar de que la Constitución de la época ya no está vigente, aún se conserva, y se aplica utilizando la Constitución Política actual. Existen inconsistencias entre la Ley de Orden Público y la Constitución, hay que dejar claro que la norma en cuestión nació al amparo de la Constitución de 1965 y por ello responde a una Constitución “diferente” en sus metas y conformación. Producto de un Estado en esencia militar (como era Guatemala en 1965) no puede ser la referencia del modelo democrático y republicano actual.

c. Regulación del orden público en la Constitución Política de la República de Guatemala vigente

En 1984 se convocó una Asamblea Nacional Constituyente en Guatemala, esto era una oportunidad muy valiosa considerando que el país había sido durante años dominado por dictaduras. Producto de la citada Asamblea se promulgó la Constitución actual. El contenido de la Constitución de 1985 refleja un espíritu humanista y garantista. Sin embargo, a pesar de que se emitieron otras normas constitucionales no se consideró necesario emitir una nueva Ley de Orden Público o reformar la vigente (Decreto No. 7). Es decir, la Ley de Orden Público responde a consideraciones de un momento temporal distinto. A pesar de ese desfase (evidente) no se ha realizado ningún cambio en los últimos años que pueda fortalecer el mandato constitucional de protección a la persona.

Esta particularidad ha terminado siendo dañina para la aplicación de los Estados de excepción en Guatemala. Esto, porque la norma se ha transformado en un manual operativo, que no incluye verdaderos sistemas de control y monitoreo sobre la actividad oficial. La Constitución vigente establece en su artículo 138 la “Limitación a los derechos constitucionales”. Allí se regula de forma muy general qué es un estado de excepción y cómo se implementa, haciendo la remisión a la ley de la materia. Sin embargo, la ley (Decreto No. 7) deja aspectos sin considerar, por ello ha sido necesario llenar a través de resoluciones de la Corte de Constitucionalidad parte de esos vacíos.

La actualización de la Ley de Orden Público debe ser una prioridad, porque es una norma constitucional que afecta derechos básicos de las personas, pero esto no ha ocurrido y, por el contrario, se sigue utilizando la norma, aunque cuenta con muchos temas ya desactualizados o que no cumplen con criterios mínimos de respeto a los derechos fundamentales. Existe, entonces, un reconocimiento de los límites a la actuación del Estado, y es un precepto que debe informar cualquier modificación a la normativa vigente sobre la materia descrita.

También, y siguiendo con los límites de la aplicación de las limitaciones a derechos, hay que resaltar que el artículo 138 constitucional, incluye como derechos que pueden cesar en su plena vigencia los siguientes:

- La libertad de acción (artículo 5);
- Detención legal (artículo 6);
- Interrogatorio a detenidos o presos (artículo 9);
- Libertad de locomoción (artículo 26);
- Derecho de reunión y manifestación (artículo 33);
- Libertad de emisión de pensamiento (primer párrafo artículo 35);
- Derecho de portación de armas (segundo párrafo artículo 38); y
- Regulación de huelga para trabajadores del Estado (segundo párrafo artículo 116).

Las causas que facultan la declaratoria de un estado de excepción son:

- Invasión al territorio.
- Perturbación grave de la paz (por ejemplo, manifestaciones violentas).
- Actividades contra la seguridad del Estado.
- Calamidad pública.

Estas circunstancias no se encuentran desarrolladas en la Constitución, porque, se supone, son materia de la ley específica de la materia. Es claro entonces que no existen otros derechos (la vida, propiedad privada, culto) que puedan limitarse, ya que son *numerus clausus*.

d. Consideraciones sobre derechos humanos

La Constitución de 1985 representó un cambio hacia un modelo más garantista en la estructura jurídica del país. Esto, porque fue la primera Constitución en décadas que respondió a un ideario diferente del mero control “legal” sobre el Estado de Guatemala. Esto incluye el sentido mismo de la incorporación de la “parte dogmática” de la Constitución, en la cual se reúne una lista de derechos humanos que debieran ser tutelados por el Estado de Guatemala. Es importante hacer énfasis en que esta declaración no tiene carácter restrictivo, sino que se acepta que todos aquellos derechos humanos, aunque no aparezcan de forma expresa enumerada en la Constitución, se entienden como parte fundamental del ordenamiento constitucional guatemalteco (en sus artículos 44 y 46).

Guatemala ha asumido compromisos internacionales en materia de derechos humanos, lo que refuerza aún más su completa obligación de respetar sin limitaciones o disposiciones antojadizas el orden global de los derechos humanos, esto es conocido como bloque de constitucionalidad. Al respecto vale la pena resaltar lo establecido en tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por Guatemala por medio del Decreto 9-92, del 21 de febrero de 1992, que en artículo su 1 indica:

Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

El mismo Pacto indicado, en su artículo 4.1 establece que:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Existen a su vez compromisos internacionales que refuerzan el respeto y aplicación de los derechos fundamentales, entre ellos se puede mencionar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo veintisiete (27) reconoce la suspensión de garantías como mecanismo extraordinario para combatir crisis en los Estados, y que faculta a los Estados para que en caso de “guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la seguridad del Estado” se puedan tomar las medidas necesarias para combatir dicha emergencia. También vale resaltar que la misma Convención en su artículo 1, que establece que:

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

La Convención no se queda en una enumeración de derechos, sino que se encarga de incorporar la obligación de los Estados parte de cumplir con los compromisos adquiridos, de esa forma el pacto en su artículo 2 dispone:

Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Por si no fuera suficiente, el Comité de Derechos Humanos (2004), realizó un análisis e interpretación de las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De esa forma se originó la Observación General número 31, la cual sobre los alcances del artículo 2 de aquel instrumento, establece:

La obligación consignada en el (...) artículo 2 de que se adopten medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto no admiten reservas y es inmediata. No se puede justificar el incumplimiento de esta obligación haciendo referencia a consideraciones de carácter político, social, cultural o económico dentro del Estado. (párr. 14)

Por su parte la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo 29 también permite que se limiten el ejercicio de derechos y disfrute de libertades (según la ley correspondiente) y con el fin específico de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás. Es en síntesis posible (y reconocida) la facultad de los Estados de limitar ciertas garantías y derechos, porque existen circunstancias específicas que lo ameritan.

Pero, también reconoce que las limitaciones deben ser las necesarias y que no se faculta para promover o consentir discriminaciones de ninguna naturaleza. Es decir, debe existir una congruencia y proporcionalidad clara que justifique la medida emprendida. Tampoco permite el menoscabo a la vida (artículo 5), o la esclavitud (artículo 8) entre otros.

Existe entonces una clara corriente que busca homogenizar la aplicación de las disposiciones que preserven y restablezcan los derechos humanos fundamentales. Esto quiere decir que los compromisos en la materia obligan al Estado de Guatemala a buscar la coherencia completa de todo su ordenamiento jurídico. Caso contrario convierte a las normas en nulas *ipso jure*, pues atentarían contra lo dispuesto por las máximas normas del país.

El Estado de Guatemala debe seguir las normas que tengan por finalidad la protección de los derechos humanos. Después de todo lo expresado es evidente que es necesario la reforma de la normativa vigente. Hay que resaltar que al haber nacido de un poder constituyente (de 1965) esta norma no puede ser derogada más que por otro poder constituyente, siendo esa la razón por la que se plantea su reforma y no su derogación. Es entonces un tema de conveniencia seguir el procedimiento de reforma a una norma constitucional, según el artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

La necesidad de reformar la norma vigente se fundamenta en que la actual está desfasada, y no responde a los compromisos del país en materia de derechos humanos. La falta de certeza, la poca transparencia y los casi nulos controles específicos han convertido en un suplicio la aplicación de los estados de excepción. Por ende, el mérito de la propuesta es reforzar los procedimientos (que son necesarios) y que deben integrarse a los procesos de modernización de los Estados.

3. Propuesta de reforma a la ley de orden público

Como ya se mencionó, el artículo 138 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula los casos especiales en los cuales el Estado de Guatemala puede “limitar” la aplicación de ciertos derechos reconocidos de forma específica por la máxima norma constitucional. A esto se suma también el artículo 139 constitucional. A través de los artículos indicados, se establece de forma general el modelo a través del cual se declara el estado de emergencia, que incluye la intervención del Presidente de la República, quien emite un acuerdo gubernativo en consejo de ministros, y lo remite al Organismo Legislativo para que éste lo conozca, apruebe, modifique o impruebe para ordenar luego su publicación, marcando así el inicio de esas limitaciones. Los límites a este procedimiento son los del respeto a los derechos humanos.

Es interesante considerar que la regulación específica sobre los estados de emergencia se encuentra contenida en la Ley de Orden Público; sin embargo, como ya se indicó esa norma (a pesar de ser de rango constitucional) carece de ciertos criterios y lineamientos que faciliten la protección de la persona.

a. Límites y garantías dentro de los estados de excepción que deben incluirse en la ley de orden público

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987) estableció que:

(...) Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una " suspensión de garantías " en sentido absoluto, ni de la " suspensión de los derechos " ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio (...). (párr. 18)

Un Estado de excepción no es un período de tiempo en que “todo es permitido” o que la persona se encuentra “a merced” de la autoridad, sino que es una circunstancia extraordinaria donde se “limitan” de forma necesaria ciertos derechos. Aquí la consideración vale por dos supuestos particulares:

1. La suspensión tiene límites. Es decir, se sigue un criterio de proporcionalidad según el cual se reduce la aplicación de ciertos derechos, los cuales tienen relación directa con la situación que provocó la necesidad de declarar un Estado de emergencia. No se pueden restringir derechos que no tengan ninguna relación con la crisis; y
2. Un Estado de excepción no quiere decir que la autoridad “es libre” de hacer lo que desee. Sigue teniendo responsabilidad y tiene que regirse de forma completa por las normas.

Esas dos consideraciones apuntadas hacen aún más problemático que no exista una norma que brinde certeza, porque dificulta la deducción de responsabilidades. El principio que rige los estados de excepción es muy similar al de la aplicación de derecho penal, en cuanto a que tiene carácter de *ultima ratio*, siendo (siempre) el método final que debe considerarse en casos de emergencia. Cuando la normalidad de la vida dentro de un estado es menoscabada de cualquier forma, se supone que existen métodos particulares para “restaurar” el orden. Sin embargo, los estados de excepción no deben ser entendidos como un mecanismo de respuesta inmediato, sino que deben guardar relación directa con la gravedad y temporalidad de la crisis.

En general, son mecanismos “legales” que permiten a los Estados auto preservarse, de modo que “doblan” la aplicación de ciertas normas, atentando contra ciertas garantías como mal necesario para preservar el resto del ordenamiento, así como la integridad y la paz de las personas. Además, las garantías del debido proceso tampoco pueden dejarse sin efecto. De nuevo, es necesario hacer énfasis que existen lineamientos que están fuera de todo límite y que constituyen los principios torales de la actuación del Estado sin excepciones. Es posible mencionar a modo de ejemplo la proporcionalidad, necesidad, temporalidad, legalidad, no

discriminación, respeto a los derechos humanos, protección de la integridad de la persona, entre otros.

Otro aspecto importante es el relativo a establecer definiciones claras sobre las causales que facultan al Estado para declarar un Estado de excepción. Por ejemplo, la Carta de Naciones Unidas (1945), en su artículo 2, inciso 4 indica:

Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

En este caso, el énfasis es la actuación del Estado ante una amenaza “a su integridad”. Entendida la integridad como la conservación tanto de su territorio como de su libertad y demás derechos como Estado libre y soberano. Guatemala no está aislado, es parte del concierto mundial. Por ello, se acoge a la aplicación de diversos instrumentos internacionales que le generan responsabilidades de diversa naturaleza.

Se pueden incluir aspectos comerciales, migratorios o humanitarios. Estos últimos comprenden el respeto irrestricto a compromisos en materia de Derechos Humanos. Los mismos son un modelo de defensa de las personas, contienen elementos que obligan a los Estados a no interferir en la esfera de derechos y la dignidad de los sujetos.

Al respecto hay que considerar que según el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Esto ha permitido el desarrollo del llamado bloque de constitucionalidad, el cual es expresado de la siguiente forma:

...El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal (...) por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquél son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. (Corte de Constitucionalidad, 2012)

Esta integración de normativas internacionales, buscan fortalecer la parte ejecutiva de las normas, generando obligaciones exigibles e irrenunciables.

b. Supuestos que facultan la declaratoria de un estado de excepción

En general las grandes crisis de los Estados se concentran en tres vertientes:

- **Crisis naturales:** generadas por desastres y demás hechos fuera del control humano. Estas deben diferenciarse de aspectos cíclicos del clima. Por ejemplo, si se conoce que una determinada época del año o un lugar identificable del territorio padece de sequías. Esto no puede considerarse motivo para declarar un estado de excepción, en especial, porque no se puede considerar como algo imprevisible, sino que denota una enorme incapacidad de planificación.
- **Crisis económica:** esto se encuentra muy ligado al anterior. Hay un aspecto de planificación que no puede ignorarse. Hay que determinar las causas de las crisis antes de tomar medidas de cualquier naturaleza.
- **Crisis políticas:** podría considerarse como “desestabilización” de las instituciones de gobierno o de las personas que ostentan el control sobre las mismas. Este es un tema espinoso porque se puede convertir (la declaratoria) en una herramienta de control sobre los opositores en cuyo caso habría que hacer, con mucho tino, un análisis de situación para ponderar el uso de las medidas que sean necesarias.

Estos supuestos deben tomarse en cuenta porque son compatibles con los establecidos por la Constitución vigente (artículo 138) y porque resaltan que los momentos de crisis de los Estados son extraordinarios y no pueden ser invocados de forma constante o descuidada.

c. Principios que deben regir la aplicación de los estados de excepción

Es necesario que se establezcan los principios rectores de la reforma propuesta. Esto, porque se tendrán como un punto de referencia claro y lógico que permita interpretar los “pasajes” que puedan considerarse oscuros, ambiguos o incluso contradictorios. Siempre se deberá realizar una interpretación que represente la mayor protección para las personas y las mayores restricciones para el uso de la fuerza de cualquier tipo por parte de la autoridad pública. Entre estos principios se encuentran:

- Legalidad.
- Necesidad.
- Proporcionalidad.
- No discriminación.
- Protección integral de la persona.
- Temporalidad.

También vale la pena resaltar los principios emitidos en septiembre de 1984 por el Consejo Económico Social de Naciones Unidas (conocidos como Principios de Siracusa), entre los cuales se incluyen la proclamación, la notificación y la conclusión de la situación de excepción (que permite la fiscalización de los Estados Parte, y que conlleva un mecanismo de control general). En general es importante considerar que los principios indicados deben servir como lineamiento general de la presente propuesta, porque representan garantías mínimas de operación.

d. Necesidad de justificar los estados de excepción y capacidad fiscalizadora del Congreso de la República

Es importante que la decisión de declarar un estado de emergencia responda a criterios objetivos. Es decir, no se puede permitir que este mecanismo se convierta en una salida constante ante las posibles dificultades que puedan generarse. Todo lo contrario, es necesario que se dé un seguimiento específico a las necesidades y circunstancias generadas.

Además, no basta con “declarar” el estado de emergencia, sino que se tienen que determinar de forma precisa los lineamientos que se seguirán. Esto incluye los recursos (económicos, materiales o humanos) para combatir la crisis. No se deben implementar medidas que no tengan relación directa con el hecho. Por ejemplo, un desastre natural debe incluir medidas para protección a las personas afectadas, así como planes de contingencia ante posibles destrozos de caminos, carreteras y puentes. Pero esto no faculta para que se limite el derecho a la vida como contraparte.

Realizado el análisis y determinados los mejores mecanismos de actuación, el Congreso de la República debe intervenir. Su función es revisora y fiscalizadora de la “propuesta” del Ejecutivo, porque no está obligado a acatar de forma directa lo dispuesto por este, sino que puede ampliarla o modificarla según se estime pertinente. Su responsabilidad es detectar ilegalidades, inconsistencias o incongruencias en la declaración. Una vez concluido su propio estudio del estado de excepción, se manda a publicar en el Diario Oficial en forma de Decreto. Un aspecto importante en este caso es que las responsabilidades para todos los funcionarios involucrados deben ser claras. Todo aquel que intervino y que avaló de una forma y otra la declaratoria debe responder por las ilegalidades que genere.

Se reconoce entonces, que la importancia de las medidas que se tomen debe necesariamente incluir al Organismo deliberante y representativo de los ciudadanos guatemaltecos. La medida tendrá una duración máxima de treinta (30) días y podrá revisarse por solicitud de cualquier ciudadano, para dejarse sin efecto de manera anticipada. Demostrando así que la medida tiene un fin determinado y que al terminarse el asunto queda sin materia. Además, transcurrido el plazo, los derechos se restablecen de forma automática regresando el Estado a su cauce de actuar natural.

e. Derechos que pueden restringirse

Los tratados e instrumentos internacionales y la propia Constitución establecen cuales derechos pueden restringirse. En este caso la Ley de Orden Público debe respetarlo. Más importante, debe establecer las medidas correspondientes para su debida ejecución. El Decreto 7, tiene en su mayoría disposiciones de actividades militares para mantener el uso de la fuerza. El Ejército de Guatemala tiene atribuciones específicas en la Constitución, y no puede ser usado para reprimir o violentar derechos. Por tanto, sus funciones deben ser orientadas a cooperación, y ser lo menos violentas posibles.

Los derechos restringidos no tienen nada que ver con la estructura del Estado, su forma de gobierno, sus instituciones, sus obligaciones o la certeza de aplicación de las normas. Por ello y en consonancia con los artículos 138 y 139 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los estados de excepción no serán una forma de toma de control sobre la vida del país, ni una forma legitimada de concentrar poderes de dictador. Tampoco se incluye la autorización de castigos físicos o vejámenes de ninguna naturaleza. Aquí de nuevo sobresale que la Constitución vigente es el reflejo de un modelo más garantista y protector de la persona.

[...] los decretos gubernativos por los que, en Consejo de Ministros, el Presidente de la República decreta un régimen de excepción, se encuentran revestidos de un carácter extraordinario, por lo que, de manera urgente, se deben emitir al acaecer circunstancias que habilitan el establecimiento de esos regímenes en circunstancias muy limitadas y que suponen una especial gravedad (...). (Corte de Constitucionalidad, 2013)

El Decreto del “estado de excepción” debe ser muy específico en cuanto a las medidas que van a realizarse. Esto tiene una doble función, pudiendo saberse con claridad que puede y que no puede hacerse, el lugar (espacio físico) de aplicación de la medida y cumplir con la publicidad con la declaratoria. El Ejecutivo por su parte deberá rendir un informe circunstanciado de la situación (de emergencia) y de las medidas puestas en marcha para combatir la crisis. Esto permitirá que se fiscalice su actuación, y también dará una visión global de la actuación de todo el aparato de gobierno, debiendo hacerlo en un plazo perentorio de 30 días corridos, so pena de las responsabilidades penales (incumplimiento de deberes), civiles o administrativas aplicables.

En este caso, es importante la participación activa tanto de la Contraloría General de Cuentas (no se puede permitir el despilfarro de recursos) y de la Procuraduría de Derechos Humanos que, en esencia, basa su razón misma de existir en tutelar los derechos fundamentales de las personas, y por eso su actuación debe ser de fiscalización completa para preservar la integridad de todas las personas sin distinción. El informe circunstanciado tiene dos destinatarios por una parte el Organismo Legislativo y, por otra, los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto permite realizar la fiscalización ya señalada, y dejar un registro fehaciente y confiable de las medidas realizadas para que sirvan como guía para casos futuros.

También hay que hacer énfasis que “mientras dure” el estado de excepción aquel que se vea ilegalmente afectado en sus derechos puede plantear una denuncia contra la autoridad que se haya extralimitado. Entre los mecanismos que se deben incluir está el *habeas corpus* y el amparo. Si bien son susceptibles de ser invocados (art. 27 Decreto 7), estos métodos de defensa deben recibir el acompañamiento de una entidad como el Procurador de los Derechos Humanos, de forma que la persona tenga la mejor atención posible. Además, los procedimientos deben incluir la reducción al mínimo de formalidades y plazos al menos de la mitad de duración que los actuales (son momentos extraordinarios que ameritan procedimientos extraordinarios y especiales). Se busca que la vigencia del estado de excepción no se constituya en un momento de vulnerabilidad, sino que siempre se cuide y respete la vida e integridad de las personas.

4. Conclusiones

Como se ha indicado a lo largo de las páginas previas, los compromisos del Estado de Guatemala son irrenunciables, no sólo en el ámbito internacional, sino (y más importante) con sus habitantes. Es posible concentrar la propuesta en los siguientes aspectos:

1. **Definición de las causas que permiten la declaratoria de los estados de excepción:** La Constitución establece las bases de los casos que generan un estado de excepción. Sin embargo, es tarea de la ley delimitar qué casos son extraordinarios y ameritan la declaratoria. Además, se debe hacer una clara distinción entre los diferentes estados de excepción, determinando de forma clara cuándo se invoca cada uno, y qué tipo de medidas particulares pueden ponerse en práctica.
2. **Aplicación de principios generales de protección a la persona:** Es necesario que se cumplan los principios desarrollados, porque estos sirven como una guía programática y permiten definir prioridades, bases y formas de reclamación.
3. **Necesidad de implementación de mecanismos de control “durante” la vigencia del estado de excepción:** Esto quiere decir que se necesitan procedimientos especiales para que las denuncias contra los abusos sean conocidas y resueltas de forma inmediata. Lo importante es que los derechos que se vean afectados puedan ser reestablecidos. La participación de la Procuraduría de los Derechos Humanos, Contraloría General de Cuentas y acciones constitucionales como la exhibición personal, y el amparo son fundamentales. El mecanismo de control establecido por el artículo 27 del Decreto 7 resulta insuficiente y deben incluirse plazos más cortos y menores formalidades para alentar las denuncias.
4. **Sancionar a quienes abusen de sus funciones durante el estado de excepción.** Si bien, se reconoce la limitación de ciertos derechos, esto no quiere decir que la persona está indefensa. Menos se puede considerar que las autoridades son libres de hacer lo que se les plazca. Un modelo en el que se establezca el régimen disciplinario, que regule las sanciones (de diferente naturaleza) permite saber con claridad cómo proceder en cada caso específico.
5. **Mayores mecanismos de fiscalización:** Como ya se indicó, el informe que rinde el Ejecutivo al Congreso (y que debe también rendirlo a nivel internacional), muchas veces se transforma en un mero requisito. Despojando así a la figura de su verdadera naturaleza (control y transparencia de las actuaciones oficiales). No se puede obviar que el Estado no deja de existir por la declaratoria de un estado de excepción, todo lo contrario, al reducir los derechos, debería de ser aún más acucioso el estudio y análisis de todas las medidas llevadas a cabo, para deducir las responsabilidades correspondientes.

En conclusión, la Ley de Orden Público, necesita establecer más y mejores mecanismos de control, transparentar las actuaciones oficiales, hacer partícipe al Procurador de los Derechos Humanos, incentivar la labor de la Contraloría General de Cuentas, y aplicar un régimen

sancionador específico. No puede seguirse implementando una normativa que responde a ideales que no representan al actual Estado Constitucional de Derecho; y por lo anterior se considera necesario que el texto se reforme y se le incorporen los aspectos ya indicados. Por ello, generar un marco de definiciones hace que las actuaciones oficiales respondan a un ideario definido y reduzcan la arbitrariedad.

Referencias:

Burgoa, I. (1995). *Las Garantías Individuales*. México: Porrúa.

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.

Carta de las Naciones Unidas. (26 de junio de 1945).

Comité de Derechos Humanos. (29 de marzo de 2004). Observación general No. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13). Obtenido de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW6Ttaxgp3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRATdbWLqyA1RX6IE1VC%2FXrdwy1JEojEGK4mF1mRwn5H9lw%3D%3D>

Constitución Política de la República de Guatemala. (31 de mayo de 1985).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969).

Corte de Constitucionalidad. (17 de julio de 2012). Expediente 1822-2011. Guatemala.

Corte de Constitucionalidad. (22 de octubre de 2013). Expediente 2485-2013. Guatemala.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de enero de 1987). Opinión Consultiva OC-08/87. El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948).

Ley de Orden Público. (9 de diciembre de 1965).

Matos, J. (1988). *Curso de Derecho Internacional Privado*. Guatemala.

Niboyet, J. P. (1950). *Principios de Derecho Internacional Privado*. México: Nacional.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966).

Prado, G. (1999). *Derecho Constitucional*. Guatemala: Textos y formas impresas.

Principios de Siracusa, sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 24 de agosto de 1984.

Derechos de Autor (c) 2023 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.

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

Opus Magna Constitucional
Tomo XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**LAS FRONTERAS Y EL DERECHO A SER EN EL MUNDO:
PROTECCIÓN JURÍDICA, MOVILIDAD HUMANA E INCIDENCIA
POLÍTICA. REFLEXIONES PARA CENTROAMÉRICA Y MÉXICO**

*BORDERS AND THE RIGHT TO BE IN THE WORLD: LEGAL PROTECTION,
HUMAN MOBILITY AND POLITICAL ADVOCACY. COMPARATIVE
REFLECTIONS FOR CENTRAL AMERICA AND MEXICO*

Santos Romeo Barrientos Aldana



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.108>

RECIBIDO: 17/02/2023
ACEPTADO: 31/07/2023
PUBLICADO: 16/10/2023

Las fronteras y el derecho a ser en el mundo: Protección jurídica, movilidad humana e incidencia política. Reflexiones para Centroamérica y México

Borders and the right to be in the world: Legal protection, human mobility and political advocacy. Comparative reflections for Central America and Mexico

Santos Romeo Barrientos Aldana*
Investigador independiente

Recibido: 17/02/2022

Aceptado: 31/07/2023

Publicado: 16/10/2023

Resumen: Este estudio se aproxima a las diferentes aristas que surgen al preguntarse por la movilidad humana, aportando nuevas formas de comprensión del comportamiento migratorio y los aspectos jurídicos vinculados a tal fenómeno. Desde una mirada comparativa entre los países centroamericanos y México, se espera enriquecer el debate sobre la regulación en el marco de los contextos migratorios. Por otro lado, los argumentos abordan lo concerniente a la incidencia política de los ciudadanos y la libertad de movilidad; estableciendo como punto de partida las (faltas de) regulaciones y las violaciones al derecho humano de participar activamente en un Estado democrático. De este modo, la apertura de los Estados hacia modelos constitucionales de Derecho y la incorporación de normativa internacional de derechos humanos a la legislación interna, constituyen cambios fundamentales en la concepción de soberanía y ciudadanía, orientada hacia una redefinición de soberanía y una ciudadanía flexible. La conclusión es que el argumento de la ciudadanía flexible describe mejor la concepción migratoria encaminada a la apertura de fronteras de los Estados desarrollados.

* Estudiante de maestría en derecho constitucional (Escuela de Estudios de Posgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala—USAC—); pendiente de examen público de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC (Exámenes técnico profesional aprobados en 2021). Su trabajo ha llamado el interés de varias revistas, entre las que se cuentan La Sirena Varada de México, la del Instituto de Estudios de la Literatura Nacional, Revista de Estudios Multidisciplinarios de México, el Suplemento Cultural del diario La Hora, Revista del Consejo de la Carrera Judicial del Organismo Judicial de Guatemala. Es ganador del Premio Nacional de Poesía "Luz Méndez de la Vega" (2018), organizado por el Departamento de Letras, Facultad de Humanidades, USAC; reconocido por su participación en Ensayo Internacional (Tokio, Japón, 2020-2021), cuenta con un reconocimiento a su Liderazgo Universitario, por la Universidad de San Carlos de Guatemala (2018), tiene una mención honorífica en el Premio Editorial Universitaria de Poesía "Manuel José Arce" (2019), es finalista en el Concurso de Ensayos Jurídicos Sobre Derechos de las Mujeres Indígenas, organizado por Abogados sin Fronteras (Canadá, 2020) y es ganador en el concurso interuniversitario de ensayos jurídicos, organizado por las Asociaciones de Estudiantes (2022). santosbarrientos3@gmail.com
El autor declara que no tiene ningún conflicto de interés y que la investigación se realizó con fondos propios.

Palabras clave: Movilidad humana, libertad de movimiento, Estado democrático, fronteras abiertas, derechos humanos.

Abstract: *This study approaches the different edges that arise when wondering about human mobility, providing new ways of understanding migratory behavior and the legal aspects related to such a phenomenon. Comparing a perspective between the Central American countries and Mexico, it is expected to enrich the debate on regulation of migratory contexts. On the other hand, the arguments address the concern of the political incidence of citizens and freedom of mobility; setting as a starting point the (lack of) regulations and violations of the human right to participate in a democratic State. In this way, the opening of States towards constitutional models of Law and the incorporation of international human rights regulations into domestic legislation, constituting fundamental changes in the conception of sovereignty and citizenship, oriented towards a redefinition of sovereignty and flexible citizenship. The conclusion is that the flexible citizenship argument better describes the migratory conception aimed at opening the borders of developed States.*

Keywords: *Human mobility, freedom of movement, democratic state, open borders, human rights.*

Sumario:

- Los derechos humanos y la libertad de movimiento: apuntes sobre algunos (pocos) significados.
- Instrumentos jurídicos de protección de las personas en contexto de movilidad.
- Derechos de las personas en contexto de movilidad humana: perspectiva jurídica de la región centroamericana y México. ¿Debilidad o Fortaleza de los ordenamientos jurídicos?
- Soberanía y movilidad humana, ¿existe afectación a la soberanía de los Estados por razón de la movilidad humana?
- La ciudadanía flexible, la migración y el argumento de la doble vía: visión holística de un discurso inacabable (para repensar los estudios modernos sobre la migración).

Introducción: parámetros para una justa (y equilibrada) concepción sobre el derecho a la libertad de movimiento

La tradición de los derechos humanos constituye un avance en los regímenes democráticos. Estos derechos, se dice, se han agotado en la academia en las diferentes perspectivas teóricas que han contribuido al análisis jurídico y político de los derechos humanos, en un ejercicio de orden descriptivo, prescriptivo y pragmático. Sin embargo, pese a que la libertad de movimiento es un derecho humano que nace en los ideales de la Ilustración y la Revolución Francesa, la tarea por volver a los valores cívicos-políticos mantiene vigencia en los debates teóricos.

Esto se debe a dos razones: 1) la teoría ha obviado el estudio del derecho humano a la libre movilidad, y 2) los avances en la teoría de los derechos fundamentales y la redefinición del concepto de “soberanía” ha permitido volver a los orígenes de los valores humanos.

Las construcciones teóricas formuladas en torno a la migración (*ius migrandi*), en las que se redefinen las dimensiones política y jurídica que se le asigna a la ciudadanía, se mantienen dentro de los límites del paradigma constitucional (Ferrajoli, 2018, pp. 25-46). De esta manera se plantea una discusión que debe resolverse en lo interno y externo de los Estados, como en las fronteras estatales. En tanto que la libertad de movimiento es un derecho humano de orden universal, su estudio debe ser prioridad, con el fin de esclarecer los costes políticos y económicos en que repercute este reconocimiento fundamental.

En las últimas décadas, el aumento de las movilidades humanas en lo interno y externo de los Estados ha provocado nuevos argumentos (por ejemplo, el argumento de la continuidad lógica), que invitan a reflexionar sobre lo que se denomina el argumento de la doble vía (personal y político) y el argumento de la ciudadanía flexible (o en tránsito). Lo que estas ideas arrojan demuestra la importancia de construir bajo el perfil democrático los elementos que conducen a reconocer (verdaderamente) un derecho humano a circular libremente dentro de un Estado y abandonar el territorio para constituirse en otro.

En este orden de ideas, el propósito del presente estudio es examinar el contenido de la tesis del respeto a la libertad de movimiento como un derecho de la ciudadanía flexible, en tanto que se le dota de titularidad de derecho fundamental colectivo.

Tras abordar estas ideas, se explica el hecho de la laxa regulación de algunos Estados centroamericanos y el Estado Federal mexicano sobre las personas que se encuentran en contexto de movilidad humana y la violación al derecho humano de la participación política de los migrantes (*ius rei publicae migrandi*).

En este sentido, la presente investigación se estructura de la siguiente manera: 1. se exploran de soslayo los antecedentes que involucran los derechos humanos y la libertad de movimiento, 2. consecuentemente, se presenta un análisis relativo a la normativa sobre el derecho a la movilidad humana desde sus generalidades, 3. asimismo, se realiza un marco comparativo del *corpus iuris* de la región centroamericana y México sobre los derechos de las personas en contexto de movilidad humana, 4. siguiendo estas líneas se analiza si existe alguna afectación a la soberanía de los Estados por razón de la movilidad humana, y 5. finalmente, se presenta un análisis sobre la ciudadanía flexible, la migración y el argumento de la doble vía, con el objeto de repensar los estudios sobre la migración.

1. Los derechos humanos y la libertad de movimiento: apuntes sobre algunos (pocos) significados

Dotar de significado a las distintas épocas en las que el ser humano ha transitado ha sido una tarea constante en la historia del pensamiento social y político. Los problemas de cada época no se agotan en el universo teórico: su estudio alcanza otras instancias prácticas (por ejemplo, ya no solo el de movilizarse entre Estados sino el de adquirir la ciudadanía) que las sociedades han atravesado (como las preocupaciones relativas a las preguntas del *cómo* y ya no las del *porqué* de los problemas sociales).

Desde esta óptica, el fenómeno migratorio, partiendo del estudio de la evolución de los derechos humanos, permite la comprensión holística de los derechos fundamentales. Por ello, es necesario repasar los antecedentes de los derechos humanos con énfasis en la libertad de movimiento.

La literatura jurídica que ha abordado el tema encuentra su punto de consenso en reconocer que, a partir de la Segunda Guerra Mundial, el abordaje de los derechos humanos ha evolucionado en el reconocimiento de derechos fundamentales, vitales para los menos favorecidos (Bobbio, 1991, p. 98). Sin embargo, estas conquistas no nacen del mero ideario cultural de las sociedades: se fundamentan en las crisis de los Estados. Más allá de las debacles (en toda época las sociedades las afrontan) se observa el levantamiento revolucionario de las poblaciones que, en busca de su desarrollo colectivo, se alzaron para conquistar sus libertades humanas. Esto se hace patente en las grandes revoluciones de las ideas, planteadas durante el Siglo de las Luces y las revoluciones sociales del siglo XX (Ferrajoli, 2010, pp. 178-179).

En cuanto al derecho humano a migrar (que involucra una concepción más amplia que la mera idea de salir de un país para constituirse en otro), en el derecho internacional no se ha reconocido expresamente; existe de forma superficial (Arcos, 2020, p. 288) la regulación jurídica concerniente a las migraciones.

El interés jurídico se ha enfocado en explicar someramente el significado del derecho humano a migrar (véase al respecto lo que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹ y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de 1966²). Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha ampliado la terminología jurídica a través de los aportes jurisprudenciales³, estableciendo expresiones que van más allá de explicar significados. Esto permite comprobar que la evolución de los derechos humanos ha sido una constante preocupación de orden internacional.

De esta manera, se explica que en contadas ocasiones el término migración va más allá de postulados jurídicos que reducen su marco conceptual en establecer prohibiciones y restricciones. Si se analiza lo que la literatura sociológica ha señalado al respecto, se advierte, pese a las constantes investigaciones, que persiste la indeterminación. En el mismo tono se expresa Herrera (2006), cuando manifiesta:

La falta de un criterio de general aceptación sobre lo que debe ser entendido por ‘migración’ ha propiciado no pocas inconsistencias en los objetivos de las investigaciones sobre el tema, así como

¹ De acuerdo con el artículo 13: “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país”.

² Artículo 12: “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. [...]”

³ Véase, por ejemplo, (solo por citar algunos) los casos siguientes: Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Sentencia de la Corte de 28 de agosto de 2013; Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia 25 de noviembre de 2013; Corte IDH. *Caso J. vs Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013; Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Sentencia de 30 de enero de 2014 y Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014.

en la interpretación, evaluación y comparación de sus resultados y en el acopio de conocimientos sustantivos para fines teóricos. (p. 19)

Al margen de eso, la evolución de los derechos humanos y la aplicación jurídica de determinados casos en el derecho internacional, han permitido profundizar en los derechos que les asisten a las personas en contexto de movilidad humana. Este tratamiento del problema merece ser ampliado a través del estudio (en particular) de la legislación internacional, centroamericana y de México, así como jurisprudencia y casos específicos (como veremos a continuación).

2. Instrumentos jurídicos de protección de las personas en contexto de movilidad

Para el estudio de los instrumentos jurídicos que comprenden la protección de las personas en contexto de movilidad humana, conviene, primero, que se atiendan tres situaciones que ayudarán a establecer un orden normativo.

En principio, es de hacer notar el abordaje internacional de los derechos humanos en torno al tratamiento protector de los migrantes; seguidamente, observar el abordaje de la Corte IDH, con relación a los casos contenciosos con respecto a la movilidad humana y, por último, explicar, comparativamente, la existencia (o no) del bloque de constitucionalidad en los países centroamericanos y la Federación mexicana y su importancia para el tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos e interno de los Estados democráticos.

De esta cuenta, con carácter previo, se empezará mencionando el abordaje dentro del derecho internacional de los derechos humanos (con énfasis en la libertad de movimiento y el reconocimiento de derechos fundamentales). En tal sentido, en las primeras declaraciones y constituciones, verbigracia, Declaración de Derechos de Pensilvania de 1776⁴, Constitución de Vermont de 1777⁵ y la Constitución de la República Española de 1931⁶, se encuentra un acercamiento a la libertad de movilizarse entre Estados. Esto es así porque, siguiendo las líneas de Arcos (2020):

La historia del pensamiento jurídico demuestra que la libertad de movimiento a través de las fronteras no sería únicamente un derecho de la primera generación, sino, también, uno de los primeros derechos naturales, formulados en las civilizaciones jurídicas modernas y fundamentales para la tradición liberal clásica. (p. 287)

En efecto, la historia no solo pone en evidencia principios rectores que fundamentan el derecho a la libre movilidad entre Estados, sino que afianza la idea de que una generación (una sociedad, digamos) no puede sobrevivir al peso de permanecer dentro de un Estado (en tal caso se violaría

⁴ Artículo XV. “Que todos los hombres tienen un inherente y natural derecho a emigrar de un Estado a otro que los reciba...”.

⁵ En similar sentido se estableció en el artículo XVII: “Que todos los hombres tienen un derecho natural e inherente a emigrar de un estado a otro que los reciba...”.

⁶ Artículo 31: “El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca”.

el derecho a la libertad humana⁷, como condición fundamental del ser humano) que no le genere las condiciones vitales mínimas (y esto último ha sido el gran “problema” de las migraciones). No se puede, en esencia, limitar las libertades humanas, de hacerlo se constituiría un retroceso en las conquistas históricas y revolucionarias.

Ahora bien, la evolución del derecho humano a la libre movilidad ha sido marcado por otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos como, por ejemplo: (i) La Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), que garantiza la libertad e igualdad entre seres humanos sin distinción alguna (art. 1) y el derecho a la libre movilidad (art. 13), (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (AGNU, 1966) el cual garantiza derechos y libertades inherentes al ser humano (art. 3, 9.1, 10), el derecho a la libre movilidad y habilita a que los Estados impongan restricciones para proteger la seguridad nacional (art. 12), (iii) la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (AGNU, 1982), sin estar destinada al reconocimiento de derechos a la libre movilidad, constituye un avance en el fortalecimiento de los derechos de las mujeres con el objeto de garantizar la igualdad y la adquisición de la nacionalidad (art. 9.1, y 9.2), (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño (AGNU, 1989) que garantiza el interés superior del niño y el derecho a adquirir una nacionalidad a efecto de preservar la identidad y libertad, especialmente en los casos en que el niño resulte apátrida (art. 7, 8 y 10)⁸, (v) la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares (AGNU, 1990), en líneas generales esta Convención regula el trato hacia los trabajadores en condición de migrantes con el objeto de que sus derechos y libertades no sean vulnerados, (vi) el Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (AGNU, 2000), en este Protocolo los derechos a la libre movilidad se empiezan a restringir, derivado a que el objetivo que persigue es que cada Estado adopte medidas legislativas para regular el tráfico ilícito de migrantes y trata de personas (art. 6), y (vii) el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (AGNU, 2000), este Protocolo constituye un marco normativo protector, más bien, de la seguridad nacional y restringe aún más los derechos a libre movilidad, aquí ya no se desarrollan los derechos de los migrantes sino que se inserta el combate a la trata de personas como delito de carácter transnacional.

De lo observado, podemos establecer que los marcos normativos del sistema regional pasan del fortalecimiento y el respeto a la libre movilidad hacia la restricción de los derechos a los migrantes y endurecimiento de las políticas migratorias.

⁷ El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Sobre el análisis particular de este artículo y otros relacionados a la libertad del ser humano, véase: Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*, trad. R. de A. Roig. Madrid: Editorial Sistema, 1991, pp. 37-40.

⁸ Véase además la opinión consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. En este pronunciamiento la Corte IDH desarrolló los derechos y garantía de las niñas y niños migrantes.

Se puede, ahora, delimitar la línea seguida en el derecho convencional. En tal sentido, conviene observar la opinión de la Corte IDH y algunos casos contenciosos⁹, que dan cuenta sobre las obligaciones estatales al momento de determinar las políticas migratorias por las cuales se deben regir.

En la opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2013, la Corte IDH se pronunció, argumentando que “los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos” (párr. 168). Siguiendo estas líneas, la Corte ha expresado un tema fundamental en el desarrollo del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos. Tomando en cuenta que el derecho migratorio constituye un derecho fundamental, las garantías del respeto de los derechos humanos dentro de la ejecución de políticas migratorias en los Estados responden a la necesidad de crear mecanismos que van desde el derecho a adquirir la nacionalidad¹⁰ (previo haberse cumplido con la regularización migratoria de acuerdo con las políticas de los Estados) hasta el derecho de gozar una plena libertad.

El derecho a adquirir la nacionalidad es una garantía que se concreta en el reconocimiento de gozar de ciertas libertades humanas dentro de un Estado. Ciertas, porque de acuerdo con la condición de vulnerabilidad que enfrentan los migrantes, en lo interno de los Estados, tienen que sobrevivirle al hecho de una doble condición: 1) ser migrante; y 2) la constante discriminación. Esto, en principio, por las condiciones históricas y sociales en las que se han desarrollado las sociedades.

La misma Corte IDH ha expresado:

Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado. (Opinión Consultiva OC-18/03, 2013, párr. 112)

También en líneas similares se puede observar en el Caso Vélez Loor vs. Panamá, cuando la Corte IDH indica:

[...] en casos de personas y grupos en situación de vulnerabilidad, este Tribunal interpretará y dará contenido a los derechos reconocidos en la Convención, [...] tomando en cuenta que la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de este grupo. (Caso Vélez Loor vs. Panamá, 2010, párr. 97)

⁹ Para un estudio detallado de los casos, véase: Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Núm. 2. Personas en situación de migración o refugio.

¹⁰ Cfr. Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana...*, párr. 253.

He ahí la continuidad lógica en las acciones que deben seguir los Estados, según la normativa internacional. No obstante, según los juristas, sociólogos y politólogos, las violaciones a los derechos humanos de los migrantes son una constante en las sociedades hegemónicas. Y esto es así porque, como dirían Méndez y Wentworth (2021), “el mundo desarrollado se ha vuelto mucho más hostil y menos acogedor para la gente que deja su país y tiene que establecerse en tierra extranjera” (p. 131).

Esto revela la importancia y el compromiso que deben adquirir los Estados en cuanto a la construcción de un modelo racional de los derechos de los migrantes.

Llegados a este punto, hay que finalizar hablando sobre el bloque de constitucionalidad en la región centroamericana y México. Esto es importante, debido a que la existencia del bloque de constitucionalidad da cuenta de un *corpus iuris* que posibilita la interpretación jurídica de forma amplia.

En este sentido, la región centroamericana, exceptuando El Salvador¹¹, ha incorporado en el ordenamiento jurídico interno la doctrina del bloque de constitucionalidad¹², dando apertura hacia la interpretación jurídica de forma amplia, integrando preceptos normativos en materia de derechos humanos que dotan de protección jurídica a las personas que se encuentran en desventaja.

El caso mexicano es paradigmático, puesto que es uno de los últimos países latinoamericanos en adoptar la doctrina del bloque de constitucionalidad (Góngora, 2014, p. 322). En efecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue reticente en reconocer esta doctrina¹³.

Lo que sucede es que la doctrina del bloque de constitucionalidad ha tomado dos posiciones ampliamente debatidas. Por un lado, la posición que sostiene el debate sobre la jerarquía normativa y el derecho internacional de los derechos humanos. Y, en segundo lugar, la posición que sostiene que el bloque de constitucionalidad es una apertura al reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos (el bloque de convencionalidad). Esta última posición, a juicio personal, es la más aceptable. En virtud de que lo que se busca es ampliar el *corpus iuris* de los Estados democráticos de derecho. Estableciendo, de tal modo, un avance en el desarrollo de los derechos humanos. Esto constituye, para el caso en análisis, un modelo garantista y protector de las personas en contexto de movilidad humana.

¹¹ Cfr. v.gr. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. *Inconstitucionalidad 24-97/21-98*. Sentencia del 26 de septiembre de 2000, p. 23.

¹² Para un análisis detallado, véase: Rodríguez Molina, José Antonio. *Los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad en los sistemas de justicia latinoamericanos: propuesta de un modelo de justicia en El Salvador*. Tesis de Doctorado, Universidad de Castilla-La Mancha, 2015, pp.332-334.

¹³ Contradicción de Tesis: 293/2011, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013, pp. 21-45.

3. Derechos de las personas en contexto de movilidad humana: perspectiva jurídica de la región centroamericana y México. ¿Debilidad o fortaleza de los ordenamientos jurídicos?

Conviene establecer uno de los antecedentes inmediatos del *ius migrandi* en el ámbito centroamericano. Se puede observar a *priori* la Constitución de 1824, de la entonces Federación Centroamericana (Mariñas, 1958, p. 249), evidencia de la evolución *ius* normativista en la región.

Según lo regulado en la Constitución de la República Federal de Centroamérica (1824): “Todo el que fuere nacido en las repúblicas de América y viniere a radicarse a la Federación, se tendrá por naturalizado en ella desde el momento en que manifieste su designio ante la autoridad local” (artículo 18). Este presupuesto normativo incluye dos aspectos: 1) el de las personas que nazcan en las repúblicas de América; y 2) la naturalización de las personas con solo manifestarlo ante la autoridad competente.

En un sistema jurídico-político que parte de la tradición liberal, el derecho de los migrantes de las Américas (como expresa el texto precitado) se basa en los modelos constitucionalistas americano y francés. Lo característico (y distintivo) es que, desde los primeros fundamentos normativos, el tema de la migración no refleja un desinterés a tratar. Constituye un reflejo social, en tanto un derecho humano a moverse sin más limitaciones que las impuestas por los Estados.

Sin embargo, esto no se agota en meros textos normativos, resulta de interés general ya no solo la garantía de políticas migratorias en los Estados, sino que es importante una fuerte (y consolidada) expresión de la voluntad política en crear condiciones propicias (y vitales) para las personas que se mueven dentro de los territorios y fuera de ellos. En tal sentido, es necesario explorar parte de la legislación de los Estados centroamericanos y del Estado Federal mexicano para aportar una visión holística de casos concretos.

3.1. Guatemala

Para tratar el tema migratorio de Guatemala conviene observar la Constitución y las leyes migratorias. De esta cuenta, se advierte que la Constitución Política de la República de Guatemala regula, por una parte, el derecho a la libertad en un sentido general (no limitativo)¹⁴ y el derecho a adquirir la nacionalidad¹⁵. En este orden jurídico, se encuentra regulado en el Código de Migración (Decreto No. 44-2016)¹⁶ lo relativo al derecho de los migrantes guatemaltecos como de los extranjeros, estableciendo una apertura y protección a los derechos de las personas en contexto de movilidad humana, que van desde la libertad de movimiento, la no discriminación, hasta la igualdad. De ahí se colige que el ordenamiento jurídico guatemalteco garantiza también

¹⁴ Artículo 4.: “Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos...”

¹⁵ Como se desarrolla en el capítulo II de la Ley Fundamental.

¹⁶ Libro I, título I y capítulo I, sobre los derechos, en general.

a los extranjeros, una gama de derechos y protección jurídica. Sigue la línea de fortalecer las políticas públicas migratorias, sin discriminación alguna.

Estos fines concretos son los principios rectores que en el sistema jurídico nacional han de regir para garantizar los derechos fundamentales.

Guatemala ha construido su marco normativo en el respeto a la dignidad humana, pero en la práctica institucional carece de ese enfoque. Una tarea fundamental es el fortalecimiento de los órganos encargados de velar por el respeto de los derechos de las personas migrantes. Ello es así, porque la institución encargada de tramitar los pasaportes a los guatemaltecos ha mostrado retrasos de hasta seis meses en la ejecución de sus actividades administrativas, provocando de este modo que los guatemaltecos se encuentren indocumentados (Del Águila, 2022). Esto, a su vez, genera dos problemáticas: (i) migraciones irregulares, y (ii) el irrespeto a la legislación nacional e internacional. El problema de las migraciones irregulares puede verse reflejado en que Estados como México y Estados Unidos de Norte América tratan a los migrantes de una manera hostil (Boche Ventura, 2023). Muchos de los derechos humanos conquistados se pierden en el tránsito por las fronteras de Norte América y la evolución hacia un Estado constitucional de Derecho queda en puro formalismo y no en la práctica social migratoria.

Aunado a ello, es importante destacar que aún se percibe cierto valor categórico de superioridad-inferioridad en la construcción identitaria indígena-mestizo-ladino en Guatemala (Roberto Morales, 2008; Casaús, 1998; Guzmán Böckler, 2017). Es una constante en la sociedad guatemalteca la discriminación y el racismo.

3.2. El Salvador

De un modo similar (aunque vagamente establecido) la Constitución de la República de El Salvador preceptúa el derecho a la libertad y la nacionalidad. Fines propuestos y alcanzables en el derecho a la migración interna y externa de las personas nacionales y extranjeras.

De tal suerte que el artículo 5 de la Ley Fundamental regula: “Toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca”. Y el artículo 90 incorpora una serie de elementos que definen e identifican quiénes son considerados salvadoreños de nacimiento. Asimismo, en el numeral 3º del artículo citado se lee:

Los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador, manifiesten ante las autoridades competentes su voluntad de ser salvadoreños, sin que se requiera la renuncia a su nacionalidad de origen. (Asamblea Constituyente, 1983)

Y esto es importante resaltarlo, puesto que la Constitución guatemalteca regula en similares líneas dicha relación con los demás países de la región centroamericana. Esto se debe a las

condiciones sociohistóricas de las que son parte los países centroamericanos. Crean, de esta forma, modalidades armónicas interestatales.

Como se ve, la norma fundamental salvadoreña incorpora preceptos normativos de índole garantista a las personas en contexto de movilidad humana. De igual manera, se puede observar en la Ley Especial de Migración y Extranjería (Decreto No. 286), en el artículo 5, donde se invocan los principios rectores que regirán para el tratamiento de todas las personas dentro del territorio nacional, enfatizando su condición migratoria.

3.3. Honduras

Por su parte, en la legislación hondureña, precisamente en la Ley Fundamental, se aprecia el derecho a adquirir la nacionalidad. Sin embargo, en la Constitución Política de Honduras se vislumbran condiciones de orden limitativo (Artículo 24). Es decir, no existe, tal como en las Constituciones analizadas arriba, una abierta aceptación hacia los otros países que conformaron la Federación Centroamericana. A diferencia de Guatemala y El Salvador que sí reconocen la nacionalidad de nacimiento de los centroamericanos de una forma más abierta, la norma fundamental de Honduras comporta condiciones para poder adquirir la nacionalidad a los centroamericanos¹⁷.

No obstante, pese a que la regulación contiene elementos que reflejan un vacío legal, el ordenamiento jurídico se nutre del derecho internacional de derechos humanos (artículo 15 de la norma fundamental). Sin embargo, es menester el fortalecimiento de la normativa interna de Honduras para atender las políticas migratorias de forma objetiva y proteger *prima facie* la dignidad humana.

Así pues, frente a ese panorama, se une la Ley de Migración y Extranjería (Decreto No. 208/2003) en la que se evidencia un carácter formalista (y no proteccionista) de la condición de migrante. Tan solo un artículo de esta ley expone los derechos de los migrantes¹⁸. Esto se debe a que no se ha robustecido la legislación interna del Estado hondureño en la protección del derecho a la movilidad humana, a diferencia de Guatemala que cuenta con una norma principal de carácter migratorio desarrollada en un Código, la normativa de Honduras se circunscribe en una Ley ordinaria.

Pero el aspecto más grave de estas vicisitudes no es tanto la ausencia de normativa migratoria *intra legem* que integre la unidad social, sino el carácter político e ideológico con el que se ha mantenido el pueblo hondureño. Es decir, la marginación jurídica a la cual se une la marginación social. Ello deviene porque la sociedad hondureña se ha cimentado en normativas poco robustecidas en el campo migratorio. La concentración política e ideológica de los congresistas

¹⁷ Artículo 24: “1) Los centroamericanos por nacimiento que tengan un (1) año de residencia en el país [...]”.

¹⁸ Artículo 11. Derechos: “Los extranjeros están sujetos a los mismos derechos y obligaciones que los hondureños y hondureñas, con las restricciones que por razones calificadas de orden público, seguridad nacional interés o conveniencia social establezcan la Constitución y las leyes.”

se ha orientado en políticas de orden formal y no en el fortalecimiento de las instituciones, creando una ciudadanía restringida (Pulte Institute for Global Development, s.f., p. 9).

Pese a estos elementos dilucidados, la Constitución hondureña dedica un capítulo a desarrollar el tratamiento de los extranjeros, en el cual se enmarcan derechos como: (i) el respeto de los extranjeros hacia las autoridades y leyes internas, (ii) el goce de los extranjeros de los mismos derechos civiles que los hondureños, y (iii) la inmigración legal, (Título II, Capítulo II).

3.4. Nicaragua

En el caso de Nicaragua, la normativa que desarrolla los derechos de los migrantes es la Ley General de Migración y Extranjería (Ley No. 761), en la que, al igual que la normativa de Guatemala y de El Salvador, se establece un orden proteccionista abierto que regula el flujo migratorio, atendiendo a aspectos atinentes al desarrollo del Estado, como parte de su política migratoria (artículo 1).

Asimismo, se incorporan derechos y garantías para las personas en contexto de movilidad humana, como puede apreciarse en el artículo 11 de la ley precitada, integrándose dentro del *corpus iuris* de Nicaragua la Constitución Política, instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y relativos a las políticas migratorias que hayan sido debidamente ratificados.

A este respecto, conviene argumentar que *intra republicam* el papel de la política migratoria no ha sido un interés de Estado. El premio Cervantes nicaragüense, Ramírez (2021), al reflexionar brevemente la dimensión del fenómeno migratorio en tres países centroamericanos (Guatemala, Honduras y El Salvador) y la condición migratoria de Nicaragua, explica que:

Las razones tradicionales de la emigración desde estos tres países han sido especialmente económicas. Y no es que los nicaragüenses no se desplazaran por esto mismo, pero lo hacían sobre todo hacia Costa Rica. Pero ahora su número se multiplica, al sumarse la represión y la incertidumbre [...]. Según la Acnur, cerca de 108.000 nicaragüenses han abandonado el país desde 2018. Solo recientemente han entrado 11.000 a Costa Rica, y quienes se aventuran más lejos buscan España.

Esto se debe, naturalmente, al hecho de que el país nicaragüense afronta una crisis democrática¹⁹. La crisis democrática reflejada en el país nicaragüense se debe a dos circunstancias políticas: (i) la estructura corporativista autoritaria generada por el gobierno central (Osorio Mercado y Rodríguez-Ramírez, 2020, pp. 8-9), y (ii) la debilidad de la ciudadanía producto de los conflictos sociales paralelos a estructuras de poder autoritario (Chaguaceda, 2012, pp. 172-173).

¹⁹ Para un análisis comparado de la evolución democrática en América Latina, véase: Mainwaring, Scott y Pérez-Liñán, Aníbal. *Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída*, trad. de Ricardo Martín Rubio Ruiz; rev. de la trad. de Gerardo Noriega. México: Fondo de Cultura Económica, 2019, pp. 76-88.

En este orden de ideas y siguiendo con el marco normativo de Nicaragua, la Constitución Política establece la nacionalidad de los centroamericanos sin renunciar a su nacionalidad (artículo 17). Estableciendo un orden normativo abierto y poco exigente. Esto contribuye al reconocimiento de derechos fundamentales de los migrantes.

3.5. Costa Rica

El país costarricense, en líneas similares a la normativa nicaragüense, incorpora en su legislación el tratamiento a la integración de las personas migrantes con miras al desarrollo social (artículo 5 de la Ley General de Migración y Extranjería). Sin duda, el marco regulativo de Costa Rica implica una frontera “abierta”, aunque, en efecto, contiene limitaciones para llegar a esa concepción.

Por su parte, en la Constitución Política de la República de Costa Rica, al tratar el tema de la nacionalidad confiere una situación limitativa al derecho de la libre movilidad; no solo se reconoce como costarricenses por naturalización a los centroamericanos, sino, además, a los españoles y a los iberoamericanos por nacimiento que hayan residido en el país durante cinco años, y demás circunstancias que la misma ley fije (artículo 14). En efecto, aquí pareciera una apertura a otros territorios; sin embargo, lo que aquí se muestra es una limitación ya que al describir quiénes pueden ser costarricenses por naturalización y las condiciones que deban de reunir se restringe el derecho.

Este carácter limitativo no solo refleja una política migratoria de orden restringido, sino que configura un fenómeno de orden cultural (clasista, podríamos decir). Con respecto a esta cuestión, resulta importante destacar que la acción social se enmarca en estereotipos y tratos discriminatorios hacia los extranjeros y, por parte del Estado, acciones de persecución a inmigrantes (Chinchilla, 2014, p. 313). Conviene, entonces, que se actualice el sistema jurídico costarricense a uno más abierto y protector de los derechos de los migrantes.

3.6. México

Ya se apuntó arriba sobre parte de los derechos que recogen los ordenamientos jurídicos centroamericanos. Ahora corresponde observar (en líneas generales) el cuerpo normativo de México, concerniente a la regulación del flujo migratorio.

El caso mexicano es particularmente distinto a lo que preceptúan las normativas analizadas anteriormente y no es que el tratamiento en particular merezca una atención independiente. En su conjunto contiene el ideario de una política migratoria fuertemente elaborada.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula en el artículo 11 la libertad de toda persona para mantenerse y transitar dentro de la República, sin ninguna restricción más que las establecidas en las leyes internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno mexicano.

Asimismo, la Ley de Migración mexicana dedica el título segundo a los derechos y obligaciones de los migrantes en donde se observa el interés protector de las personas que se encuentran en contexto de movilidad.

No obstante, a diferencia de los Estados de la región centroamericana, el Estado Federal mexicano no establece la amplitud acerca de la naturalización²⁰. Esto tiene su dimensión lógica. En principio, porque la región centroamericana, otrora constituida en federación, representa el fenómeno histórico estructurado en lazos de hermandad, sostenidos después de constantes guerras internas e interestatales²¹. En cambio, la federación mexicana, pese a tener una construcción sociohistórica cercana a los países centroamericanos, se estableció en el ideario independentista. Es decir, se basa en la idea de que para defender los intereses de sus habitantes debe establecer políticas migratorias restringidas. Esto se contrasta con el hecho de que el país mexicano constituye una fuente de tránsito migratorio. En palabras de López Recinos (2013): “Las políticas migratorias restrictivas y de seguridad han repercutido en la dinámica migratoria y transformado, cada vez más, el corredor migratorio Centroamérica-México-Estados Unidos en uno de los más inseguros, violentos y anárquicos del mundo.” (p. 66). Con este escenario se constatan las políticas migratorias restringidas que se han adoptado en la zona fronteriza que colinda con Estados Unidos, dibujando un paisaje desalentador para quienes buscan oportunidades de desarrollo, pese a que la construcción normativa se ha orientado en la apertura hacia el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad de movilidad y el respeto a la dignidad humana.

4. Soberanía y movilidad humana, ¿existe afectación a la soberanía de los Estados por razón de la movilidad humana?

Luego de haber explorado brevemente las leyes migratorias de los países objeto de este estudio, debe preguntarse, ¿se cumplen en la realidad tangible de cada país?

La realidad va más allá de las disposiciones jurídicas de cada país, esto queda evidenciado al verificar datos estadísticos de migrantes de la región centroamericana hacia el Norte en busca de su desarrollo²². Y es aún más preocupante el hecho de que muchos se van por la vía ilegal, evidenciando que no existen políticas migratorias eficaces que atiendan la igualdad y dignidad humana. Gran parte de la población migrante debe sobrevivir a tratos inhumanos, tráfico de drogas, al coyotaje, paso transfronterizo, las arenas del desierto y un innumerable etcétera. Esto lleva a pensar que las políticas migratorias de la región centroamericana y México son normas positivizadas que se traducen en cementerios jurídicos que no atienden la realidad concreta de cada país en la regulación del flujo migratorio.

²⁰ Véase el Artículo 30 inciso b, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²¹ Cfr. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Acuerdo de Esquipulas II: Procedimientos para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica*. Guatemala, 7 de agosto de 1987, pp. 1-6.

²² Para un estudio estadístico, véase: Organización Internacional para las Migraciones (OIM). “Tendencias migratorias en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe”, *Oficina regional de la OIM*, San José – Costa Rica, 2022, pp. 3-8.

Por ello, hay quienes sostienen que la movilidad humana afecta la soberanía (Ferrajoli, 2019, pp. 138-158) de los Estados. Aquí se observan dos argumentos en que se fundamenta esta tesis. El primero de ellos sostiene que la globalización, la pérdida de la actividad reguladora estatal y el sometimiento transnacional a regulaciones, han desdibujado la soberanía de los Estados. La otra tesis sostiene que la soberanía de los Estados se pierde al no existir una fuerte actividad reguladora en lo interno de los Estados que atenúe esta problemática.

En el primer caso no se sostiene esta argumentación: el auge de los derechos humanos a esferas internacionales y la ratificación y aceptación por parte de los Estados constituye un avance en las sociedades democráticas para la defensa y protección de los valores humanos.

El segundo argumento retrata el flujo migratorio como si fuese un problema de movilidad humana y no busca garantizar los derechos de los migrantes. Sucede que al momento de restringir un derecho de esta categoría se violaría el derecho fundamental a libre movilidad.

A este respecto, el caso mexicano es fundamental para comprender el flujo migratorio centroamericano y la política de tránsito empleadas para impedir el paso hacia Estados Unidos de Norteamérica, principalmente restricciones hacia los países que conforman el Triángulo Norte (Honduras, El Salvador y Guatemala). De acuerdo con Canales Cerón y Rojas Wiesner (2017),

se constata que, a pesar del mayor volumen e intensidad de la movilidad en la región, hay serias limitaciones en el diseño de políticas y ejecución de acciones para la protección de los derechos de las personas migrantes, especialmente en los temas de integración e inclusión social. (p. 25)

Esto, como hemos resaltado, es uno de los factores determinantes que evidencia el poco desarrollo normativo en cuanto al fortalecimiento de las instituciones migratorias y la ejecución de políticas públicas que tiendan a la incorporación de planes de desarrollo migratorio.

Dos aspectos relevantes de políticas migratorias de restricción se resaltan para el ingreso al territorio mexicano: (i) el requerimiento de visado mexicano o estadounidense para centroamericanos y poder acceder al territorio mexicano; asimismo, los trámites migratorios que deben de realizar los ciudadanos centroamericanos para obtener la residencia mexicana, y (ii) la política de persecución migratoria empleada para impedir el tránsito de los centroamericanos con destino a Estados Unidos.

Un dato que resulta notable es la crisis democrática de Nicaragua, lo que ha provocado que ciudadanos nicaragüenses migren a Costa Rica y, otros, soliciten asilo (Miranda, 2023). Orozco (2022) en su estudio sobre el comportamiento migratorio entre Nicaragua y Costa Rica resalta que la crisis política de 2018 de Nicaragua ha provocado que ciudadanos nicaragüenses migren a territorio costarricense, por lo que se han visto forzados a solicitar asilo o regularizar su estado migratorio en Costa Rica (p. 5).

Por otro lado, como resalta Edson Loudor (2016),

en América importantes flujos de centroamericanos y migrantes caribeños (cubanos, por ejemplo) y transcontinentales (africanos y asiáticos) buscan llegar a Estados Unidos, recorriendo países de

América (de Sur a Norte), cruzando selvas, desiertos y ríos, trepando muros, viajando en tren y en otros medios de transporte, enfrentando a traficantes de migrantes e incluso a grupos criminales a lo largo de sus peligrosas travesías. (p.138)

Así pues, hemos observado que la laxa regulación migratoria de los Estados centroamericanos y del Estado Federal mexicano, los mecanismos de *securitización*, empleados en acuerdos entre Canadá, Estados Unidos y México (Benítez Manaut y Rodríguez Ulloa, 2005, pp. 79-86), la consecución de políticas migratorias garantistas por parte del Sistema Regional de Derechos Humanos; evidencian una contradicción de orden normativo. Por un lado, la Declaración Universal de Derechos Humanos propugna la libertad del ser humano por el solo hecho de existir (art. 1); y por el otro, se encrujecen los mecanismos de seguridad de los Estados, mecanismos que van desde la militarización de las fronteras, el uso indebido de la fuerza hasta formalismos de adquisición de la ciudadanía y con ella los derechos fundamentales que le asisten a toda persona dentro de un Estado. Bajo esta óptica, los formalismos jurídicos son tan solo eso, construcciones positivizadas en leyes migratorias envueltas en la utopía de la realización práctica (Morales Vega, 2016, pp. 216-219).

De este modo, como sostiene H. Carens (2011), hace falta una ética del mundo para construir una política migratoria orientada en el respeto a la libre movilidad (pp. 105-143). Ello es así, porque las políticas antimigratorias empleadas directa o indirectamente (trámites de adquisición de la ciudadanía) por los Estados, comportan el imaginario de una sociedad segura.

Ahora bien, frente a este panorama, el flujo migratorio en la frontera de México con Estados Unidos, al ser uno de los más transitados (como se expuso anteriormente), ha llevado a endurecer las políticas migratorias irregulares mediante acuerdos entre países para reducir la migración. Los acuerdos van desde la creación de fronteras inteligentes (*Smart Border Agreements*) entre México-Estados Unidos y Canadá-Estados Unidos (Benítez Manaut y Rodríguez Ulloa, 2005, p. 80) hasta la creación del Acuerdo del “tercer país seguro” entre Guatemala y Estados Unidos. Es necesario resaltar que estos acuerdos lejos de garantizar el derecho humano a la libre movilidad lo restringen creando políticas migratorias impuestas por Estados Unidos. Un claro ejemplo fue el acuerdo del “tercer país seguro” (BBC News Mundo, 2021), en donde Estados Unidos amenazó con imponer aranceles a Guatemala en caso de incumplimiento de reducir el flujo migratorio (Elías, 2019). Estos acuerdos se crearon por dos razones: (i) impedir el tráfico de drogas, el terrorismo, etcétera, y (ii) la seguridad del Estado. Ello en aras de no afectar la soberanía de Estados Unidos. Sin embargo, la imposición de esos acuerdos migratorios como compromisos a cumplir por parte de los Estados firmantes condiciona, además, la propia soberanía de esos Estados al cumplimiento de lo que busca Estados Unidos.

En resumidas cuentas, existe una afectación a la soberanía interna y externa. En este sentido, es interna porque las restricciones a los migrantes para ingresar a los Estados comportan un aspecto de seguridad nacional y, más allá, por razones discriminatorias. Es externa, como se ha evidenciado, porque la creación de acuerdos multilaterales que restringen el tránsito de migrantes a Estados Unidos, son impuestos a Estados como México y del Triángulo Norte y de esa cuenta

su soberanía se ve afectada, puesto que de no aceptarse existen amenazas de sanciones arancelarias, como vimos con el caso de Guatemala.

5. La ciudadanía flexible, la migración y el argumento de la doble vía: visión holística de un discurso inacabable (para repensar los estudios modernos sobre la migración)

Estas tres expresiones configuran un solo sentido social. La ciudadanía flexible comprende una condición cosmopolita del derecho humano a la libre movilidad (Velasco, 2016, pp. 168-174). Asimismo, se resalta la doble vía: personal y política. En tanto que el primero resulta de los derechos que les asisten a los migrantes y los segundos constituyen el derecho de los migrantes a participar en la vida política de un Estado. De acuerdo con Estévez (2016),

el reconocimiento diferenciado de derechos a migrantes y ciudadanos crea una jerarquía de habitantes en la que quienes no tienen ciudadanía o papeles están excluidos de servicios sociales, acceso a tribunales para la defensa de derechos que no se le reconocen, participación política, etcétera. (p. 62)

La ciudadanía, como vemos, representa una carta de identidad que les permite a los individuos gozar de derechos dentro de un Estado. Entonces, conviene preguntarnos ¿los derechos humanos son universales y se extienden a todas las personas como quedó establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos? Como hemos señalado, los derechos de las personas en contexto de movilidad humana son tan solo normas positivizadas que en la práctica se traducen en formalismos con poca (o nada) efectividad en su ejecución. Esto, sin embargo, no quiere decir que estemos de acuerdo con las políticas migratorias que comportan restricciones (discriminatorias) a los derechos de las personas en contexto de movilidad humana, sino que debe de existir una apertura de fronteras asequible a la exaltación de los valores humanos. De esta cuenta, recordando a Morales Vega (2016), “tampoco es plausible enfrentar esas condiciones [de movilidad humana] con leyes o decretos” (p. 228).

Ahora bien, ante esta compleja realidad, conviene retomar la concepción de ciudadanía flexible. Entendiendo por tal, como un tipo de ciudadanía transnacional o global. En tanto que, a través de ella, se construye un comportamiento social basado en “una ciudadanía abierta y universal” (Giraldo-Zuluaga, 2015, p. 85), siguiendo las ideas de la tradición cosmopolita (Nussbaum, 2020). De ahí que resulte pertinente reflexionar en torno a la ciudadanía flexible en clave democrática y transnacional; pues, toda ciudadanía, en el fondo, se debe a la construcción democrática de los Estados, a la apertura de los derechos y libertades de los individuos; es decir, los avances hacia un Estado constitucional de Derecho que invoca el respeto y la exaltación de los valores humanos.

De este modo, se sostiene la idea de que a un ciudadano migrante (al ser parte de una comunidad política) se le confieren todos los derechos de las personas que son originarias del Estado en que se encuentra establecido. Y esto no representa una idea descabellada cuando se adopta el hecho de estar en comunidad, otorgando la titularidad de defensa de derechos humanos individuales y

colectivos. Puesto que los migrantes constituyen una colectividad desvalorizada, pese a que también se encuentran inmersos en el discurso político y jurídico modernos.

En este sentido, al ser dotados de la característica histórico-jurídica de seres humanos, constituyen una colectividad expuesta, de tal suerte que deben ser incluidos en protecciones internas y externas para participar activamente dentro de la vida política de un Estado.

Asimismo, cabe agregar el discurso de la no existencia de un derecho humano a migrar, puesto que no existe un fortalecimiento a este derecho humano; al contrario, lo que se ha construido es un derecho que no permite la migración. Estableciéndose, así, un discurso basado en el irrespeto de derechos humanos fundamentales (H. Carens, 2009, pp.70-76).

A modo de conclusión: visión de un discurso sociojurídico y político inacabable, en medio de una creciente y poco estructurada doctrina *ius migrandi* (ideas poco generosas para el debate)

Para concluir, y con independencia de los detalles, la construcción del discurso social, jurídico y político modernos se basan en el ideario conquistado en las grandes revoluciones protagonizadas por Occidente.

En concreto, si se hace una abstracción de lo expuesto, se concibe el hecho de que en la región centroamericana y México (claro, sin apartarnos de los estudios que involucran al continente americano) se observa un panorama poco transformador del *ius migrandi*. Se ha desarrollado una política migratoria basada en la desvalorización del ser humano.

En este orden de ideas, entonces, cabe retomar el discurso de Carens (el cual sostiene en su eje argumentativo un estudio sobre las fronteras abiertas) pero en un sentido menos fuerte y superador del orden de cosas (Arcos, 2020, p. 308). Para, de esta cuenta, adoptar medidas no limitativas, sino con el objeto de fortalecer la defensa y protección de los derechos humanos de los migrantes para dotarlos del valor social y político que merecen dentro de un conglomerado social. Claro, esto puede constituir una utopía, pero es el camino por el que se debe transitar para la apertura y valorización de los más vulnerables de la colectividad.

Ahora bien, la ciudadanía flexible como una apertura generosa (y respetuosa del derecho humano a la libre movilidad) de los Estados hacia los migrantes, constituye una política (utópica, por cierto) que debe de adoptarse por parte de los Estados analizados (principalmente de los Estados desarrollados), ello se debe a dos circunstancias: (i) la globalización extendida, y (ii) la necesaria búsqueda de mejores condiciones vitales. Con la globalización y la apertura de los Estados a adoptar la normativa internacional en materia de derechos humanos al *corpus iuris* interno, los enfoques tradicionales del concepto soberanía se han redefinidos y con ella la ciudadanía se ha configurado en un sentido transnacional (flexible). Esto no quiere decir que se abran las fronteras en un sentido amplio, sino que se adopten políticas públicas que representen menos trámites de regularización residencial (en el caso de migrantes regulares) y políticas migratorias con enfoques

humanitarios (en el caso de migrantes irregulares) que hagan efectivo los postulados cosmopolitas de ser ciudadanos del mundo, libres y con derechos.

Por último, hemos resaltado la redefinición de soberanía en el sentido de la apertura de los Estados hacia la adopción de legislación internacional en materia de Derechos Humanos (derecho convencional). Sin embargo, en temas migratorios, existe afectación a la soberanía de los Estados por dos razones: (i) la injerencia en la aceptación de acuerdos migratorios de un Estado hacia otro, y (ii) la adopción de medidas migratorias internas de los Estados que reflejan poco compromiso con la libre movilidad, bajo el discurso de la protección y seguridad soberana; en el fondo, se cosifica (se vuelve objeto) el ser humano al mantener políticas migratorias restringidas. Hace falta una ética mundial en donde se revalorice al ser humano.

Referencias

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). *Acuerdo de Esquipulas II: Procedimientos para establecer la paz firme y duradera en Centroamérica*. Guatemala, 7 de agosto de 1987, pp. 1-6.

Arcos Ramírez, F. (2020). ¿Existe un derecho humano a inmigrar? Una crítica del argumento de la continuidad lógica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (43), 285-312.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 Diciembre de 1990.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 de diciembre de 1979.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Convención sobre los Derechos del Niño*. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III).

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 15 de noviembre de 2000.

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, 15 de noviembre de 2000.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República Federal de Centroamérica*. 22 de noviembre de 1824.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Guatemala*. 31 de mayo de 1985. Guatemala.

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Nicaragua y sus reformas*. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 32 del 18 de febrero de 2014. Nicaragua.

Asamblea Nacional Constituyente. Decreto No. 131. *Constitución de la República de Honduras*. Publicada en la Gaceta No. 23,612 del 20 de enero de 1982. Honduras.

BBC (7 de febrero de 2021). Tercer país seguro: el gobierno de Estados Unidos suspende los Acuerdos de Cooperación de Asilo con Centroamérica. *BBC News Mundo* <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55967918>

Benítez Manaut, R. y Rodríguez Ulloa, C. (2006). Seguridad y fronteras en Norteamérica. Del TLCAN a la ASPAN. *Frontera Norte* 18 (35), 78-96.

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

Boche Ventura, E. (12 de abril de 2023). *Llegan a Guatemala los cuerpos de 17 migrantes fallecidos en el incendio de Ciudad Juárez*. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2023-04-12/llegan-a-guatemala-los-cuerpos-de-17-migrantes-fallecidos-en-el-incendio-de-ciudad-juarez.html>

Canales Cerón, A. I. y Rojas Wiesner, M. L. (2017). *Panorama de la migración internacional en México y Centroamérica*. Naciones Unidas.

Casaús, M. E. (1998). *La metamorfosis del racismo en la élite de poder de Guatemala* [Archivo PDF]. <https://www.jstor.org/stable/pdf/j.ctvtwx2km.23.pdf>

Chaguaceda, A. (2012). Régimen político y estado de la democracia en Nicaragua. Procesos en desarrollo y conflictos recientes. *Nueva Sociedad* (240), 163-174.

Chinchilla, J. C. (2014). *Migración, Estado y discriminación: Aportes para comprender el fenómeno migratorio a partir de las visiones de poder y de la actuación institucional jurídica*, en Escenarios sociopolíticos de las migraciones en Costa Rica y Colombia de FLACSO, Morales Gamboa, Abelardo (coord.), Costa Rica.

Constitución de la República Española, 9 de diciembre de 1931.

Constitución de Vermont, 8 de julio de 1777.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. México.

Contradicción de Tesis: 293/2011, Min. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. *Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 3 de septiembre de 2013.

Corte IDH. *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C N° 282.

Corte IDH. *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C N° 272.

Corte IDH. *Caso García Lucero y otras vs. Chile*. Sentencia de 28 de agosto de 2013. Serie C N° 267.

Corte IDH. *Caso J. vs Perú*. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C N° 275.

Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276.

Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C N° 218.

Corte IDH. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Núm. 2. Personas en situación de migración o refugio.

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-18/03. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. De 17 de septiembre de 2013. Serie A N° 18.

Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. De 19 de agosto de 2014.

Declaración de Derechos de Pennsylvania, 28 de septiembre de 1776.

Decreto No. 38. *Constitución de la República de El Salvador*. 16 de diciembre de 1983. El Salvador.

Decreto No. 44-2016. *Código de Migración*. Publicado en Diario de Centroamérica No. 70 del 18 de octubre de 2016. Guatemala.

Decreto No. 208/2003. *Ley de Migración y Extranjería*. Publicado en La Gaceta del 03 de marzo de 2004. Honduras.

Decreto No. 286. *Ley Especial de Migración y Extranjería*. Publicado en el Diario Oficial No. 75 del 25 de abril de 2019. El Salvador.

Del Águila, J. P. (29 de marzo de 2022). *IGM intenta abastecerse de cartillas tras dos años de no agilizar emisión de pasaporte*. *Prensa Libre*.
<https://www.prensalibre.com/guatemala/politica/igm-intenta-abastecerse-de-cartillas-tras-dos-anos-de-no-agilizar-emision-de-pasaporte/>

Edson Loudor, W. (2016). Comprender el lugar desde los flujos migratorios globalizados. *Colombia Internacional* 1 (88) 135-158.

Elías, J. (27 de julio de 2019). Guatemala cede a las amenazas de Donald Trump y acepta recibir más refugiados. *El País*.
https://elpais.com/internacional/2019/07/26/actualidad/1564172820_812965.html

E. Méndez, j., & Wentworth, M. (2021). *Un puesto de lucha. Los derechos humanos en evolución*. (A. Podolsky Zylbersztajn, Trad.) México: Fondo de Cultura Económica.

Estévez, A. (2016). ¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración. *Revista Mexicana de Sociología*, 78 (1), 61-87.

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

Ferrajoli, L. (2019). *Derechos y garantías: La ley del más débil*. (P. Andrés Ibáñez, Trad.) Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2010). *El garantismo y la filosofía del derecho*. (G. Pisarello, A. Julio Estrada, & J. M. Díaz Martín, Trads.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Giraldo-Zuluaga, G. A. (2015). Ciudadanía: aprendizaje de una forma de vida. *Educación y Educadores*, 18 (1), 76-92.

Góngora Mera, M. E. (2014). “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”, en *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Fix Fierro, Héctor y otros (coords.), Ciudad de México.

Guzmán Böckler, C. (2017). *Donde enmudecen las conciencias. Crepúsculo y aurora en Guatemala*. Guatemala: Catafixia Editorial.

H. Carens. J. (2011). *Inmigración y nacionalidad*, en Valores y ética para el siglo XXI, de BBVA, TF Editores (coord.), España.

H. Carens, J. (2009). Extranjeros y ciudadanos. Un argumento a favor de las fronteras abiertas. *Isonomía* (30), 53-80.

Herrera Carassou, R. (2006). *La perspectiva teórica en el estudio de las migraciones*. México: Siglo XXI Editores.

Ley de Migración. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

Ley No. 761. *Ley General de Migración y Extranjería*. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 125 y 126 del 06 y 07 de julio de 2011. Nicaragua.

López Recinos, V. (2013). Desarrollo, migración y seguridad: El caso de la migración hondureña hacia Estados Unidos. *Migración y Desarrollo* (21), 65-105.

Mainwaring, S. y Pérez-Liñán, A. (2019). *Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída*. (trad. de Ricardo Martín Rubio Ruiz; rev. de la trad. de Gerardo Noriega) México: Fondo de Cultura Económica.

Mariñas Otero, L. (1958). *Las constituciones de Guatemala*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Miranda, W. (4 de febrero de 2023). La interminable espera para lograr refugio en Costa Rica: Rodrigo Chaves cambia las reglas para los nicaragüenses. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2023-02-04/la-interminable-espera-para-lograr-refugio-en-costa-rica-rodrigo-chaves-cambia-las-reglas-para-los-nicaraguenses.html>

Morales Vega, L. G. (2016). Las migraciones, al amparo del régimen internacional de los Derechos Humanos. Utopías concurrentes. *Colombia Internacional* 1 (88), 213-229.

Nussbaum, M. C. (2020). *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*. (A.Santos Mosquera, Trad.) España: Paidós.

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). “Tendencias migratorias en Centroamérica, Norteamérica y el Caribe”, *Oficina regional de la OIM*, San José – Costa Rica, 2022.

Orozco, M. (2022). *Los migrantes nicaragüenses en Costa Rica: Vulnerabilidad e implicaciones de su integración*. Un estudio realizado por el Diálogo Interamericano a solicitud de la revista Confidencial, Diálogo Interamericano, [Migracion- nicaraguense-hacia-Costa-Rica.pdf](#)

Osorio Mercado, H. y Rodríguez-Ramírez, R. (2020). Crítica y crisis en Nicaragua: la tensión entre democracia y capitalismo. *Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica* (46), 1-42. <https://doi.org/10.15517/AECA.V46I0.45081>

Pulte Institute for Global Development (s.f.). *Informe de migración de hondureños en el contexto de la pandemia Covid-19*. University Notre Dame. https://pulte.nd.edu/assets/424803/ciprodeh_migracion.pdf

Ramírez, S. (18 de agosto de 2021). *Camino del destierro*. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/sergio-ramirez/camino-del-destierro-columna-de-sergio-ramirez-611537>

Roberto Morales, M. (2008). *La articulación de las diferencias o el síndrome de Maximón. Los discursos literarios y políticos del debate interétnico en Guatemala*. Guatemala: Editorial Consucultura.

Rodríguez Molina, J. A. (2015). *Los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad en los sistemas de justicia latinoamericanos: propuesta de un modelo de justicia en El Salvador*. Tesis de Doctorado, Universidad de Castilla-La Mancha.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. *Inconstitucionalidad 24-97/21-98*. Sentencia del 26 de septiembre de 2000.

Velasco, J. C. (2016). *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, ciudadanía y justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Derechos de Autor (c) 2023 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](#) - [Texto completo de la licencia](#)

Opus Magna Constitucional
Tomo XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**CONTROL JUDICIAL Y CONSTITUCIONAL DE PACTOS
COLECTIVOS DE CONDICIONES DE TRABAJO EN EL SECTOR
PÚBLICO**

*JUDICIAL AND CONSTITUTIONAL CONTROL OF PUBLIC-SECTOR
COLLECTIVE AGREEMENTS*

Juan Pablo Gramajo Castro



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.97>

RECIBIDO: 07/11/2022
ACEPTADO: 23/08/2023
PUBLICADO: 16/10/2023

Control judicial y constitucional de pactos colectivos de condiciones de trabajo en el sector público

Judicial and constitutional control of public-sector collective agreements

Juan Pablo Gramajo Castro*
Universidad Francisco Marroquín

Recibido: 07/11/2022
Aceptado: 23/08/2023
Publicado: 16/10/2023

Resumen

Los pactos colectivos de condiciones de trabajo en el sector público suscitan discusión, entre otros motivos, por su impacto sobre las finanzas estatales. En Guatemala se ha debatido la posibilidad de impugnarlos o de ejercer otras formas de control jurídico sobre ellos. Esto ha ocasionado que la Corte de Constitucionalidad se pronuncie sobre qué medios son viables al efecto. El reconocimiento de la negociación colectiva en el marco constitucional e internacional hace necesario, además, conocer qué protección implica este especial rango jurídico.

Este trabajo expone los aspectos básicos del marco constitucional y convencional de la negociación colectiva en Guatemala, así como un resumen de los estándares internacionales de mayor relevancia emanados del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sobre esas bases se examina la revisión y la impugnación de pactos colectivos de condiciones de trabajo. Finalmente, se presentan algunos criterios emitidos por la Corte de Constitucionalidad, susceptibles de orientar casos futuros.

Palabras clave: Derecho Constitucional, Derecho Laboral, pactos colectivos, negociación colectiva, administración pública.

Abstract

Public-sector collective agreements invite discussion, among other reasons, for their impact on State finances. In Guatemala, there has been debate on the possibility of their legal challenge or of exercising other forms of legal control over them. This has led to pronouncements from the Constitutional Court regarding which means are viable to that effect. The recognition of collective

* Abogado y Notario, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (UFM, 2009). Maestro en Propiedad Intelectual (USAC, 2015). Catedrático titular de Filosofía del Derecho, Teorías de la Justicia y Análisis Económico del Derecho (Facultad de Derecho, UFM). Director de Gestión del Conocimiento y especialista en investigación jurídica (Mayora & Mayora). jpablogc@ufm.edu
El autor declara que no tiene ningún conflicto de interés y que la investigación se realizó con fondos propios.

bargaining within the constitutional and international framework, furthermore, implies the need of knowing which protections are entailed by its special legal rank.

This work presents the basic aspects of the constitutional and conventional framework of collective bargaining in Guatemala, as well as a summary of the most relevant standards deriving from the International Labour Organization's (ILO) Committee on Freedom of Association. These are bases to examine the review and challenge of collective agreements. Lastly, it presents some of the criteria issued by the Constitutional Court, which may serve as guidelines for future cases.

Keywords: *Constitutional Law, Labor Law, collective agreements, collective bargaining, public administration.*

Sumario

- Introducción • Marco constitucional y convencional de la negociación colectiva • Estándares internacionales según el Comité de Libertad Sindical de la OIT • La revisión de pactos colectivos de condiciones de trabajo • La impugnación de pactos colectivos de condiciones de trabajo • Algunos criterios emitidos por la Corte de Constitucionalidad • Conclusiones

Introducción

Los pactos colectivos de condiciones de trabajo en el sector público suscitan amplio debate en Guatemala. Algunos observadores apuntan que los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva pueden ser objeto de desprestigio, a raíz de vicios y abusos que incluyen concesiones lesivas y perjudiciales para las finanzas públicas, conflictos de interés, presiones y alianzas políticas, control sobre instituciones públicas, entre otros, cuando se ejercen de forma tal que los desnaturaliza o tergiversa (Gamarro, 2020; García, 2022).

Además de la carga que implican sobre el presupuesto estatal, se critican otros aspectos, como el establecimiento de beneficios distintos para trabajadores con características similares e igual responsabilidad, por el sólo hecho de laborar en instituciones diferentes, o el no hacer explícito el desempeño o mérito para acceder a beneficios, dificultando la gestión del recurso humano para mejorar la provisión de bienes y servicios públicos: “Una negociación colectiva irresponsable puede comprometer de manera perpetua los ingresos del Estado de Guatemala y la prestación de servicios públicos para la población” (CIEN, 2014, p. 18-19).

Esto ha provocado que, cada cierto tiempo, el tema se discuta en la opinión pública. Parte de la discusión se centra en qué remedios legales existen para controlar lo que, según algunos, puede constituir abuso de derecho o ilegalidad. La experiencia, tanto del marco internacional como de la jurisprudencia guatemalteca, ha ido definiendo ciertas pautas que buscan equilibrar los derechos e intereses en juego, para arribar a soluciones prácticas congruentes con el marco jurídico y la realidad económica.

El problema que se aborda es ¿existen parámetros que orienten la revisión, adaptación e impugnación de pactos colectivos de condiciones de trabajo, en el sector público, respetando los derechos fundamentales involucrados –libertad sindical y de negociación colectiva, debido proceso y derecho de defensa–, los marcos normativos aplicables y el interés público? La hipótesis es que, en efecto, tales parámetros existen, pero su conocimiento y aplicación requieren familiarizarse con un marco de reglas y principios más complejo, examinando fuentes más allá de la legislación ordinaria.

Los objetivos del trabajo son: (a) conocer y describir las reglas y principios más relevantes que rigen la materia, tanto en el ámbito internacional como local; (b) exponer su despliegue práctico, especialmente a efecto de revisar e impugnar pactos colectivos; (c) investigar y examinar los principales criterios que al respecto ha emitido la Corte de Constitucionalidad, si los hubiere.

La metodología empleada al efecto consistió en ubicar y extraer las reglas, principios y criterios de mayor relieve al problema examinado, acudiendo para ello a una revisión de materiales normativos y de aplicación, por un lado, del marco laboral como segmento del derecho internacional de los derechos humanos –dotado de sus instrumentos e instituciones rectoras– y, por otro, en su concreción dentro de la normativa y práctica judicial del país. La reflexión, por tanto, aborda de lo general a lo específico, buscando arribar a conclusiones prácticas que puedan orientar el manejo real de la temática en Guatemala.

La división del contenido es como sigue: (a) una introducción sobre la relevancia del tema en la vida pública nacional contemporánea; (b) una exposición elemental sobre el marco constitucional y convencional de la negociación colectiva, (c) un resumen de los estándares internacionales más sobresalientes de cara a la problemática, emanados del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, en ejercicio de su función; (d) aspectos prácticos sobre revisión e impugnación de pactos colectivos de condiciones de trabajo, según criterios vertidos por órganos jurisdiccionales guatemaltecos y, especialmente, la Corte de Constitucionalidad.

Las conclusiones se resumen en que existen diversos medios para el control judicial y constitucional de los pactos colectivos, como la nulidad, el control de cláusulas abusivas y la inconstitucionalidad, así como la posibilidad de su revisión voluntaria o de medidas legislativas. En todo caso, hay también parámetros a los cuales el control y las medidas deben ceñirse, incluyendo el marco convencional, constitucional y ordinario, con la especial jerarquía de los principios iuslaborales dentro del bloque de constitucionalidad y las obligaciones internacionales del Estado. Entre dichos estándares, se limita la posibilidad de realizar ciertas acciones que afecten los pactos colectivos como instrumentos normativos nacidos de una voluntad bilateral, propios del ámbito laboral y no del derecho administrativo.

1. Marco constitucional y convencional de la negociación colectiva

Los derechos de libre sindicalización y negociación colectiva están reconocidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, incluyendo para los trabajadores del Estado (arts. 102.q,

116, 106; Corte de Constitucionalidad, 2016a). La Constitución también prevé que el Estado sea parte de convenios internacionales en materia laboral que otorguen otras protecciones, condiciones y derechos a los trabajadores, pasando a formar parte del régimen laboral del país (art. 102.t, 106).

Así, el derecho de sindicalización también está reconocido en los principales instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.1, 22.3), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (art. 16; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017).

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) reconoce explícitamente que el derecho de sindicalización incluye el de negociación colectiva (art. 45.c), al igual que lo ha expresado el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT):

El derecho de negociar libremente con los empleadores (...) constituye un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan. (...) Uno de los principales objetivos buscado por los trabajadores al ejercer el derecho de sindicación es el negociar colectivamente sus términos y condiciones de trabajo. (OIT, 2018, n. 1232, 1234)

En el ámbito específico de la OIT, Guatemala es parte de los Convenios 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación), 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva) y 154 (sobre la negociación colectiva). Los Convenios 87 y 98 forman parte de los llamados Convenios Fundamentales de la OIT, que revisten particular importancia por dos motivos: (1º) Porque todos los Estados miembros de la OIT, por su mera pertenencia a la organización, se comprometen a respetarlos aun cuando no los hayan ratificado (Conferencia Internacional del Trabajo, 1998). Para Guatemala esa obligación es aún más clara, pues sí los ha ratificado; (2º) Porque su respeto también es un compromiso del país como Estado miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que reconoce a la OIT como órgano competente para establecer las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas (Conferencia Ministerial de la OMC, 1996, 2001).

En consecuencia, el tratamiento de temas relacionados con estas materias debe ceñirse rigurosamente a parámetros que respeten su protección especial, pues no sólo se hallan tuteladas con rango constitucional por el orden jurídico interno, sino pueden comprometer responsabilidades del Estado en el ámbito internacional.

La libertad sindical y la negociación colectiva tienen amplio sustento en el marco constitucional y convencional. La Constitución establece el principio general de preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos (art. 46), que jurisprudencialmente ha sustentado las doctrinas del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad, con carácter de doctrina legal obligatoria (Corte de Constitucionalidad, 2012c, 2014b, 2015c, 2014c, 2015b,

2012e, 2014a, 2015g, 2015d, 2013e, 2013c, 2011b, 2012a, 2015a, 2015f, 2015e, 2019c, 2019a, 2018b, 2018d, 2018e, 2022d, entre otros).

Un aspecto de la relevancia práctica de estas doctrinas es que, a través de ellas, se hacen aplicables los estándares que contribuyen a precisar el contenido, objeto y alcances de las obligaciones internacionales (Corte de Constitucionalidad, 2022a). En la materia, una fuente importante de estándares internacionales es el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

2. Estándares internacionales según el Comité de Libertad Sindical de la OIT

El Comité de Libertad Sindical es un Comité del Consejo de Administración de la OIT, integrado por representantes de gobiernos, patronos y trabajadores. Entre sus funciones, examina quejas sobre violaciones a la libertad sindical (incluyendo la negociación colectiva), emite recomendaciones a los gobiernos y solicita información de éstos. Puede remitir casos a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, nombrada por el Consejo de Administración para hacer evaluaciones técnicas sobre el estado de aplicación de las normas internacionales del trabajo.

En ejercicio de estas funciones, las decisiones del Comité de Libertad Sindical han desarrollado el contenido y alcances de los Convenios sobre la materia. Estos criterios son importantes como precedentes que el Comité podría aplicar a casos similares futuros. A nivel interno, la Corte de Constitucionalidad los ha adoptado en reiteradas ocasiones, invocándolos como orientación para aplicar, interpretar e integrar el derecho guatemalteco en materia de libertad sindical y negociación colectiva (especialmente 2013f, 2017c; también 2008c, 2009, 2013d, 2016b, 2018c, 2019b, 2004). Constituyen, por tanto, estándares a considerar al examinar acciones contra actos legislativos o administrativos alegando violación de estos derechos.

Entre otros aspectos, el Comité de Libertad Sindical ha manifestado:

1. El Convenio 98, en especial lo relativo al fomento de la negociación colectiva, es aplicable en el sector de organismos públicos (OIT, 2018, n. 1240) y, a partir de la promoción generalizada de tal derecho mediante el Convenio 154, los trabajadores del sector público y de la administración pública central deben gozar del derecho de negociación colectiva (OIT, 2018, n. 1248), con la única posible exclusión de las fuerzas armadas y policiales y funcionarios directamente al servicio de la administración del Estado (OIT, 2018, n. 1249, 1250).
2. Subordinar la vigencia de un pacto colectivo a su homologación por las autoridades es contrario a los principios de negociación colectiva y del Convenio 98 (OIT, 2018, n. 1438, 1444; Corte de Constitucionalidad, 2008e, 2011a), y el trámite de su registro y publicación debe limitarse al control de cumplimiento de los mínimos legales y cuestiones de forma (OIT, 2018, n. 1440; Corte de Constitucionalidad, 2011a, 2011c). El sistema de aprobación administrativa previa es contrario a la negociación voluntaria (OIT, 2018, n. 1442).

3. Los requisitos de aprobación de pactos colectivos por parte de un Consejo de Ministros y de su conformidad con la política y directivas aprobadas unilateralmente para el sector público no son plenamente conformes con los principios de libertad sindical (OIT, 2018, n. 1441).
4. Se pueden poner en práctica medios para que las partes de una negociación colectiva tengan en cuenta, voluntariamente, cuestiones de política económica y social del gobierno y salvaguarda del interés general. Para que esto sea viable, los objetivos reconocidos como de interés general deben someterse a amplia discusión nacional mediante un organismo consultivo. Si la autoridad considera que los términos de un pacto son claramente contrarios a objetivos de política económica e interés general, podría someter el caso a juicio y recomendación de un organismo consultivo, pero conservando las partes la libertad de decisión final (OIT, 2018, n. 1443, 1444). En el sector público, esto puede consistir en la exigencia de un dictamen previo de las autoridades financieras, que también puedan formular recomendaciones, pero también conservando las partes su libertad de decisión (OIT, 2018, n. 1488, 1491).
5. En caso de conflictos en la interpretación de pactos colectivos en el sector público, debe prevalecer la que haga una autoridad independiente de las partes (OIT, 2018, n. 1476). Asimismo, el control de cláusulas abusivas en pactos colectivos debe corresponder a la autoridad judicial y sólo en casos sumamente graves (OIT, 2018, n. 1477).
6. Es contrario a los principios de la libre negociación colectiva:
 - a. Anular o derogar por ley o decreto disposiciones de pactos colectivos ya concertados, incluso por motivo de crisis económica (OIT, 2018, n. 1446, 1449).
 - b. Una disposición jurídica que modifica unilateralmente el contenido de pactos colectivos firmados (que también viola el principio de los derechos adquiridos) (OIT, 2018, n. 1447).
 - c. Una disposición jurídica que exige la renegociación de pactos colectivos firmados vigentes, incluso por motivo de crisis económica (OIT, 2018, n. 1447, 1452, 1453).
 - d. Una disposición jurídica que prohíbe a las autoridades y empleados públicos celebrar un pacto colectivo (OIT, 2018, n. 1473).
 - e. Suspender disposiciones de pactos colectivos en materia de remuneraciones (OIT, 2018, n. 1448).
 - f. La imposibilidad de negociar aumentos salariales de manera permanente o por encima de cierto parámetro (OIT, 2018, n. 1462; Corte de Constitucionalidad, 2018a). Sin embargo, en el sector público sí es posible:

- i. Establecer topes salariales en las leyes de presupuesto del Estado, siempre y cuando (i) se refieran a instituciones cuyos ingresos dependan del presupuesto estatal; (ii) se establezcan luego de amplia consulta entre empleadores y organizaciones sindicales interesadas (OIT, 2018, n. 1486); y (iii) los trabajadores y sus organizaciones hayan participado plena y significativamente en su establecimiento, con acceso a toda la información –presupuestaria y de otro tipo– que les permita conocer la situación (OIT, 2018, n. 1487).
 - ii. Habilitar al Congreso o al órgano competente en materia presupuestaria para: (i) fijar un ‘abanico’ salarial que sirva de base a las negociaciones colectivas; (ii) establecer una asignación presupuestaria global fija en cuyo marco se pueda negociar; (iii) establecer que las autoridades públicas con responsabilidades financieras tengan derecho de participar en las negociaciones colectivas junto al empleador directo.
- g. Ejercer las prerrogativas de la autoridad pública en materia financiera de forma tal que impida o limite el cumplimiento de pactos colectivos previamente negociados por organismos públicos (OIT, 2018, n. 1484).

En vista de lo anterior, el Comité ha insistido en que “Si un gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación” (OIT, 2018, n. 1449; también n. 1453). Asimismo, que cuando “...un gobierno adopta medidas de restricciones salariales para imponer controles financieros, debe procurarse garantizar la continuidad de la negociación colectiva sobre las cuestiones no monetarias y el ejercicio de la actividad sindical normal” (OIT, 2018, n. 1459), y que medidas como la disminución salarial “en lo posible (...) deberían aplicarse sólo a aquellos sectores que realmente tienen que hacer frente a una situación de emergencia” (OIT, 2018, n. 1460).

El Comité indica algunas orientaciones para limitaciones y medidas que, de modo excepcional y temporal, pueden aplicarse en el marco de políticas de estabilización (OIT, 2018, n. 1448, 1456, 1457, 1461, 1463, 1492), incluyendo que “En contextos de estabilización económica se debe dar prioridad a la negociación colectiva para regular las condiciones de trabajo de sus funcionarios, en lugar de preferir promulgar una ley sobre limitación de los salarios en el sector público” (OIT, 2018, n. 1492), estableciendo mecanismos para el trato de situaciones económicas excepcionales en el marco del sistema de negociación colectiva del sector público (OIT, 2018, n. 1481, 1482).

Si no es posible acudir a la negociación colectiva en razón de las circunstancias, sobre todo en periodos de estancamiento económico, se pueden tomar medidas legislativas como la imposición unilateral de un porcentaje de aumento salarial excluyendo toda posibilidad de negociación, siempre que se apliquen por periodos limitados y tengan como fin proteger el nivel de vida de los trabajadores más afectados: “debería encontrarse un compromiso equitativo y razonable entre

(...) la necesidad de preservar (...) la autonomía de las partes (...) y (...) el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias” (OIT, 2018, n. 1489).

3. La revisión de pactos colectivos de condiciones de trabajo

El derecho de revisión de los pactos colectivos de condiciones de trabajo implica que éstos puedan ajustarse y adaptarse a los cambios en las circunstancias económicas, que son esencialmente variables. Tal derecho es ejercitable cada cierto tiempo fijado en ley, o en cualquier momento si es voluntad de ambas partes. De ordinario, se ejerce en el tiempo legalmente establecido para la ‘denuncia’ del pacto vigente.

La doctrina laboralista admite que las condiciones acordadas en un nuevo pacto pueden ser más o menos beneficiosas para los trabajadores que aquellas contenidas en un pacto anterior, pero no pueden menoscabar lo pactado individualmente entre un patrono y un trabajador, ni los derechos mínimos reconocidos u otorgados por ley (López Cordero, 2015; Nájera-Farfán Morales, 2011).

En el sector privado es más fácil advertir que “la única manera de proteger a los trabajadores es protegiendo la fuente de trabajo y no permitir que ésta sucumba y se destruya” (Juzgado Sexto de Trabajo y Previsión Social, constituido en Tribunal de Arbitraje, 1996), y que “si bien es cierto es necesaria la dignificación laboral de los trabajadores, también lo es que es de suma importancia analizar el panorama económico” (Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, Mazatenango, Suchitepéquez, 2002).

En el sector público, en cambio, se dan incentivos distintos desde el momento en que no se trata de empresas en que se arriesga capital privado y que dependen de su productividad y ventas, junto a factores económicos más allá de su control, para sostenerse. Las dinámicas fiscales y presupuestarias del Estado son diferentes, pero también dependen en última instancia de la situación económica nacional y mundial, e imponen ciertos límites como ocurre con cualquier recurso escaso:

...las reivindicaciones de tipo económico penden para estos casos de un presupuesto general del Estado que debe contemplar el respaldo dinerario suficiente para el cumplimiento de dichos acuerdos, y que no suceda (...) que se arribe a acuerdos que pueden calificarse de beneficiosos para la clase trabajadora estatal pero que al final son imposibles de cumplir o ejecutar ante la falta de solvencia económica del Estado de Guatemala y lejos de resolver las controversias (...), vienen a causar debilitamiento y desgaste a la institución sindical, pues sus miembros deben procurar conquistas reales, objetivas y factibles de ejecutar. (Juzgado Décimo Cuarto de Trabajo y Previsión Social, constituido en Tribunal de Arbitraje, 2011)

En ese sentido, “no toda disminución en las prestaciones económicas de los trabajadores debe entenderse irrazonable, pues pueden existir ajustes justificados siempre que los mismos sean

compensados con la optimización de otras condiciones” (Corte de Constitucionalidad, 2022c, resumiendo fallo de primer grado confirmado en apelación). En consecuencia,

[L]a libertad para negociar un nuevo pacto (...) únicamente restringe a las partes la posibilidad de regular *ex novo* las condiciones de trabajo si tal regulación disminuye las condiciones globales, pero sí posibilita la realización de ajustes deficitarios razonables que permitan dinamizar la productividad que persigue el empleador y, al mismo tiempo, optimizar las condiciones sociales de los trabajadores. (Corte de Constitucionalidad, 2022c, resumiendo fallo de primer grado confirmado en apelación)

En armonía con los criterios expuestos en la sección anterior, el medio ordinario para ajustar los pactos colectivos a las condiciones económicas cambiantes es la revisión voluntaria por las partes, ya sea mediante su denuncia en tiempo oportuno conforme la vigencia establecida al celebrarlos, o accediendo de común acuerdo a efectuar una revisión antes de expirar tal plazo.

4. La impugnación de pactos colectivos de condiciones de trabajo

Sin embargo, surge también la interrogante de cómo se puede ejercer control sobre ciertas cláusulas de pactos colectivos vigentes cuyo contenido pueda ser considerado ilícito o dañino para el interés general del país. Esto, incluso en contra de la voluntad de alguna de las partes. En la sección anterior se consignaron algunos criterios generales al respecto, siendo el más importante aquel que reserva tal control a la autoridad judicial y en casos sumamente graves.

Para el medio nacional, es importante señalar que –debido a su naturaleza como instrumentos normativos propios del Derecho Laboral– no es posible declarar lesivos ni revocar los pactos colectivos, como podría ocurrir con los actos o contratos administrativos. Los pactos colectivos no nacen de actos o resoluciones administrativas dictadas por el Estado en ejercicio de su autoridad, sino de negociaciones laborales en que el Estado actúa en calidad de patrono, a través de un organismo, autoridad, entidad o dependencia específica (López Cordero, 2015).

La Corte de Constitucionalidad (2008d) ha establecido que no corresponde a la jurisdicción constitucional juzgar si un pacto se negoció en forma legítima o si correspondía o no su homologación. La Corte admite la posibilidad fáctica de que las partes acuerden disposiciones ilegales en un pacto, pero que las objeciones o inconformidades se deben hacer valer en la propia negociación, o en la fase administrativa antes de declararse homologado (Corte de Constitucionalidad, 2010a), siendo la resolución de homologación impugnabile mediante revocatoria o reposición (Corte de Constitucionalidad, 2008d). Una vez homologado un pacto –y teniendo en cuenta que la homologación no es requisito indispensable para su vigencia (Corte de Constitucionalidad, 2008e, 2011a)–, éste puede impugnarse de nulidad ante la jurisdicción ordinaria laboral (Corte de Constitucionalidad, 2010a).

Existe al menos un caso en que se ha promovido la nulidad de artículos específicos de un pacto colectivo del sector público, instado por la Procuraduría General de la Nación (PGN) y el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS). Entre otros motivos, invocan que los pactos colectivos deben observar las posibilidades de cada patrono, que en el sector público implica las

posibilidades legales en materia presupuestaria (PGN/MSPAS, 2017a, 2017b). En ese caso deben existir antecedentes, tales como dictámenes de la PGN o los propios memoriales de alegatos, cuyo acceso permitiría profundizar en el examen del tema.

En cuanto a la posibilidad de impugnar de inconstitucionalidad un pacto colectivo, la Corte de Constitucionalidad reiteró en numerosas oportunidades –al resolver planteamientos de inconstitucionalidad en caso concreto– que, por no tratarse de una ley ordinaria, de un reglamento ni de una disposición de carácter general, éstos no podían impugnarse de inconstitucionalidad (Corte de Constitucionalidad, 2014d, 2008b, 2008f, 2013b, 2008a, 2001, 2003, 2005, 2007).

Sin embargo, en otro caso matizó tal imposibilidad, entrando a conocer el planteamiento de inconstitucionalidad por tomar en consideración que los pactos colectivos de las instituciones públicas “pueden llegar a tener incidencia más allá de las propias relaciones laborales de las partes que los suscriben, y sus efectos pueden llegar a repercutir en la población en general” (Corte de Constitucionalidad, 2012b). A partir de ese precedente, reiteró en al menos dos oportunidades que por “la trascendencia social que en la actualidad tienen los Pactos colectivos de condiciones de trabajo de las instituciones públicas, (...) son susceptibles de ser impugnados por medio de la acción de inconstitucionalidad de ley de carácter general” (Corte de Constitucionalidad, 2017a).

Más recientemente, la Corte declaró con lugar una inconstitucionalidad general parcial contra un artículo de un pacto colectivo, formulando además reserva interpretativa respecto de otro de sus artículos. A la cita del precedente, la Corte agregó que

...los pactos colectivos de condiciones de trabajo forman parte del derecho objetivo, son fuente formal y autónoma del Derecho Laboral, creadas sobre la base de la autorización del Estado que por ley les concede eficacia general, de ahí, que las cláusulas normativas de un convenio colectivo constituyan ley en sentido material, por lo que integran el orden público laboral y forman parte del marco normativo guatemalteco, circunstancia por la que, a criterio de esta Corte, se habilita que sean examinadas por vía de una acción de inconstitucionalidad. (Corte de Constitucionalidad, 2020b)

Más que un desarrollo del criterio anterior y de su posterior matización, se trata de un cambio de criterio, pues originalmente la Corte negaba a los pactos colectivos el carácter de disposiciones de carácter general “porque no van dirigidos a un número indeterminado de personas, sino a partes determinadas como consecuencia de un acuerdo negociado” (2014d y precedentes que cita). El matiz que sirvió de base para conocer en 2012b y 2017a fue la trascendencia social de los pactos del sector público más allá de las relaciones laborales sujetas a ellos. Ahora, en cambio, la Corte ha estimado que las cláusulas del pacto son ley en sentido material, por lo que su trascendencia social ya no sería factor necesario para habilitar su control constitucional con carácter general. De igual manera, este giro debería remover cualquier obstáculo para que se ejerza tal control en caso concreto. En otro caso (Corte de Constitucionalidad, 2022b), la Corte reiteró la viabilidad de impugnar pactos colectivos por inconstitucionalidad general, aunque mezclando los criterios de ley material y de trascendencia social, sin distinción conceptual.

Adicionalmente, la Corte ha admitido que puede impugnarse de inconstitucionalidad un Reglamento de Trabajo del sector público, estimando que

...dicho reglamento forma parte del conjunto de disposiciones de derecho de trabajo, con eficacia general, el cual fue emitido por la autoridad competente de manera unilateral y contiene normas imperativas que rigen un conjunto considerable de relaciones laborales (...); de ahí que, al integrar el orden público en material laboral y formar parte del marco normativo que regula las relaciones del Estado con una gran cantidad de funcionarios y empleados públicos que prestan sus servicios en todo el país (...), tal circunstancia hace viable que su contenido sea examinado por vía de la acción de inconstitucionalidad general. (Corte de Constitucionalidad, 2020c)

En ese fallo la Corte invocó el Expediente 1134-2012, en que conoció el fondo de una inconstitucionalidad contra otros dos reglamentos que rigen relaciones entre el Estado y trabajadores públicos.

5. Algunos criterios emitidos por la Corte de Constitucionalidad

A través de los años, el Tribunal Constitucional ha conocido casos que involucran pactos colectivos de condiciones de trabajo, tanto del sector público como del privado. Enseguida se resumen algunos criterios que la Corte ha formulado al resolverlos:

- Causa agravio la aprobación de parámetros (como un aumento salarial o una disminución de rubros de beneficios económicos) sin un respaldo debido y razonable. Tal respaldo incluye dictámenes técnicos sobre cada materia componente del pacto emitidos por instituciones involucradas por ley y expertos en la materia, que permitan un panorama claro e imparcial desde el cual concluir, y que deben evaluarse cumpliendo los requisitos de debida fundamentación. Su función incluye prever una solución ante la eventual imposibilidad material de cumplimiento por falta de fondos (Corte de Constitucionalidad, 2013a, 2010b, 2022c).
- Hay falta de motivación, que provoca arbitrariedad en lo resuelto, cuando la Sala omite valorar pruebas y pronunciarse sobre todos los motivos de inconformidad que fundamentaron la apelación (Corte de Constitucionalidad, 2020a).
- Procede amparo cuando en una negociación colectiva se han dado a un sindicato de trabajadores facultades administrativas que la ley expresamente designa al ente patronal, tales como participación en el proceso de nombramiento, remoción y evaluación del personal, temas que no encajan en la naturaleza de la negociación colectiva (Corte de Constitucionalidad, 2013a).
- No es viable que en un pacto colectivo se deleguen a un órgano consultivo (Comisión Mixta) funciones propias de órganos que, por mandato constitucional y legal, están investidos de autoridad pública para dirimir controversias administrativas o disciplinarias (Corte de Constitucionalidad, 2022c).

- No es posible atribuir, mediante pacto colectivo, funciones y responsabilidades a una institución pública (como la Inspección General de Trabajo) que no tiene contempladas en ley (Corte de Constitucionalidad, 2022c).
- La determinación del personal de confianza y libre remoción puede acordarse en un pacto colectivo (Corte de Constitucionalidad, 2022c).
- No causa agravio el laudo arbitral que estima improcedente imponer nuevas cargas económicas a una institución pública, por considerar que éstas podrían limitar o supeditar el bienestar común, pues ello atiende al fin primordial del ente público y al principio de primacía del interés social sobre el particular. El aumento o mejora de prestaciones laborales se supedita a la capacidad económica del patrono, no pudiendo exigirse más de lo pertinente según sus especiales circunstancias (Corte de Constitucionalidad, 2010c, 2022c).
- La normativa emanada de un laudo arbitral no puede tenerse como prorrogada por falta de denuncia, figura que aplica únicamente en los pactos colectivos celebrados por voluntad de las partes (Corte de Constitucionalidad, 2017b).
- La reiteración abstracta y genérica en un pacto colectivo de un derecho reconocido en otra norma no es, por sí sola, una superación o mejora. Para entender que se ha superado un límite o mejorado un parámetro legal, es necesaria estipulación expresa y específica (Corte de Constitucionalidad, 2022c).
- El principio de interpretación *pro operario*, consagrado en el art. 106 constitucional, no es aplicable cuando los enunciados normativos son claros (Corte de Constitucionalidad, 2022c).
- No causa agravio, ni resuelve más allá de lo impugnado, la Sala que introduce a un pacto colectivo modificaciones que se contraen a aspectos gramaticales y ortográficos o establece la numeración del articulado, sin versar sobre cuestiones de fondo distintas a las pactadas en la negociación (Corte de Constitucionalidad, 2020a).

Estos criterios pueden ser útiles como orientación general y para la solución de casos futuros, sin perjuicio de la necesidad de estudiar con mayor detenimiento cada precedente y caso, a efecto de dilucidar sus efectivos alcances y aplicabilidad.

6. Conclusiones

1. Es difícil señalar un modelo como el mejor a seguir para la impugnación de pactos colectivos de condiciones de trabajo. En principio, lo idóneo es su conocimiento por la jurisdicción privativa laboral, por ser especializada en las reglas y principios aplicables. Admitirlos como objeto de control de constitucionalidad conlleva someterlos, en acciones de carácter general, a la Corte de Constitucionalidad, cuyos integrantes posiblemente no

tengan la especialización deseable. Esto, sin embargo, es un problema inherente al actual diseño institucional del país, en toda materia, dada la amplitud con que las garantías constitucionales se diseñaron en el marco constitucional vigente. Asimismo, cada modelo o procedimiento obedece a distintos motivos o presupuestos que determinan su viabilidad en un caso concreto.

2. La negociación colectiva y la libertad sindical tienen sustento en el marco constitucional guatemalteco, tratados internacionales en materia de derechos humanos y convenios internacionales en materia laboral ratificados por Guatemala. En consecuencia, su observancia es objeto de control de constitucionalidad y de convencionalidad, y puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Toda acción emprendida por el Estado y sus organismos debe respetar los parámetros establecidos en la Constitución, leyes, convenios, jurisprudencia y estándares internacionales aplicables.
3. Respecto de un pacto colectivo no se puede, entre otros: (i) someterlo a requisito de aprobación administrativa previa; (ii) anularlo, derogarlo o suspenderlo, total ni parcialmente, por ley –ni siquiera en casos de crisis económica–; (iii) modificarlo unilateralmente; (iv) exigirse su renegociación; (v) prohibirse su celebración; (vi) establecer topes o parámetros para negociaciones salariales sin cumplir con ciertos requisitos de consulta y participación; (vii) ejercer las prerrogativas de la autoridad en materia financiera para impedir o limitar su cumplimiento.
4. Los pactos colectivos del sector público no pueden declararse lesivos, pues no son actos o resoluciones administrativas en que el Estado ejerce su autoridad, sino instrumentos normativos laborales con origen en negociaciones donde el Estado actúa como patrono.
5. La revisión de los pactos colectivos ocurre, ordinariamente, cuando expira su plazo de vigencia y una de las partes lo denuncia. Extraordinariamente puede ser en otro momento, siempre que sea por voluntad de ambas partes. Por eso, para adaptarlos a las circunstancias del país debe buscarse su revisión voluntaria, incluso en contextos de estabilización, crisis o estancamiento económicos.
6. Si no es posible la revisión voluntaria, se pueden tomar ciertas medidas legislativas. Estas deben ser por tiempo limitado y para proteger a los trabajadores más afectados, sin violar los límites señalados en la aplicación de las normas nacionales e internacionales.
7. El control de cláusulas abusivas en pactos colectivos corresponde a la jurisdicción privativa laboral, y sólo en casos sumamente graves.
8. Los pactos colectivos o sus cláusulas pueden impugnarse de nulidad, que deben conocer y resolver los tribunales de trabajo y previsión social.
9. Entre las causales de nulidad de un pacto colectivo del sector público pueden invocarse las relativas a las posibilidades legales del Estado, incluyendo en materia presupuestaria, es decir, normas imperativas o prohibitivas expresas en la materia.

10. La Corte de Constitucionalidad admite cuestionar la constitucionalidad de un pacto colectivo del sector público con carácter general, y ha declarado con lugar al menos una acción. También lo ha admitido contra Reglamentos de Trabajo del sector público.
11. La Corte fue restrictiva en cuanto a admitir la inconstitucionalidad en caso concreto contra pactos colectivos. Sin embargo, la posterior admisión de la inconstitucionalidad general debería modificar el criterio, pues se ha hecho estimando que constituyen ley en sentido material.
12. La Corte ha resuelto diversos casos concretos relacionados con pactos colectivos del sector público, a partir de los cuales emanan criterios que pueden resultar útiles como orientaciones generales y para casos futuros.
13. El análisis de constitucionalidad supone una confrontación abstracta entre normas, por lo que, en principio, parece excluir la aplicabilidad directa del principio de realismo laboral, orientado a resolver casos determinados tomando en cuenta la posición económica de las partes con base en hechos concretos. Sin embargo, siempre se deben tomar en cuenta los principios del Derecho del Trabajo como características ideológicas que deben inspirar la legislación laboral, que también están constitucionalizados.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <https://tinyurl.com/2twuf2n7>
- _____. (1966a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de <https://tinyurl.com/3sstfu3m>
- _____. (1966b). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <https://tinyurl.com/mwrku2h2>
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Diario Oficial Diario de Centro América. Guatemala: 31 de mayo.
- Centro de Investigaciones Económicas Nacionales (CIEN). (2014). *La amenaza de los pactos colectivos en el sector público*. Guatemala: CIEN. <https://bit.ly/3NNIPQR>
- Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC). (2001, 14 de noviembre). *Declaración ministerial*. Doha. <https://bit.ly/3V9wcBL>
- _____. (1996, 13 de diciembre). *Declaración ministerial de Singapur*. Singapur. <https://bit.ly/3rF5u6w>

Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala. (2001). Sentencia recaída en el expediente 1076-2000, inconstitucionalidad general. 31 de enero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2003). Sentencia recaída en el expediente 1114-2002, inconstitucionalidad en caso concreto. 9 de enero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2004). Sentencia recaída en el expediente 1490-2001, inconstitucionalidad general. 7 de septiembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2005). Sentencia recaída en los expedientes acumulados 563/565-2005, inconstitucionalidad en caso concreto. 31 de agosto. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2007). Sentencia recaída en el expediente 1655-2007, inconstitucionalidad en caso concreto. 5 de diciembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2008a). Sentencia recaída en el expediente 3705-2007, inconstitucionalidad en caso concreto. 13 de marzo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2008b). Sentencia recaída en el expediente 202-2008, inconstitucionalidad en caso concreto. 9 de abril. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2008c). Sentencia recaída en los expedientes acumulados 3788/3818-2007, apelación de sentencia de amparo. 19 de junio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2008d). Sentencia recaída en el expediente 1937-2008, apelación de sentencia de amparo. 18 de agosto. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2008e). Sentencia recaída en el expediente 1950-2008, apelación de sentencia de amparo. 26 de agosto. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2008f). Sentencia recaída en el expediente 1660-2008, inconstitucionalidad en caso concreto. 19 de septiembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2009). Sentencia recaída en los expedientes acumulados 234/242-2009, apelación de sentencia de amparo. 29 de abril. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2010a). Sentencia recaída en el expediente 445-2010, apelación de sentencia de amparo. 22 de junio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2010b). Sentencia recaída en el expediente 4455-2009, apelación de sentencia de amparo. 12 de octubre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2010c). Sentencia recaída en el expediente 1365-2010, apelación de sentencia de amparo. 9 de diciembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

_____. (2011a). Sentencia recaída en el expediente 2256-2010, apelación de sentencia de amparo. 15 de marzo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

- _____. (2011b). Sentencia recaída en el expediente 2151-2011, apelación de sentencia de amparo. 23 de agosto. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2011c). Sentencia recaída en el expediente 578-2011, apelación de sentencia de amparo. 25 de octubre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2012a). Sentencia recaída en el expediente 3334-2011, inconstitucionalidad general. 14 de febrero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2012b). Sentencia recaída en el expediente 2942-2010, inconstitucionalidad general. 15 de mayo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2012c). Sentencia recaída en el expediente 1822-2011, inconstitucionalidad general. 17 de julio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2012d). Sentencia recaída en el expediente 1134-2012, inconstitucionalidad general. 26 de julio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2012e). Sentencia recaída en el expediente 1240-2012, amparo en única instancia. 30 de octubre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2013a). Sentencia recaída en el expediente 3731-2012, apelación de sentencia de amparo. 19 de febrero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2013b). Sentencia recaída en el expediente 3979-2012, inconstitucionalidad en caso concreto. 22 de febrero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2013c). Sentencia recaída en el expediente 4793-2012, inconstitucionalidad en caso concreto. 15 de mayo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2013d). Sentencia recaída en el expediente 4820-2012, apelación de sentencia de amparo. 25 de junio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2013e). Sentencia recaída en el expediente 143-2013, inconstitucionalidad general. 6 de agosto. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2013f). Sentencia recaída en el expediente 4178-2012, apelación de sentencia de amparo. 17 de octubre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2014a). Sentencia recaída en el expediente 461-2014, amparo en única instancia. 7 de marzo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2014b). Sentencia recaída en el expediente 1552-2013, amparo en única instancia. 19 de marzo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2014c). Sentencia recaída en el expediente 2295-2013, amparo en única instancia. 3 de abril. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

- _____. (2014d). Sentencia recaída en el expediente 244-2014, inconstitucionalidad en caso concreto. 6 de mayo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2015a). Sentencia recaída en el expediente 855-2015, apelación de sentencia de amparo. 8 de junio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2015b). Sentencia recaída en el expediente 3821-2014, amparo en única instancia. 13 de julio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2015c). Sentencia recaída en el expediente 5251-2014, inconstitucionalidad general. 28 de julio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2015d). Sentencia recaída en el expediente 1732-2014, inconstitucionalidad general. 13 de agosto. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2015e). Sentencia recaída en el expediente 1149-2012, apelación de sentencia de amparo. 10 de septiembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2015f). Sentencia recaída en el expediente 4617-2013, apelación de sentencia de amparo. 28 de septiembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2015g). Sentencia recaída en el expediente 1006-2014, inconstitucionalidad general. 26 de noviembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2016a). Sentencia recaída en el expediente 5424-2015, apelación de sentencia de amparo. 25 de febrero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2016b). Sentencia recaída en el expediente 4098-2015, apelación de sentencia de amparo. 9 de junio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2017a). Sentencia recaída en el expediente 1944-2016, apelación de sentencia de amparo. 24 de enero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2017b). Sentencia recaída en el expediente 4591-2016, apelación de sentencia de amparo. 14 de marzo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2017c). Sentencia recaída en el expediente 2637-2017, apelación de sentencia de amparo. 27 de septiembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2018a). Sentencia recaída en los expedientes acumulados 3828/5556-2016, inconstitucionalidad general. 16 de enero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2018b). Sentencia recaída en el expediente 5181-2017, amparo en única instancia. 7 de marzo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2018c). Sentencia recaída en el expediente 4707-2017, apelación de sentencia de amparo. 21 de mayo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>

- _____. (2018d). Sentencia recaída en el expediente 4384-2017, apelación de sentencia de amparo. 24 de octubre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2018e). Sentencia recaída en el expediente 2462-2018, amparo en única instancia. 30 de octubre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2019a). Sentencia recaída en el expediente 4628-2018, amparo en única instancia. 7 de mayo. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2019b). Sentencia recaída en el expediente 1671-2018, apelación de sentencia de amparo. 12 de junio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2019c). Sentencia recaída en el expediente 2525-2018, apelación de sentencia de amparo. 18 de julio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2020a). Sentencia recaída en el expediente 3707-2016, apelación de sentencia de amparo. 25 de febrero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2020b). Sentencia recaída en el expediente 31-2016, inconstitucionalidad general. 23 de junio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2020c). Sentencia recaída en el expediente 127-2019, inconstitucionalidad general. 15 de julio. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2022a). Sentencia recaída en el expediente 5815-2018, inconstitucionalidad general. 18 de enero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2022b). Sentencia recaída en el expediente 4641-2020, inconstitucionalidad general. 9 de febrero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2022c). Sentencia recaída en el expediente 4692-2021, apelación de sentencia de amparo. 16 de febrero. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- _____. (2022d). Sentencia recaída en el expediente 4477-2021, amparo en única instancia. 27 de septiembre. Recuperado de <https://tinyurl.com/ew9y9pcs>
- Conferencia Internacional del Trabajo. (1998, 18 de junio). *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. <https://bit.ly/3Vd4DaU>
- Gamarro, Urías. (2020, 16 de septiembre). 'Gasto en salarios: 88 pactos colectivos se han firmado desde 2008'. *Prensa Libre*. <https://bit.ly/3WII7ra>
- García, Enrique. (2022, 5 de octubre). 'Cinco rollos de papel higiénico y heredar la plaza a los hijos: los sindicatos y su poder en el gobierno'. *Plaza Pública*. <https://bit.ly/3Ebrhty>
- Juzgado Décimo Cuarto de Trabajo y Previsión Social, constituido en Tribunal de Arbitraje. (2011). Laudo arbitral del 7 de junio de 2011. Expediente 547-2009. Recuperado de <https://tinyurl.com/4t2vb7yx>
-

- Juzgado Sexto de Trabajo y Previsión Social, constituido en Tribunal de Arbitraje. (1996). Laudo arbitral del 6 de diciembre de 1996. Expediente 6-96. Recuperado de <https://tinyurl.com/4t2vb7yx>
- Lagos del Campo vs. Perú. Serie C, No. 340. (Corte IDH, 2017). Recuperado de <https://bit.ly/3EmW87b>
- López Cordero, Guillermo. (2015). *Los pactos colectivos de condiciones de trabajo celebrados en el sector público deben y pueden ser revisados y renegociados para ajustarlos a la realidad nacional y a las condiciones del Estado*. Guatemala: IURISTEC. <https://bit.ly/2Y7nhG7>
- Nájera-Farfán Morales, Alejandro. (2011). *Alcance real del principio de imperatividad del Derecho Laboral en la negociación colectiva* (tesis de grado). Guatemala: Universidad Francisco Marroquín. <https://bit.ly/3cPQZDG>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1948). Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Recuperado de <https://tinyurl.com/56sistu5>
- _____. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Recuperado de <https://tinyurl.com/54a8jhvf>
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo. <https://bit.ly/2QZe3FP>
- Procuraduría General de la Nación (PGN) / Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social (MSPAS). (2017a). *Reconvención de nulidad de artículos específicos del PCCT por PGN/MSPAS*. Juicio ordinario laboral No. 01173-2015-08464. <https://bit.ly/3CEmW1s>, <https://bit.ly/3ROkvNY>
- _____. (2017b, 22 de febrero). *Comunicado de Prensa*. Guatemala. <https://bit.ly/3EqApLr>
- Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones de Trabajo y Previsión Social, Mazatenango, Suchitepéquez. (2002). Sentencia del 18 de febrero de 2002. Expediente 330-2001. Recuperado de <https://tinyurl.com/4t2vb7yx>

Derechos de Autor (c) 2023 Juan Pablo Gramajo Castro



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 XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**¿SEPARACIÓN DE LA DOCTRINA LEGAL O ACEPTACIÓN Y
RECONOCIMIENTO TÁCITO DE LA EXISTENCIA DE
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL NOTORIAMENTE
INCONVENCIONAL?**

*SEPARATION OF THE LEGAL WRITING OR ACCEPTANCE AND TACIT
RECOGNITION OF THE EXISTENCE OF NOTORIOUSLY UNCONVENTIONAL
CONSTITUTUINAL CASE LAW?*

Estuardo Cárdenas



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.106>

RECIBIDO: 01/12/2022
ACEPTADO: 23/08/2023
PUBLICADO: 16/10/2023

¿Separación de la doctrina legal o aceptación y reconocimiento tácito de la existencia de jurisprudencia constitucional notoriamente inconvencional?

Separation of the legal writing or acceptance and tacit recognition of the existence of notoriously unconventional constitutional case law?

Estuardo Cárdenas*
Organismo Judicial

Recibido: 01/12/2022
Aceptado: 23/08/2023
Publicado: 16/10/2023

Resumen: A través de este trabajo se realiza un comentario jurisprudencial con perspectiva crítica, enfocado directamente a la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad, en los casos en que ésta decide separarse de doctrina legal previamente sentada sobre un tema particular; siendo el punto principal evidenciar que, eventualmente, su jurisprudencia puede resultar inconvencional. Para ello, se parte de la idea central de que, en muchos de esos casos en los que tal facultad se ejerce, más allá de la simple separación o innovación, en realidad, por la naturaleza del asunto subyacente y los derechos y pretensiones implicados en el mismo, lo que se tiende a hacer –pero sin decirlo expresamente– es aceptar y reconocer –tácitamente– la existencia de una eventual inconvencionalidad o anticonvencionalidad en la doctrina preexistente. Procediendo, para ello, a examinar un fallo reciente en el que, dados los aspectos analizados en el mismo, se abordó un caso de derechos humanos fundamentales; y, al haberse asumido la separación de la doctrina legal anterior, a la vez también se admitió –sin decirse– la inconvencionalidad de su jurisprudencia.

Palabras clave: Derecho Procesal Constitucional, Control difuso de Convencionalidad, Corte de Constitucionalidad, Sentencia Constitucional.

Summary: *Throughout this project, a jurisprudential commentary is made with a critical perspective, focused directly on the case law emanating from the Constitutional Court, in the cases in which it decides to separate itself from legal doctrine previously established on a particular subject; being the main point: to demonstrate that, eventually, its case law can be unconventional. And, for this, it is based on the main idea that, in many of those cases in which such faculty is exercised, beyond the simple separation or innovation, in reality, by the nature of the underlying matter and the rights and pretensions implied in it, what is tended to be done –but without*

* Doctor en Derecho Constitucional Internacional (con distinción *Summa Cum Laude*), Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Constitucional, todos por la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Estudios de Postgrado; y, actualmente, Magistrado -Titular- de la Corte de Apelaciones de la República de Guatemala. stu0013@hotmail.com
El autor declara que no tiene ningún conflicto de interés y que la investigación se realizó con fondos propios.

expressly saying so— is to accept and acknowledge –tacitly– the existence of an eventual non-conventionality in the pre-existing doctrine. Proceeding, to this end, to examine a recent ruling in which, given the aspects analyzed therein, a case of fundamental human rights was addressed; and, by assuming the separation of the previous legal writing, at the same time the unconventionality of its case law was also admitted – without saying so.

Keywords: *Constitutional Procedural Law, Diffuse conventionality control, Constitutional Court, Constitutional decision.*

Sumario

- Introducción • Generalidades conceptuales • Comentario jurisprudencial: examen crítico de un caso concreto. Exordio y análisis • Conclusiones • Referencias.

Introducción

El presente comentario, tiene como objeto de estudio jurisprudencia de carácter constitucional, específicamente emanada de la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala; en la que, invocándose la facultad de innovación o simple separación de doctrina legal precedente, se decide un cambio de criterio o bien un giro jurisprudencial, como comúnmente se tiende a llamarle.

La importancia del trabajo radica especialmente en que, su abordaje, se hace desde la óptica crítica, con enfoque sobre derechos humanos y su consecuente control de convencionalidad, como instrumento instituido para su respeto, protección y garantía; especialmente de índole judicial.

Es por ello que, para los fines pretendidos, se ha optado por elegir una sentencia de reciente data, a través de la cual la Corte de Constitucionalidad decidió separarse de la doctrina legal que hasta el momento de su pronunciamiento se había mantenido vigente, en cuanto a la improcedencia del recurso de apelación contra el auto que, con ocasión de una audiencia de revisión de la medida de coerción de prisión preventiva, deniega el otorgamiento de las medidas sustitutivas de la misma.

La selección de la sentencia que se analiza obedece a una línea de investigación en la que se ha venido trabajando, y en cuyo sentido, inclusive, recientemente se ha publicado un libro de la misma autoría¹; no teniéndose ningún interés personal en analizar otros fallos distintos, en este trabajo, independientemente de que los pueda haber en ese mismo sentido.

Usando tal *iter*, el análisis que se hará parte de perspectivas formales y sustanciales, con el propósito de evidenciar falencias en las que pudo haberse incurrido, con la emisión de dicho fallo;

¹ Cárdenas, E. (2022). *Hacia una administración de justicia convencionalizada*. Editorial Porrúa [Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional].

a manera de reflexionar y cuestionar ¿si es posible la existencia de jurisprudencia constitucional inconvencional?, concretamente en relación a la producida por los tribunales constitucionales; y, como probable respuesta, la investigación se desarrolla desde la expectativa de que sí es probable.

Teniéndose como el propósito total evidenciar que aún en la jurisprudencia de los más altos tribunales y sin excepción alguna los de la jurisdicción constitucional, también puede incurrirse en notoria inconvencionalidad en sus fallos; y que, inclusive, cuando éstos finalmente asumen giros jurisprudenciales también deben tomar en cuenta los efectos generales que pueden producirse, más aún en sistemas de justicia constitucional en los que, como en Guatemala, producen doctrina legal.

La investigación se hace, especialmente, mediante el estudio de casos, particularmente de distintos fallos de tribunales, teniendo como punto de partida principal la sentencia del asunto cuyo comentario jurisprudencial se realiza; a través de la recopilación de información, en especial desde las páginas o sitios *web* de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concretamente en los segmentos de consulta de su diversa jurisprudencia; utilizándose para ello el método inductivo y el método deductivo para el desarrollo de su contenido.

Para su mejor comprensión, el presente se ha estructurado a partir de un resumen inicial, sumario, pasando por esta introducción, para después abordar generalidades conceptuales acerca de la jurisprudencia constitucional, doctrina legal y posibilidades de su separación y/o innovación, sobre el control de convencionalidad e inconvencionalidad; para finalmente arribar al comentario jurisprudencial propuesto, desde el exordio hasta el análisis pormenorizado que el mismo conlleva.

En el epílogo se plasman las estimaciones a las que, a partir de la investigación realizada, se ha podido llegar, afirmándose que, en efecto, también la jurisprudencia de rango constitucional puede incurrir en notoria inconvencionalidad; y que no obstante los fines legítimos que se busquen con su separación o innovación, deben considerarse todas aquellas aristas que, de una u otra forma, expediten el adecuado cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado de Guatemala, específicamente en cuanto a respeto, protección y garantía de los derechos fundamentales se trata.

Propugnándose por la necesidad de que a lo interno de los Estados –particularmente de los que ya son Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en especial los que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo es el Estado guatemalteco- existan mecanismos o instrumentos jurídicos que permitan cumplir con ejercer control de convencionalidad –de carácter judicial y difuso– sobre tal jurisprudencia o bien doctrina legal; en cuanto acto interno emanado del poder público, concretamente de los tribunales constitucionales. Y, atendidas las condiciones del caso concreto, poder declarar su inaplicabilidad por inconvencionalidad, a manera de honrar los compromisos adquiridos a nivel

internacional y así evitar la responsabilidad del Estado, con los efectos negativos que de ello normalmente derivan.

1. Generalidades conceptuales

En este apartado no se pretende abordar a profundidad los distintos temas que se relacionan a continuación, pues ello escapa del objetivo de fondo del trabajo; pero sí se busca sentar las bases generales desde las que se asumirá el análisis y comentario jurisprudencial que ahora se proyecta; y, para ello, se hace referencia a aspectos que deberán tomarse en cuenta para su comprensión, en el contexto en el que se hará el comentario jurisprudencial propuesto, para expedirse su examen, independientemente de cualesquiera otras posturas doctrinarias que al respecto pudieren concurrir.

En ese sentido, a criterio del autor, el marco teórico que a continuación se desarrolla ostenta la solidez necesaria y suficiente para los fines pretendidos con el mismo; puesto que, como se dijo, no se busca profundizar sobre los diversos tópicos que se examinarán de la sentencia cuestionada, sino únicamente preestablecer los fundamentos torales que permitan hacer el análisis pretendido; y es por ello mismo que, al no tratarse de un abordaje doctrinario sino más bien jurisprudencial, la existencia o no de múltiples citas bibliográficas no es un elemento que determine su exhaustividad ni condicione la calidad de la crítica formulada, pues no es un estudio cuantitativo sino cualitativo.

1.1. Jurisprudencia constitucional, doctrina legal y separación o innovación

Para Arturo Zaldívar: “La jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de sentencias que emiten los tribunales constitucionales en su carácter de intérpretes supremos de la Constitución, en particular; a los fundamentos jurídicos o *ratio decidendi* de las resoluciones...” (2014, p. 821)

En efecto, la definición anterior sirve para comprender, en general, que por jurisprudencia constitucional debe entenderse toda la producción jurisdiccional emanada de los distintos órganos o tribunales que, de acuerdo a sus competencias, conocen de asuntos de índole constitucional; en especial, obviamente, las sentencias o fallos emitidos dentro de los mismos, por las más altas cortes de justicia del Estado de que se trate.

En ese sentido, para el caso de Guatemala, bien podrían conceptualizarse como tales las decisiones finales emitidas por los distintos jueces o tribunales en materia de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad, especialmente por parte de la Corte Suprema de Justicia y de su Cámara de Amparo y Antejudio, así como la Corte de Constitucionalidad; independientemente de su reiteración o no.

Por su parte, en algunos ordenamientos jurídicos, como el guatemalteco, la denominación de doctrina legal se reserva para aquellos supuestos de jurisprudencia reiterada, bajo condiciones básicas de uniformidad, persistencia y no existencia de fallos contradictorios que la interrumpan.

Verbi gratia: en la jurisdicción ordinaria el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107), en su artículo 627, preceptúa lo siguiente: “Cita de leyes y doctrinas legales... doctrina legal, deben citarse, por lo menos, cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación que enuncien un mismo criterio en casos similares, y no interrumpidos por otro en contrario...”. Mientras que, en la jurisdicción constitucional, es el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucional (Decreto 1-86) el que determina:

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...

Es decir, mientras la jurisprudencia constitucional en general, no requiere de determinados requisitos para su existencia, y solo lo es por el simple hecho de la clase de proceso del que emana; la doctrina legal si exige, además de similitud y persistencia ininterrumpida, reiteración de criterios interpretativos en un mismo sentido, a efecto de que, además de vinculantes, sean obligatorios.

Y, en relación a la separación o innovación de dicha doctrina legal, específicamente en la materia que nos interesa, o sea la constitucional, la última disposición legal mencionada preconiza: “...Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido”.

Coligiéndose, para los efectos pretendidos, que no obstante la existencia de doctrina legal sentada por el tribunal constitucional guatemalteco, éste válidamente puede separarse de su propia jurisprudencia, en el entendido que se refiere a la jurisprudencia que, dada su reiteración y demás aspectos antes señalados, es constitutiva de doctrina legal y, por lo tanto, obligatoria.

Claro que tal separación o innovación, además de lo ya referido, está sujeta a que se realice de manera razonada, lo que conlleva que se haga una exposición clara de los motivos que se tienen para decidir apartarse de los criterios jurisprudenciales ya existentes sobre un tema determinado; siendo más específica la norma precitada en lo que de innovación jurisprudencial se trata.

Lo cual lleva a reflexionar sobre que, eventualmente, no toda separación jurisprudencial conllevará o se originará de una innovación, dado que el propio término innovar quizás no aplique para todos los supuestos de apartamiento de doctrina legal, partiendo del significado del mismo concepto innovar, que necesariamente implica y presupone la concurrencia de novedades, o sea cosas nuevas o recientes. A manera de ejemplo, como se verá en el presente comentario, en la separación realizada en el caso concreto no se invocó innovación, posiblemente por tales razones.

1.2. Control de convencionalidad e inconvencionalidad

Definitivamente que la doctrina del control de convencionalidad es un tema en boga, del cual hay tanto que tratar, sin embargo, por no ser ese el objetivo principal del presente trabajo solo se abordaran sus aspectos más generales, así como su eventual definición, dada su evolución.

Así, como ya es bien conocido, fue precisamente en un voto razonado del juez (mexicano) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez (2003, párr. 27), en el que se empleó por primera vez el concepto de “control de convencionalidad”, al menos desde lo interno de la propia Corte; lo cual reiteró mediante sendos votos posteriores, en casos diversos.

Sin embargo, no fue sino hasta aproximadamente tres años después de ese primer voto, que el tribunal interamericano, pero esta vez a través de su pleno, utilizó oficialmente el concepto en mención, en un fallo emitido contra el Estado de Chile (2006, párr. 124); el cual iría abordando a partir de tal sentencia, perfilándolo y delimitándolo para su mejor comprensión y materialización.

Valga decir que el control de convencionalidad al que nos hemos venido refiriendo, es el denominado control difuso de convencionalidad, o sea el que corresponde realizar a cada uno de los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a lo interno de sus respectivos territorios; pues el otro, es decir el control concentrado de convencionalidad, constituye el quehacer de la propia Corte, ya que precisamente para eso fue instituida y establecida.

Tal como lo refiere E. Ferrer, cuando afirma que “El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter «concentrada» por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter «difusa» por los jueces nacionales en sede interna” (2016, p. 672). A lo que, conforme el avance que ha tenido la doctrina del control difuso, habría de agregarse que su ejercicio ya no es exclusivo del poder judicial y sus jueces sino de toda autoridad pública.

Por su parte, la propia Corte ha definido dicho control, en su vertiente difusa, señalando que “Es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal...” (2020, p. 24)

Habiéndose establecido en un segundo fallo de la Corte en el que oficialmente se utilizaba dicha terminología, esta vez contra el Estado de Perú (2006, párr. 128), algunas pautas para su desarrollo, en concatenación con el fallo anterior; señalando que su ejercicio se debía llevar a cabo de conformidad con determinadas circunstancias puntuales. A saber:

- Debe hacerse *ex officio*, y no quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones de las partes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que deba hacerse siempre;

- Entre las normas internas y la Convención Americana (y corpus iuris en la materia, lo que incluye la propia jurisprudencia del tribunal);
- Evidentemente en el marco de las respectivas competencias que se tengan delegadas;
- En el marco de las regulaciones procesales correspondientes.
- Es una obligación internacional de los Estados Partes del Pacto de San José, hayan o no aceptado la competencia contenciosa de la Corte.

A su vez, y derivado de lo anterior, no es difícil comprender que los distintos actos internos de los Estados Partes deben estar en congruencia y armonía con la Convención Americana, *corpus iuris* de derechos humanos y la jurisprudencia interamericana, para considerarse “convencionales”. En ese orden, debe tomarse en cuenta que

...en efecto sí es posible someter al control de convencionalidad... la jurisprudencia nacional de los tribunales superiores de los Estados Partes del Pacto de San José, especialmente de aquellos que sí han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; puesto que... al ser actos internos del Estado también quedan supeditados a dicho control. (Cárdenas, 2022, p. 153)

Marcelo F. Trucco, al respecto, señala:

Es que suele ocurrir muchas veces que el “test” de comprobación se hace aplicando las reglas o criterios de interpretación del propio juez nacional o invocando decisiones adoptadas por otros tribunales domésticos (Cámaras de Apelaciones, Cortes Supremas, Salas o Tribunales constitucionales del país). La adecuación a la CADH debe hacerse, pero respetando a su intérprete auténtico: la Corte IDH y no la opinión que de dicho tratado internacional formule un juez o jueza local. (2021, p. 45)

A contrario sensu, todos aquellos actos internos que, de una u otra forma, tiendan a infringir el referido Pacto (y bloque de convencionalidad de subsiguiente construcción), y sean incompatibles con el mismo y su interpretación por parte del tribunal interamericano, serán “inconvencionales”; teniéndose el deber –primario– a lo interno de los Estados de solucionar tal circunstancia, antes de que se origine responsabilidad internacional y ya sea en el ámbito –secundario– internacional en el que deba dirimirse la posible contienda que surja a raíz del incumplimiento interno del Estado.

Sobre la inconvencionalidad o anticonvencionalidad, en palabras de Pablo Darío Villalba:

La anticonvencionalidad conlleva que la norma interna que fuese declarada como violatoria de la Convención en un caso concreto, tendría que tener el efecto para el Estado de proceder al retiro del ordenamiento legal...//...no se trata simplemente de declarar la anticonvencionalidad... sino que el Estado avance en... garantías de protección, augurando que la incompatibilidad sobrepase los efectos de la anticonvencionalidad, produciendo consecuencias aún más amplias de inconvencionalidad... cuando el Estado... asuma que debe modificar la normativa... atentatoria de la dignidad humana. (2015, p. 207-208)

Siendo oportuno mencionar que, ese deber de ejercer control –difuso– de convencionalidad deriva de los deberes de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, que el artículo 1 de la Convención Americana le impone a todos los Estados Partes del Pacto; y, a su vez, del deber de adecuación normativa desarrollado en el artículo 2 del mismo. Por lo que, en todo caso, es al propio Estado al que compete, a través de sus distintos órganos y funcionarios, especialmente sus jueces, evitar la inconvencionalidad de sus actos internos *so pena* de responsabilidad internacional.

Lo anterior necesariamente implica y conlleva a aseverar que la “*jurisprudencia*” [o bien la llamada “*doctrina legal*”] sí puede y, es más, sí debe ser objeto del referido control de convencionalidad difuso, ya que en las interpretaciones contenidas en la misma se puede incurrir en notoria “*inconvencionalidad*”; lo que en todo caso podría llevar, inclusive, a la declaratoria de su “*inaplicación*”, por adolecer de dicho vicio sustancial; y esto independientemente de que se le entienda o reconozca como una “*norma jurídica*”, o no (Cárdenas, 2022, p. 168).

2. Comentario jurisprudencial

2.1. Examen crítico de la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad el 6 de julio de 2022, dentro del expediente No. 907-2021² formado por apelación de sentencia de amparo

2.1.1. Exordio

Ut supra, el examen pretendido se hará desde una perspectiva especialmente crítica, con carácter descriptivo y propositivo, aunque al respecto valga la oportuna salvedad de que en realidad no es que no se comparta el sentido de fondo del fallo, sino todo lo contrario; puesto que, inclusive, ya en otros ámbitos y desde otros escenarios, y con anterioridad al mismo, se había hecho formal ofensiva a tan aberrante y arbitrario criterio contenido en la doctrina legal constitucional anterior.

Sin embargo, no obstante coincidir en los términos mencionados, ello no es óbice para que, desde una perspectiva eminentemente jurídica y, particularmente, con enfoque de protección y garantía de derechos humanos, se pueda a la vez vislumbrar una serie de falencias que, a pesar de lo positivo del cambio jurisprudencial –por separación de doctrina legal–, es necesario señalar y argumentar; con el propósito de que *a posteriori* los giros o innovaciones de tal naturaleza tiendan a examinarse escrupulosamente, a manera de evitar que el fin simplemente justifique los medios.

En ese sentido, se ha hecho un análisis pormenorizado del fallo en cuestión, pudiéndose advertir sendos desaciertos, equivocaciones o simples yerros u omisiones por parte de la Corte de Constitucionalidad al dictar la sentencia en comento; pero que, en todo caso, constituyen

² La sentencia objeto de análisis puede consultarse en este enlace:
<https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfNumExpediente.aspx>

falencias que, de una u otra forma, tienden a comprometer la legitimidad y eficacia de su contenido y efectos.

Para ello, se realiza el estudio respectivo a partir de consideraciones formales y sustanciales del fallo, a manera de establecer su racionalidad, logicidad y razonabilidad o no, con independencia de la decisión de fondo asumida; la cual, reiterando, se comparte en su totalidad y sin lugar a dudas.

Tal coincidencia, sin perjuicio de la crítica integral que se hará de la sentencia, obedece a que, resulta verdaderamente sorprendente e incomprensible el que, durante tanto tiempo, se haya podido mantener –desde la propia jurisdicción constitucional– un criterio jurisprudencial del todo irrazonable, como el que consideraba que, al no accederse a sustituir la prisión preventiva por cualesquiera otras medidas menos gravosas, no se estaba denegando la libertad y, en consecuencia, la resolución adoptada al respecto no era susceptible de impugnarse mediante recurso de apelación; aunque existiera disposición legal que taxativamente expeditara que se pudiera acudir en alzada, y que denotaba que ese criterio en contrario violaba -entre otros tantos- el derecho al doble conforme.

2.1.2. Análisis

a) Para empezar llama la atención el que, a pesar que al inicio del apartado de antecedentes del fallo –inciso A)– se indica que fueron tres los amparos promovidos en contra del mismo acto reclamado, e incluso estos se presentaron en lugares distintos, en el acápite de la sentencia comentada únicamente se identifique un número de expediente, como si se tratara de un único amparo; cuando, al tenor del artículo 182 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la Corte tiene la facultad de acumular los asuntos bajo su conocimiento y decisión, bajo determinadas condiciones, lo cual, de la misma manera, se reitera y reglamenta en el 6 del Acuerdo 1-2013 de la propia Corte de Constitucionalidad. Omitiéndose, en el caso concreto, mención alguna al respecto.

b) En el primer considerando, segundo párrafo, el tribunal señala:

...se establece que no existe vulneración constitucional alguna cuando la autoridad reprochada, al acoger el recurso de apelación interpuesto por el procesado y otorgarle medidas sustitutivas, cumplió con emitir una resolución debidamente motivada y fundamentada, con lo que actuó en el ejercicio de sus facultades. (p. 17)

Sin embargo, lo que se omite indicar, aclarar o simplemente precisar es que, tal afirmación, obedece precisamente al nuevo criterio jurisprudencial que a través de dicho fallo se está sentando, que no es el mismo que estaba vigente al momento en el que tanto la Sala de la Corte de Apelaciones, así como la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia resolvieron y lo hicieron en contra de la doctrina legal constitucional vinculante para ese momento; e incluso *ab initio* el mismo tribunal constitucional había otorgado amparo provisional.

c) La Sala y la Cámara de Amparo y Antejuicio invocan como fundamento toral de su decisión, lo que entienden como violación al principio de igualdad, lo cual, a su vez, es avalado por la Corte de Constitucionalidad; pero, en cuanto a ello, no se hace ninguna argumentación específica que permita comprender, en efecto, cómo se vulnera dicho principio por el solo hecho de que, en un proceso penal determinado existan distintas personas sindicadas y se les otorgue medidas sustitutivas de la prisión preventiva a la mayoría de ellas pero no a quien, posteriormente, solicitó la revisión de dicha medida de coerción y le fue negada; lo que provocó que apelara y la Sala sí le otorgara medidas sustitutivas, a pesar de la doctrina legal vigente en sentido contrario. Siendo arriesgado, a futuro, el que se legitimara esa aseveración, sin un análisis serio; dada su generalidad.

d) En el mismo considerando precitado, pero en su primer párrafo, el tribunal menciona:

...esta Corte se separa de la doctrina legal sentada en anteriores oportunidades y concluye que la declaratoria sin lugar de la solicitud de revisión de la medida de coerción personal consistente en prisión preventiva es susceptible de ser impugnada por medio del recurso de apelación, de conformidad con lo regulado en el inciso 10 del artículo 404 del Código Procesal Penal. (p. 17)

Al respecto, y dado que se reitera a lo largo del texto del fallo, menester resulta advertirse que se incurre en una evidente falencia cuando se concluye en que la “declaratoria sin lugar de la solicitud de revisión de la medida de coerción personal consistente en prisión preventiva es susceptible de ser impugnada por medio del recurso de apelación”, y más aún cuando tal afirmación se sustenta en el artículo 404, numeral 10³, del Código Procesal Penal.

En virtud de que:

- i. Siguiendo el *iter* empleado por la propia Corte, para separarse de la doctrina legal anterior, es lógico concluir que no es la “declaratoria sin lugar” lo que, en todo caso, debería ser apelable, y menos al tenor de la norma jurídica invocada; sino más bien el hecho de que, a través de la misma, se está denegando la libertad de la persona que ha formulado la solicitud de revisión de la medida de coerción que lo mantiene en prisión preventiva. Ya que ello, efectivamente, sí encuadraría en el primer supuesto de apelabilidad contenido en tal disposición legal, mientras que la declaratoria citada *per se*, no sería objetivamente apelable.
- ii. En congruencia con el artículo 277⁴ del Código Procesal Penal, la revisión de las medidas de coerción personal, y concretamente la de prisión preventiva, es una

³ **Artículo 404. Apelación.** Son apelables los autos dictados por jueces de primera instancia que resuelvan: ... 10) Los que denieguen o restrinjan la libertad.

⁴ **Artículo 277. Revisión a pedido del imputado.** El imputado y su defensor podrán provocar el examen de la prisión y de la internación, o de cualquier otra medida de coerción personal que hubiere sido impuesta, en cualquier momento del procedimiento, siempre que hubieren variado las circunstancias primitivas. El examen se producirá en audiencia oral, a la cual serán citados todos los intervinientes. El tribunal decidirá inmediatamente en presencia de los que concurren. Se podrá interrumpir la audiencia o la decisión por un lapso breve, con el fin de practicar una averiguación sumaria.

facultad y, por ende, un derecho del imputado -así como de su defensor, siempre en favor de éste-; por lo que, desde esa perspectiva, no es posible comprender ¿cómo podría declararse sin lugar la solicitud que se formule al respecto?, que es lo que el tribunal constitucional establece en su nueva jurisprudencia al citar que la resolución que así lo decida será apelable. Pues ¿cómo podría declararse sin lugar el simple ejercicio de un derecho?, y más de uno tan fundamental que, por su propia naturaleza, expedita que se revise tal medida de coerción a través de la que se restringe la libertad personal; debiéndose siempre tramitar para, una vez agotado el procedimiento, decidir si se accede a sustituirla por otras medidas o no, y en este último supuesto se deniega la libertad y con ello se torna apelable.

- iii. Legitimar la confusión conceptual anterior, como parece hacerse por parte del tribunal constitucional, aparte de permitir suponer que es permisible denegar la solicitud de revisión propiamente dicha, conlleva una intrínseca paradoja; dado que, si dicha apreciación en cuanto a ello –plasmada en este ensayo– no fuera acorde con el sentido de la nueva jurisprudencia, de igual forma implicaría que, ante una petición de tal naturaleza, se desarrolla y ventila el procedimiento que prevé el ya referido artículo 277 de la ley adjetiva penal y que, al concluirse la audiencia respectiva, la autoridad judicial que conoce de dicha pretensión puede declarar con o sin lugar la misma.

Deviniendo, consecuente con ello, considerar que será entonces, hasta ese preciso momento en el que se haga tal declaración, que se sabrá si se accederá a esta solicitud y, por ende, se pasará a diligenciarla; puesto que, en sentido contrario, no podría comprenderse cómo, ya tramitada y ventilada tal pretensión, es al final de la audiencia en la que se declara con o sin lugar la misma.

Y, por ello, se reitera que no es la solicitud en sí la que deberá estimarse procedente o no, ya que la misma solamente es el instrumento para el ejercicio del derecho de petición y, en todo caso, para ese momento ya se habrá diligenciado, sino más bien la pretensión de sustituir la prisión preventiva o no y, con ello, acceder o denegar la libertad personal en favor de quien se formula.

Por lo que no tendría ningún sentido tramitar la petición de revisión y, al final, decidir con o sin lugar la misma, cuando ya se ha agotado su procedimiento; ya que ello implicaría, en el primer supuesto, que entonces se pasaría a revisarla, mientras que en el segundo que no se hará, no obstante que ya se llevó a cabo.

e) En el cuarto considerando, primer párrafo, se analiza el presupuesto de la definitividad que, a juicio de uno de los terceros interesados, el directamente beneficiado con el acto reclamado, no se había cumplido por los postulantes de los amparos; circunscribiéndose la Corte a señalar que, precisamente, con la apelación se agotó tal presupuesto. Ante lo cual cabe preguntarse, porque el fallo no lo aborda en ningún momento: ¿cuál hubiera sido el resultado del análisis de cumplimiento de dicho principio, si con fundamento en la doctrina legal constitucional en vigor se

hubiera hecho valer el recurso de reposición y no el de apelación?; ¿será que de igual forma se hubiera tenido por agotado el mismo o no? Existiendo una total ausencia de razonamientos al respecto, para los casos futuros.

f) En el mismo considerando cuatro del fallo, pero ahora en su cuarto párrafo, se indica que esa Corte “al efectuar un nuevo estudio del asunto, estima necesario separarse del criterio aludido” – que es el contenido en la doctrina legal que para esa fecha aún estaba vigente–; y, precisamente a partir del párrafo cinco hasta el párrafo catorce, siempre del mismo considerando cuatro, en efecto se inicia el estudio planteado, aunque en realidad no es “nuevo”, atendiendo a las referencias y citas a las que se acude, pero a los fines determinados *a priori* seguramente que sí lo es para esa corte. Siendo oportuno, en cuanto a ello, hacerse las siguientes acotaciones de carácter crítico:

- i. En el estudio –nuevo– que se hace, se invocan y citan una serie de disposiciones normativas de distinta naturaleza y fuente, aunque con un denominador común, que es: la antigua, e incluso antiquísima, vigencia y vinculatoriedad, en relación a la fecha en que se realiza el análisis. Tales como: artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 2, 13 y 14 de la Constitución Política de la República de Guatemala; artículos 13, 14, 259, 276, 277, 262, 263, 264, 264 Bis, 404 incisos 9 y 10, del Código Procesal Penal; 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 10 de la Ley del Organismo Judicial.
- ii. Derivado de lo anterior, y en ello el punto medular del análisis jurisprudencial que ahora se hace, es evidente que, aunque no se mencione de manera expresa, en realidad existe una aceptación y reconocimiento tácitos de que la doctrina legal que hasta ese momento se encontraba vigente y se había impuesto con efectos de obligatoriedad desde el propio tribunal constitucional, a través de su jurisprudencia reiterada sobre el tema, resultaba notoriamente inconventional; por contrariar estándares internacionales ya existentes en esa materia.

Y ello es trascendental enfatizarlo, ya que, como se ha venido sosteniendo desde otros ámbitos y plataformas, la jurisprudencia en general y la constitucional en particular, como actos internos de los Estados, especialmente de aquellos que son Partes del Pacto de San José y han aceptado la competencia contenciosa del tribunal interamericano, también pueden y deben estar sujetas al control difuso de convencionalidad –no solo al concentrado, en sede internacional-, pues como actos públicos de autoridad también pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado; siendo apremiante que se regule su control a lo interno.

g) En el párrafo quince del cuarto considerando de la sentencia en comento, el tribunal constitucional señala –como lo ha venido haciendo en su jurisprudencia- que la revisión de la medida de prisión preventiva podrá solicitarse “siempre que hubieren variado las circunstancias primitivas que le dieron origen”; y si bien la primera parte de dicha afirmación es acorde al texto

de la disposición normativa que así lo regula (artículo 277 del Código Procesal Penal), la segunda parte, que alude al cambio de las circunstancias primitivas “que le dieron origen”, no aparece como tal en la disposición normativa que se invoca, derivando en una mutación legal –por adición– propia del tribunal.

Lo cual, *prima facie*, pareciera no relevante, sin embargo a la postre ello impone el que, por lo común, en una audiencia de revisión de medida de coerción el juez o tribunal simplemente se circunscriban a verificar y confrontar cuáles fueron las razones legales (artículos 262 y 263 del mismo cuerpo legal) por las que se impuso la prisión preventiva y si las mismas han mutado a la fecha en la que se lleva a cabo la audiencia, o no, sin permitirse hacer ningún otro análisis fuera de lo señalado al momento de su imposición, aunque esas circunstancias primitivas *per se*, en general ya no sean las mismas.

Evidenciándose que ello se reitera por la Corte al pretender que la petición de revisión de tal medida, así como su eventual procedencia, estén supeditadas al cambio de las circunstancias “que le dieron origen”, cuando la norma jurídica expresamente se refiere, con exclusividad, solo a las “circunstancias primitivas”, cuyo cambio fáctico puede ser más variado si no se le somete a la restricción jurisprudencial precitada; puesto que, incluso, el propio avance del proceso, de por sí, conlleva ese cambio primitivo.

Verbigracia: podría ser que al momento de imponerse la prisión preventiva la persona afectada con la misma estuviera gozando de un estado de salud muy bueno, normal o generalmente aceptable, y que tal medida se haya impuesto por cualesquiera de los supuestos que contemplan los denominados “peligros procesales”; sin embargo, al pedirse la revisión de la medida se haga, más allá de que hayan variado tales supuestos normativos, por un evidente deterioro grave del estado de salud de la misma persona. Lo que conllevaría a considerarse que las “circunstancias primitivas” sí han variado, más no aquellas “que le dieron origen (SIC)”, porque pudiera darse el que, a manera de ejemplo el afectado continúe sin poder acreditar su “conducta anterior”. Debiendo tener presente que, en esta materia, la interpretación extensiva es prohibida, como la propia Corte lo acepta y reconoce al invocar a la norma que refiere al final del párrafo dieciséis.

h) En el párrafo diecisiete del mismo considerando, se hace una diferenciación baladí entre “denegación” y “restricción”, abordándose el análisis del primer término sin hacerlo en relación al segundo; por lo que, en todo caso, con esa deliberada omisión se mantiene esa doctrina legal que, a su vez, se está pretendiendo superar mediante el fallo que se está analizando, en el sentido de que al diligenciarse la petición de revisión de medida de coerción de prisión preventiva y no accederse a sustituir la misma, además de que se está denegando la libertad del procesado, lógicamente que a su vez también se le está restringiendo la misma, al mantenerlo en la misma situación jurídica.

Y, más inconsistente aún, es el hecho de que abiertamente se evada hacer tal análisis de ese segundo término y el significado y aplicación para casos como el que se resuelve, atendiendo a que en esa misma doctrina legal, de la que la Corte manifiesta que se está separando, y en la cual –como antes se refirió– tácitamente se reconoce y acepta su notoria inconventionalidad, se

ha mantenido el criterio, rigorista y cuestionable, de que la declaratoria de improcedencia de la pretensión de fondo de la revisión –aunque con el mismo yerro de considerar que es la revisión la que se declara sin lugar– no “restringe” la libertad del afectado con la misma, ya que la resolución que sí lo hizo fue la que, con anterioridad, impuso la prisión preventiva; lo cual deviene ininteligible y, sobre todo, violatorio de la forma en la que tales disposiciones deben interpretarse, al tenor de lo que determina el artículo 14 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo No. 51-92, en vigencia a partir del 1 de julio de 1994).

En todo caso, en el párrafo dieciocho, se justifica el sentido en el que –ahora- se propone entender el término “denegar”, a partir de su significado en el Diccionario de la Real Academia Española, de conformidad con lo dispuesto al respecto por el artículo 11 de la Ley del Organismo Judicial, en concatenación con el 10 de la misma; sin embargo, como antes se señaló, tales normas también son de antigua data.

Y en cuanto a ello cabe cuestionarse si hasta ahora es que puede comprenderse ese sentido semántico de dicho término, o bien desde siempre ha debido interpretarse de esa manera; y, a la vez, por qué no es posible entender también que, desde la perspectiva de esas mismas normas y su remisión expresa al diccionario en mención, el concepto “restricción” deviene aplicable para los casos en los que, diligenciada la revisión de la medida de coerción, no se acceda a la sustitución de la prisión preventiva; lo cual podría entenderse de forma indistinta, ya que una decisión así a la vez que “deniega” también “restringe” la libertad.

i) Con base en lo anterior, cabe enfatizar que el accederse a la revisión de la medida de coerción de prisión preventiva no es lo jurídico y objetivamente impugnabile mediante recurso de apelación, sino más bien la imposición de las medidas sustitutivas que de ello contingentemente pueda derivarse; sin embargo, en el párrafo veinte de ese mismo cuarto considerando del fallo, el tribunal constitucional tiende a aseverar lo contrario; en el sentido de que “...de acceder a la revisión... (SIC)”, cuando, como ya antes se indicó, por ser un derecho el solicitar tal revisión y, a la vez, estar referido –también- a otro derecho, como lo es el derecho fundamental a la libertad personal, el accederse o no a revisar la medida ni siquiera debería estar sujeto a cuestionamiento alguno, ya que ello siempre debería expedirse, independientemente de sus resultados, es decir, sin perjuicio de la decisión de fondo que se asuma, acogiendo o no la pretensión de quien la haya solicitado, sustituyendo la prisión preventiva o bien manteniéndola en vigencia.

j) Siempre en ese párrafo veinte –considerando IV– se concluye de la siguiente manera:

...Por ello, es evidente que el diseño del procedimiento establecido en el Código Procesal Penal tiende a que toda resolución que incida en la libertad de la persona pueda ser revisada por un tribunal superior, por medio de los distintos supuestos que habilitan el recurso de apelación, siendo necesario, en este caso, por la relevancia del derecho a la libertad personal y en atención al principio de igualdad, que en ambos escenarios (cuando se declare con o sin lugar la revisión de la prisión preventiva) tal decisión pueda ser revisada en alzada, estableciendo si, efectivamente, han variado o no las circunstancias primitivas y, en su caso, si es procedente el otorgamiento o confirmación de las medidas sustitutivas... (p. 32)

Tales manifestaciones de la Corte de Constitucionalidad devienen notoriamente graves, arriesgadas e innecesarias, dados los términos generales en los que están formuladas; y los cuales, dicho sea de paso, tienden a repetirse en el siguiente párrafo.

Toda vez que:

- i. Atendiendo a la propia jurisprudencia, incluso doctrina legal, de dicho tribunal, las resoluciones que sobre tal materia emitan los tribunales de sentencia, ya sea de manera colegiada o bien por medio de sus jueces en forma unipersonal, no podrán ser objeto de apelación, sino exclusivamente del recurso de reposición. Inclusive, en un fallo de la actual magistratura, del 19 de octubre de 2021, dicho criterio volvió a reiterarse, específicamente dentro del expediente 3932–2021.
- ii. De igual manera, las resoluciones que, con ocasión de peticiones de revisión de medidas de coerción, eventualmente pudieran emitirse por las Salas de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, conforme el artículo 434 del Código Procesal Penal, evidentemente que tampoco podrían ser objeto de recurso de apelación dada la propia naturaleza y jerarquía funcional de tales tribunales de apelaciones en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Incluso, el tribunal constitucional ya se ha manifestado al respecto, citando que es también el recurso de reposición, regulado en el artículo 403 de ese cuerpo legal, el idóneo para su impugnación; por ejemplo: en la sentencia dictada dentro del expediente número 3992–2020.
- iii. Por si lo anterior fuera poco, según el artículo 277 de la ley adjetiva aludida, en cualquier momento del procedimiento se tiene el derecho de pedir la revisión de la prisión preventiva (bajo las condiciones legales expresamente señaladas), por lo que, en ese orden, bien pudiera suceder que tal pretensión se hiciera valer ante la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, durante el trámite de un recurso de casación, revisión o cualesquiera otras diligencias por las que en todo caso un proceso penal pudiese llegar a su conocimiento, teniendo la obligación legal de tramitarla y resolverla; como también el tribunal constitucional lo ha referido, *verbi gratia*: sentencia dictada en el amparo en única instancia con expediente número 1731–2020.

Y, en tal orden de ideas, es evidente que, contra lo resuelto por Cámara Penal, sobre la procedencia o no de medidas sustitutivas, tampoco podría hacerse uso del recurso de apelación, por no estar establecido de esa forma, y en todo caso procedería también el mismo recurso de reposición, del cual competiría conocer a la misma Cámara de la Corte Suprema de Justicia.

- iv. De nuevo y sin motivación alguna que así lo justifique, el tribunal constitucional recurre al “principio de igualdad” para fundamentar la afirmación contenida en el párrafo veinte en mención; haciéndose una equiparación y generalización poco afortunada entre –los escenarios de– declarar “con o sin lugar la revisión de la prisión preventiva

(SIC)”. Cuando, en primer lugar, como ya se dijo no es la revisión lo que en todo caso se declara con o sin lugar, sino más bien lo que se pretende a través de la misma; y, al accederse a lo pedido serán las medidas sustitutivas lo recurrible mediante apelación, pero en el segundo supuesto será la denegatoria de la libertad lo impugnante a través de tal recurso.

- v. Inclusive, sin necesidad de acudir a la obviedad de lo confuso que resulta el que por el tribunal constitucional se invoque la necesidad de que “en alzada” se revise la resolución que, a su vez, “no accede a la revisión”, especialmente atendiendo a los supuestos relacionados con los tribunales de sentencia, salas de la Corte de Apelaciones o bien la propia Corte Suprema de Justicia a través de su Cámara Penal; resulta que, siguiendo la propia jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad, la etapa de juicio se inicia, formalmente, con la emisión del auto de apertura a juicio.

Por ende, en los casos en los que esa revisión se lleve a cabo después de emitido el mismo, pero aún ante el juez de garantías, no procedería el recurso de apelación que para todos los supuestos determina el tribunal constitucional sino más bien, por el contrario, el recurso de reposición; lo cual implicaría que sea el mismo juez quien lo conozca y no “un órgano superior”, independientemente de que “dada su trascendencia” así lo amerite (la cual, en todo caso, ha sido de siempre y no al momento de emisión del fallo). Sirva de ejemplo, el fallo emitido dentro del Expediente con número 830–2019.

- k) Siempre en el cuarto considerando, pero ahora ya en su párrafo veintidós, se relacionan una serie de “estándares internacionales en materia de derechos humanos” que, al igual que se señala anteriormente, vienen de antigua data; pues se hace mención, entre otros, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de cinco casos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos conoció y decidió, y en los que ésta dictara distintas sentencias de fondo que van desde el 7 de septiembre de 2004 hasta el 21 de octubre del 2016.

Lo que, sin perjuicio de servir de basamento para que el tribunal constitucional tome la decisión de separarse de la doctrina legal sentada con anterioridad sobre el tema citado –y más allá de que, inclusive, las transcripciones que se hacen no coincidan fielmente con el texto de los fallos invocados, especialmente en los últimos dos que se refieren–, permite evidenciar y enfatizar lo que antes se dijo; en el sentido de que, aunque no se diga expresamente ni se acepte, en realidad lo que la Corte de Constitucionalidad hace es reconocer –tácitamente– la inconventionalidad o anticonventionalidad de la que adolecía la doctrina legal sentada al respecto y vigente al momento de emitirse este otro fallo mediante el cual se separa de la misma; y, evidentemente que, por ello, no se hace alusión a una innovación jurisprudencial sino más bien exclusivamente a su separación.

- l) Ya en el párrafo veintitrés –del considerando cuatro– el tribunal manifiesta lo siguiente:

En conclusión, con fundamento en los razonamientos anteriores y basada en la facultad prevista en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, esta Corte se separa de la doctrina legal sentada en anteriores oportunidades y concluye que la declaratoria sin lugar de la solicitud de revisión de la medida de coerción personal consistente en prisión preventiva es susceptible de ser impugnada por medio del recurso de apelación, de conformidad con lo regulado en el inciso 10 del artículo 404 del Código Procesal Penal. (p. 35).

Coligiéndose que, en lugar de hacer las salvedades que hubiesen delimitado y precisado el sentido de su razonamiento y la decisión, la Corte se circunscribe a concluir con las mismas generalidades antes señaladas, especialmente en cuanto a que “la declaratoria sin lugar de la solicitud de revisión de la medida de coerción personal consistente en prisión preventiva es susceptible de ser impugnada por medio del recurso de apelación”, lo cual, como antes se mencionó, provoca inseguridad e incerteza jurídicas; puesto que, *prima facie*, se entiende que puede declararse sin lugar el ejercicio de un derecho -como lo es el de petición- y que, en todo caso, tal declaratoria es lo recurrible, cuando al tenor de la propia disposición jurídica referida lo es la denegatoria o restricción de la libertad.

Incurriendo, entre otras, en las mismas falencias –ya antes relacionadas– de considerar y regular:

- i. Que la petición de revisión de la prisión preventiva puede ser declarada “sin lugar”, a pesar de concernir al irrestricto despliegue de un derecho que, a su vez, conlleva el ejercicio subyacente de otro de índole fundamental, como lo es la libertad personal.
- ii. Que, en todo caso, es precisamente esa misma declaratoria (sin lugar) lo apelable, cuando en realidad lo es la denegatoria o restricción que a través de la misma se tiende a decidir con relación a la “libertad” de la persona afectada con la prisión preventiva. Comprometiéndose así el principio de legalidad en materia recursiva, ya que el artículo 404, numeral 10, del Código Procesal Penal, no establece este supuesto de apelabilidad, y ello violentaría lo prescrito en el artículo 398 del mismo cuerpo legal, en cuanto a que se puede recurrir “solo por los medios y en los casos expresamente establecidos”.
- iii. Sin hacerse ninguna salvedad o aclaración sobre los demás supuestos en los que, como ya se indicó anteriormente, por disposición normativa e inclusive por la propia jurisprudencia emanada del tribunal constitucional, no podría recurrirse por apelación; especialmente atendiendo a la naturaleza o jerarquía del tribunal que no haya accedido a imponer otras medidas de coerción personal en sustitución de la privación de libertad.

m) En el considerando –V–, primer párrafo, se considera “idóneo el recurso de apelación resuelto en el acto reclamado” (Pág. 35), y de nuevo sin ninguna salvedad o aclaración oportuna; a pesar de que, partiendo del propio contenido del fallo de la Corte y, sobre todo de los antecedentes relacionados en el mismo, es obvio que, al momento en que se emitiera el acto reclamado la doctrina legal vigente preestablecía todo lo contrario y, además, resultaba obligatoria para la sala de apelaciones que conoció de la apelación, así como para la cámara respectiva al conocer en primer grado del amparo.

Con ello, se tiende a darle efectos –al nuevo criterio jurisprudencial– para regular una situación fáctica anterior a su vigencia y, para la cual, existía una doctrina legal distinta en vigor. La que – como antes se señaló– de parte de la Sala de Apelaciones y Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia se inobservó abiertamente, y sin ninguna argumentación que así lo tendiera a justificar de manera clara y precisa.

Lo cual deja entrever que el tribunal constitucional le otorga efectos retroactivos a una sentencia que, en todo caso, debería regir para casos futuros y para situaciones tuteladas por otro criterio jurisprudencial vinculante, independientemente a lo errado del anterior y su notoria inconventionalidad evidenciada en este trabajo, sin hacer ninguna salvedad o exponer motivación alguna que así lo coadyuve; incurriendo en una serie de falencias.

Y, peor aún, es que no se haga ningún pronunciamiento en cuanto a todos aquellos otros casos que entre la fecha del acto reclamado y la del nuevo fallo de la corte se conocieron y resolvieron respetando la doctrina legal constitucional -obligatoria- que estaba vigente; lo cual, en efecto, sí podría provocar una evidente violación al principio de igualdad. Pues ni siquiera se hace mención alguna en relación a la inobservancia de esa doctrina por la Sala y Cámara aludidas y las razones que, a pesar de ello, tienden a legitimarla; limitándose a indicar -en el siguiente párrafo- que la decisión de la Sala fue motivada y debidamente fundamentada, actuando en el ejercicio de sus facultades.

No obstante que, inclusive, tres de los magistrados constitucionales que suscribieron el fallo que contiene el nuevo criterio jurisprudencial, también fueron de los que firmaron sendas sentencias anteriores en los que se determinó, reiteró, avaló y legitimó el criterio –inconventional– anterior, pero sin ni siquiera emitir los votos razonados que aclararan su cambio de criterio jurídico al respecto; no pudiéndose solo presumirlo o suponerlo.

n) En el séptimo y último párrafo del considerando –V–, la Corte de Constitucionalidad afirma: “...se concluye que la autoridad reprochada, al emitir el acto reclamado, no ocasionó agravio alguno a las entidades postulantes, por lo que los amparos solicitados deben denegarse por notoriamente improcedentes...”. (p. 38).

Sin embargo, se termina el análisis del caso concreto y en ningún momento se aborda el hecho de que, al momento del planteamiento de los amparos y de las resoluciones de la Sala y Cámara antes mencionadas, la doctrina legal constitucional vigente sobre el *quid iuris* era totalmente contraria; y, por ende, desde esa óptica los amparos resultaban congruentes con la misma. Y, a pesar de declararse dicha improcedencia notoria de los mismos, se confirmó la exoneración en costas e imposición de multa, no obstante que, bajo tales condiciones, el artículo 46 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad obliga a su imposición; lo que denota lo impropio de tal calificación.

o) Finalmente, aunque no por eso menos importante que las reflexiones anteriores, está el hecho de que: no obstante que en la sentencia comentada constante y reiteradamente se hace mención de la relevancia, importancia, trascendencia y demás de la resolución judicial que –después de

diligenciar la solicitud de revisión de medidas de coerción– no accede a sustituir la prisión preventiva a través de la imposición de medidas sustitutivas de la misma, “denegando” o bien “restringiendo” la libertad personal de la persona afectada, lamentablemente la Corte de Constitucionalidad, en el caso concreto, no hizo uso de la facultad de disponer la publicación de sus fallos de interés, como bien lo hubiera podido hacer en el presente; partiéndose precisamente de la importancia del derecho fundamental subyacente de que se trataba el fondo del asunto que se estaba conociendo y decidiendo, es decir del derecho a la libertad personal mientras dura el trámite de un proceso penal, en resguardo del principio de la presunción de inocencia.

Lo anterior devenía imprescindible, para los efectos positivos y jurisprudenciales que con el nuevo criterio del tribunal constitucional se esperan, atendiendo a lo establecido –entre otros– especialmente en los artículos 43 y 182 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y, a su vez, los artículos 47 y 59 del Acuerdo 1–2013 emitido por la propia Corte de Constitucionalidad (“Disposiciones reglamentarias y complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad”). Especialmente si, con dicho criterio, se pretende crear –como se esperaría–, *a posteriori*, doctrina legal con efectos vinculantes generales, al tenor del artículo 43 de la precitada ley constitucional.

Si el propio tribunal constitucional refiere en su fallo que el criterio jurisprudencial del que ahora se separa, viene de sentencias emitidas en expedientes de 2013 en adelante y, cronológicamente, la sentencia más antigua de las que se citan fue dictada ocho años antes –aproximadamente–, es evidente que resultaba importante poder darle la mayor publicidad posible a este nuevo criterio adoptado; con el propósito de que, las distintas autoridades y especialmente los jueces y magistrados con competencia penal, tuvieran presente que la doctrina legal anterior ya no es obligatoria por ser notoriamente inconventional –a pesar que tal anomalía jurisprudencial nunca se haya reconocido–; tomando en cuenta que, como es sabido, uno de los efectos y propósitos formales de la jurisprudencia en general y de la constitucional en particular es, precisamente, lograr la uniformidad de los criterios judiciales, con el afán de propugnar por su predictibilidad.

Dado que se corre el riesgo inminente de que mientras se va teniendo conocimiento del cambio, la jurisprudencia anterior se continúe aplicando, con la consabida violación de derechos para los justiciables; haciendo nugatorios los efectos pretendidos con tal fallo y viabilizando que ello deba necesariamente resolverse por la justicia constitucional y no por jueces de la jurisdicción ordinaria, como legítimamente correspondería hacerlo. Atendiendo a que con el único fallo emitido y ahora analizado no se establece doctrina legal y, como consecuencia, no es obligatoria su observancia y aplicación a otros casos concretos, por los demás jueces, magistrados y/o tribunales del Estado de Guatemala.

Conclusiones

Como ha podido advertirse con todo lo anteriormente descrito y relacionado, no obstante que, en sentencias como la comentada, se asuma una decisión de fondo acorde a los compromisos internacionales que el Estado ha adquirido en materia de derechos humanos, ello no debe servir de pretexto para ignorar otros aspectos, formales y sustanciales, que es necesario abordar al momento de hacer uso de esa facultad que se ostenta, para prever cualesquiera vicisitudes al respecto.

En el caso concreto mencionado, según el análisis ya realizado, es evidente que si bien el tribunal constitucional realiza una separación de su doctrina legal anterior y, con ello, sienta un nuevo criterio sobre el tema subyacente de fondo, como lo era el de la admisibilidad de la apelación contra el auto que, al revisar la medida de coerción de prisión preventiva, decide no acceder a la sustitución de la misma por otras menos gravosas; así también lo es que, a pesar de la razonabilidad evidente del cambio jurisprudencial impulsado, la Corte omite hacer el examen y pronunciamiento correspondiente en relación a otros aspectos de interés que, a su vez, quedan en total incertidumbre.

Así, aunque reiterando que se comparte totalmente el criterio actual que se adoptara por el tribunal, con el estudio llevado a cabo en el presente comentario jurisprudencial es factible afirmar que –como ya se ha dicho con antelación y en distintos ámbitos– es un hecho la concurrencia de jurisprudencia inconvencional; y, por su parte, la constitucional no se encuentra exenta de dicho vicio. Siendo necesario que, a lo interno de los Estados, existan mecanismos jurídicos que permitan ejercer un adecuado control de su convencionalidad y, atendiendo al caso, declarar su inaplicación.

Entonces, el comentario crítico desarrollado tiene como objetivo evidenciar las falencias de diversa índole concurrentes en la sentencia mencionada, las que, por más positiva que resulte la nueva tesis de fondo sustentada, dadas las diversas circunstancias que pueden aún darse y que dejaron de considerarse en la misma, podrían deslegitimar cualquier doctrina legal que, a partir de su interpretación y reiteración, pudiera sentarse sobre un asunto relacionado a la libertad personal.

Por lo que, en consecuencia, será en el juzgamiento de casos concretos futuros que podrán verse reflejados los efectos –negativos– de la falta de atención prestada a temas subyacentes o bien paralelos, atendiéndose a la relevancia de los derechos que estaban en discusión, así como a las consecuencias que para otros casos similares podrían derivar; ya que las deducciones o inducciones realizadas, sin la previa estimación de los resultados que las generalizaciones o particularizaciones hechas para justificar la separación de la doctrina legal previa implican, sin lugar a dudas tenderán a crear una serie de conflictos que se hubieran podido evitar; resguardándose la seguridad jurídica.

Referencias

- Asamblea Nacional Constituyente (1985, 31 de marzo). *Constitución Política de la República de Guatemala*. Diario de Centro América.
- Asamblea Nacional Constituyente (1986, 14 de enero). *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, Decreto 1-86. Diario de Centro América.
- Cárdenas, E. (2022). *Hacia una administración de justicia convencionalizada*. Editorial Porrúa [Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional].
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969, 7 al 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos [“Pacto de San José de Costa Rica”]*. Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.
- Congreso de la República de Guatemala (1989, 10 de enero). *Ley del Organismo Judicial*, Decreto 2-89. Diario de Centro América.
- Congreso de la República de Guatemala (1992, 28 de septiembre). *Código Procesal Penal*, Decreto 51-92. Diario de Centro América.
- Corte de Constitucionalidad (2013, 9 de diciembre). *Disposiciones reglamentarias y complementarias a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, Acuerdo 1-2013. Diario de Centro América.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2019). *Sentencia de apelación de sentencia de amparo*, Expediente 830-2019, de 15 de julio.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2021). *Sentencia de amparo en única instancia*, Expediente 1731-2020, de 24 de febrero.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2021). *Sentencia de apelación de sentencia de amparo*, Expediente 3932-2021, de 19 de octubre.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2021). *Sentencia de apelación de sentencia de amparo*, Expediente 3992-2020, de 30 de noviembre.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala (2022). *Sentencia de apelación de sentencia de amparo*, Expediente 907-2021, de 6 de julio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos. El cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corte IDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Sentencia del Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, con Voto razonado del juez Sergio García Ramírez*, de 25 de noviembre.

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

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, de 24 de noviembre.

Ferrer, E. (2016). *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional* (1ª reimp.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Marcial Pons.

Jefe del Gobierno de la República de Guatemala (1963, 14 de septiembre). *Código Procesal Civil y Mercantil*, Decreto Ley 107. Diario de Centro América.

Trucco, M. (2021). *Control de convencionalidad (En pocas palabras). Herramientas para su aplicación en el Derecho Interno de los Estados*. Editorial DUNKEN.

Villalba, P. (2015). Ajustes de convencionalidad: Las nuevas coordenadas. En Osvaldo, Gozaíni (Director), *El control de constitucionalidad en la democracia* (pp. 181-236). EDIAR.

Zaldívar, A. (2014). Jurisprudencia constitucional. En Ferrer Mac-Gregor, E., Martínez Ramírez, F. y Figueroa Mejía, G. (Coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (Tomo II), (pp. 820-821). Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

<https://cc.gob.gt>

<https://www.corteidh.or.cr>

Derechos de Autor (c) 2023 Estuardo Cárdenas



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](#) - [Textocompleto de la licencia](#)

Opus Magna Constitucional
Tomo XX
ISSN: 2707-9856
Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional
Guatemala, 2022 – 2023
<https://opusmagna.cc.gob.gt>

**VULNERACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS DERIVADAS DE
LA PROHIBICIÓN DE OTORGAR MEDIDAS SUSTITUTIVAS**

*HUMAN RIGHTS VIOLATIONS RESULTING FROM THE ALTERNATIVE
MEASURES PROHIBITION*

Pedro José García Natareno y Karina Maribel Saquic Riquiac



<https://doi.org/10.37346/opusmagna.v20i1.123>

RECIBIDO: 31/05/2023
ACEPTADO: 28/09/2023
PUBLICADO: 16/10/2023

Vulneraciones a los derechos humanos derivadas de la prohibición de otorgar medidas sustitutivas

Human rights violations resulting from the alternative measures prohibition

Pedro José García Natareno*
CUNOC-USAC

Karina Maribel Saquic Riquiac**
CUNOC-USAC

Recibido: 31/05/2023

Aceptado: 28/09/2023

Publicado: 15/10/2023

Resumen: En Guatemala la prisión preventiva es un medio de coerción personal por el cual se restringe el derecho a la libertad y tiene por objeto asegurar la presencia del sindicado dentro del proceso instituido en su contra, no obstante, para su aplicación el juez deberá analizar de forma razonable, si existe alguna otra medida menos lesiva que pueda sustituir la imposición de la prisión preventiva; la falta de ponderación de los derechos humanos del sindicado acarrearía una serie de vulneraciones a derechos convencionalmente valiosos. A pesar de ello, Guatemala adiciona y reforma el artículo 264 del Código Procesal Penal, en el cual se enlista un abanico de delitos en los que de forma taxativa se prohíbe el otorgamiento de alguna otra medida sustitutiva legalmente reconocida, siendo la prisión preventiva la única medida aplicable a quienes resultan sindicados de la comisión de uno de dichos delitos, resultando esta acción contraria a las garantías procesales plenamente reconocidas, teniendo como consecuencia la vulneración de derechos humanos tales como el derecho a la presunción de inocencia, el principio *favor libertis* y el principio de proporcionalidad, los cuales son garantías que se encuentran estrechamente vinculadas a la prisión preventiva como medida de aplicación de última instancia.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario egresado del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala, cuenta con diplomados en materia de Derechos Humanos, ha participado en diversas competencias en materia de Derechos Humanos y Derecho Constitucional a nivel nacional e internacional, siendo acreedor de diversos premios y reconocimientos. El autor declara que no tiene conflicto de interés y que la investigación se realizó con fondos propios. Correo electrónico: natareno6p@gmail.com

** Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala; Maestría en Derecho Penal del Centro Universitario de Occidente de la Universidad de San Carlos de Guatemala; perteneció al programa de pasantías de la Organización de los Estados Americanos, Washington DC; integrante de la Organización Internacional no Gubernamental “Iniciativa Americana por la Justicia”, cuenta con diplomados en Derechos Humanos, ha participado en diversas competencias en materia de Derechos Humanos y Derecho Constitucional a nivel nacional e internacional, siendo acreedora de diversos premios y reconocimientos. La autora declara que no tiene conflicto de interés y que la investigación se realizó con fondos propios. Correo electrónico: ks450860@gmail.com

Palabras clave: Derechos humanos, prisión preventiva obligatoria, medidas sustitutivas, Derecho procesal penal, garantías judiciales.

Abstract: *In Guatemala, pre-trial detention is a means of personal coercion which restricts the right to liberty and is intended to ensure the presence of the accused in the proceedings instituted against him, however, in order to be applied, the judge must make a reasonable assessment of whether there is any other less injurious measure that could replace the imposition of pre-trial detention; the lack of human rights weighting of the accused would entail a series of conventionally valuable rights violations, to this end, it is of the utmost importance to stress that accused persons enjoy a display of human rights which States, through the courts, are obliged to guarantee, otherwise, it would entail a series of violations of conventionally valuable rights, despite this, Guatemala adds and amends article 264 of the Code of Criminal Procedure, which lists a range of offences in which the granting of any other legally recognized alternative measure is strictly prohibited, Pre-trial detention is the only measure applicable to those accused of committing such offences; resulting in the human rights violation such as the right to the presumption of innocence, the pro-liberties principle and the principle of proportionality, which are guarantees closely linked to pre-trial detention as a measure of last resort.*

Keywords: *Human Rights, mandatory preventive detention, alternative measures, criminal procedure law, judicial guarantees.*

Sumario

· Introducción · Prisión preventiva · Medidas sustitutivas · Derechos humanos que limitan la prisión preventiva · Mecanismos para garantizar los derechos humanos frente a la prisión preventiva · Conclusiones · Referencias

Introducción

Las garantías se han entendido continuamente como aquellas obligaciones de los Estados que tienen el objeto de asegurar la plena observancia de los derechos de los individuos, protegiendo la tutelaridad y eficacia de estos en todos los ámbitos, que deben ser observadas en todo su territorio, por cualquier autoridad, particularmente por los órganos jurisdiccionales.

En materia penal, estas garantías forman parte del cúmulo de lineamientos o medios judiciales idóneos que consisten en los derechos convencional y constitucionalmente reconocidos y garantizados, los que deben de entenderse como aquellas circunstancias previamente establecidas por la ley penal, así como por la jurisprudencia adoptada por la propia Corte de Constitucionalidad de Guatemala y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En aras de garantizar la titularidad de los derechos de los sindicados, principalmente el derecho a la libertad, el Estado de Guatemala crea la figura jurídica de la medida sustitutiva como un

medio para reemplazar la privación de libertad por la libertad condicionada a determinados supuestos, puesto que la prisión preventiva debe de entenderse como una medida precautoria para asegurar la permanencia del sindicado en el proceso, mas no debe de adoptarse como una medida punitiva o castigadora, ya que el derecho a la libertad y el derecho a la presunción de inocencia resultan la base de la construcción de un Estado garantista de derechos.

Lamentablemente Guatemala, al adicionar y reformar el artículo 264 del Código Procesal Penal dirige la aplicación de la prisión preventiva a una medida punitiva y arbitraria puesto que de oficio los jueces dictan auto de prisión sin antes considerar alguna otra medida menos lesiva y que resulte proporcional al caso en concreto, lo que desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta en violaciones a las garantías penales y, por tanto, a los derechos humanos de las personas que se someten a un proceso penal, violentando y contradiciendo disposiciones constitucionales y convencionales, incluso se puede observar que la propia legislación se contradice al apuntar el favorecimiento de la libertad y luego adoptar estas medidas contrarias a la libertad personal.

El objetivo del presente trabajo es analizar las disposiciones relativas a la prisión preventiva que se encuentran contenidas en diversos instrumentos normativos, tales como la legislación vigente de Guatemala, las disposiciones de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el Estado de Guatemala y la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el propósito de establecer si las disposiciones legales que impiden el otorgamiento de medidas sustitutivas son lesivas a derechos humanos.

Para el efecto se ha utilizado principalmente el método analítico, recolectando y evaluando diverso material legislativo, doctrinario y jurisprudencial con el propósito de descomponer sus elementos esenciales. Asimismo, se ha utilizado el método inductivo, el cual nos permite llegar a conclusiones generales a partir de premisas particulares.

El presente trabajo se encuentra dividido en cuatro apartados, el primero de ellos analiza las generalidades de la prisión preventiva, el segundo apartado establece las generalidades de las medidas sustitutivas, en tercer lugar, se encuentra el abordaje de los derechos humanos que limitan y regulan la utilización de la prisión y, por último, el cuarto apartado aborda los mecanismos que posibilitan garantizar los derechos humanos en la aplicación de una prisión preventiva.

Finalmente, se ha llegado a dos conclusiones principales. La primera consiste en afirmar que los artículos de la legislación procesal penal guatemalteca que impiden la concesión de medidas sustitutivas en determinados supuestos, por ende, obligan al Juez a imponer la prisión preventiva sin ninguna alternativa, son violatorios a derechos humanos, al vulnerar diversas garantías penales, y jurisprudencia en materia de Derechos Humanos. La segunda conclusión a la que se ha arribado, es que al ser violatorias a los Derechos Humanos las disposiciones normativas que impiden la concesión de medidas sustitutivas en determinados supuestos, los jueces están facultados a inobservar e inaplicar estas normas, como consecuencia están autorizados para conceder medidas sustitutivas en todos los casos sometidos a su conocimiento, siempre y cuando

no exista el peligro de fuga o de obstaculización a la averiguación de la verdad que amerite la privación de la libertad.

1. La prisión preventiva

Es importante iniciar señalando que la prisión preventiva es una institución que podemos encontrar regulada en diversos instrumentos legales, en la Constitución Política de la República de Guatemala se regula en el artículo 14, el cual establece que no podrá dictarse auto de prisión, ósea prisión preventiva, sin la existencia de información relacionada a la comisión de un delito y sin que existan motivos racionales de suficiente peso para creer que la persona detenida lo ha cometido o a participado en el hecho delictivo.

En los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos la prisión preventiva se regula de la siguiente manera:

- El artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la libertad de una persona podrá estar condicionada a algunas garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, aunque esta disposición no es absolutamente clara podemos extraer que dentro de esas garantías que pretenden asegurar la presencia de una persona en el juicio, en el caso guatemalteco podemos encontrar la prisión preventiva, así como las diversas medidas sustitutivas.
- En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se regula con mayor claridad esta institución, en la segunda parte del artículo 9.3 que establece que la prisión preventiva de las personas que van a ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en todo caso, para la ejecución del fallo. Este artículo señala cuestiones muy relevantes, pero una de las cuestiones que debemos resaltar es que le da la característica de excepcional a la prisión preventiva.

La prisión preventiva se encuentra principal y ampliamente regulada en el Código Procesal Penal, en la Sección Primera: Coerción Personal del Imputado, del Capítulo VI: Medidas de Coerción, en los artículos 259 a 269. El artículo 259 en forma similar a los artículos mencionados anteriormente, establece varios elementos a destacar, en primer lugar, que la prisión preventiva se podrá ordenar después de oír al sindicado, en segundo lugar, cuando medie información sobre la existencia de un hecho punible y motivos racionales suficientes para creer que el sindicado lo ha cometido o ha participado en él, y en tercer lugar, que la libertad no debe restringirse sino en los límites indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso.

En el artículo 261 del Código Procesal Penal¹ se regulan los casos en los que no podrá imponerse la prisión preventiva: en los casos de delitos menos graves, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad, y en el caso de delitos que no tengan prevista pena privativa de la libertad o cuando no se espera dicha sanción en el caso concreto.

Sobre el peligro de fuga y el peligro a la obstaculización de la averiguación de la verdad, los artículos 262 y 263 del Código Procesal Penal establecen los parámetros para decidir y establecer la existencia de estos peligros. Para establecer el peligro de fuga se deben considerar las circunstancias siguientes: a) arraigo en el país, el que se determina por el domicilio, la residencia habitual, el asiento de la familia, los negocios o trabajo y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; b) la pena que se espera como resultado del proceso; c) la importancia del daño a resarcir, y la actitud que el sindicado adopta frente a él; d) el comportamiento del sindicado durante el procedimiento, o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal; y, e) la conducta anterior del imputado.

El peligro de obstáculo a la averiguación de la verdad se establecerá cuando exista grave sospecha de que el imputado podrá: a) destruir, modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba; b) influir para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de forma desleal o reticente; y, c) inducir a otros a realizar tales actos.

La ley procesal penal guatemalteca en el artículo 260 también establece la forma en que se debe dictar la prisión preventiva, y es a través de un auto que se denomina de prisión y cuyo contenido mínimo debe contener los datos personales que permitan identificar al imputado, explicación breve y concisa del hecho o los hechos que se le atribuyen, los fundamentos con la indicación de los presupuestos que motivan la medida y la cita de disposiciones legales aplicables.

Respecto del momento en que se dicta la prisión preventiva, como se vio anteriormente, solo se puede ordenar luego de oír al sindicado, la cuestión sería entonces establecer en qué momento se oye al sindicado, para ello debemos remitirnos al artículo 82 del referido cuerpo legal que regula el desarrollo de la audiencia de primera declaración, específicamente a los numerales 4 y 5. El numeral 4 señala que dentro del trámite de la audiencia de primera declaración el juez deberá conceder la palabra al fiscal y al defensor para que demuestren y argumenten sobre la posibilidad de ligar a proceso al sindicado, debiendo el juez resolver de forma inmediata, y, por su parte, el numeral 5 establece que el juez dará nuevamente la palabra al fiscal y al defensor para que demuestren y argumenten sobre la medida de coerción, debiendo el juez resolver de forma inmediata, en otras palabras la prisión preventiva, así como las otras medidas de coerción

¹ ARTÍCULO 261.- Casos de excepción. En delitos menos graves no será necesaria la prisión preventiva, salvo que exista presunción razonable de fuga o de obstaculización de la averiguación de la verdad. No se podrá ordenar la prisión preventiva en los delitos que no tengan prevista pena privativa de libertad o cuando, en el caso concreto, no se espera dicha sanción.

conocidas como medidas sustitutivas, se dictaran en la audiencia de primera declaración luego de haberse dictado el auto de procesamiento del sindicado.

El cese de la prisión preventiva, de acuerdo al artículo 268 del Código Procesal Penal se dará cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no subsisten los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida, cuando su duración supere o equivalga a la condena que se espera, considerando incluso reglas penales relativas a la remisión o suspensión de la pena o a la libertad anticipada, o cuando su duración exceda de un año, pero si se hubiera dictado sentencia condenatoria pendiente de recurso, podrá durar tres meses más.

En ese mismo artículo se regula lo relativo a la prórroga de la prisión preventiva, autorizando a las Salas de la Corte de Apelaciones a prorrogar los plazos de prisión preventiva cuantas veces sea necesario fijando el plazo de la prórroga concedida, esta prórroga la decretarán las Salas a solicitud de jueces de paz, jueces de instancia, tribunales de sentencia o el Ministerio Público, en el caso de los procesos sometidos a la competencia de los juzgados de paz la prórroga no podrá concederse más de dos veces, en los casos en los que se dictó sentencia condenatoria la prisión preventiva podrá prolongarse durante la tramitación y resolución del recurso de apelación especial.

En los casos sometidos al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, de oficio o a solicitud de las Salas de Corte de Apelaciones o el Ministerio Público podrá autorizarse que los plazos sean prorrogados cuantas veces sea necesario, fijando el tiempo concreto de las prórrogas, así como podrá dictarse las medidas necesarias para acelerar el trámite del procedimiento y quedará a su cargo el examen de la prisión.

2. Medidas sustitutivas

Un tema que está íntimamente relacionado es el de las denominadas medidas sustitutivas, que tienen por objeto ser aplicadas en los casos en los que no se utiliza la prisión preventiva, las cuales, de acuerdo con el artículo 264 del Código Procesal Penal, se impondrán siempre que el peligro de fuga o de obstaculización a la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por la aplicación de una medida menos grave para el imputado.

El juez o tribunal podrá imponer una o varias de las siguientes medidas: a) el arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia o con la que disponga el tribunal; b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de persona o institución determinada, quien deberá informar periódicamente al tribunal; c) la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o autoridad que se designe; d) la prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad, o del ámbito territorial que fije el tribunal; e) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; f) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, mientras no afecte el derecho de defensa; g) la prestación de una caución económica, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o

más personas idóneas; pudiendo los jueces auxiliarse de cualquiera de los medios de control telemático si a su juicio lo ameriten.

Incluso se establece que, en casos especiales, se podrá prescindir de toda medida de coerción cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización a la averiguación de la verdad; sin embargo, también encontramos el otro extremo porque, de acuerdo con la legislación procesal penal guatemalteca, existen procesos en los cuales no es posible otorgar ninguna medida sustitutiva, es decir, en los que la prisión preventiva es la única opción.

Los procesos en los que se prohíbe legalmente la concesión de una medida sustitutiva son aquellos procesos instaurados en contra de reincidentes o delincuentes habituales, por homicidios dolosos, asesinatos, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro, sabotaje, robo agravado, al reincidente por los delitos de portación ilegal de arma de fuego de uso civil y/o deportivas, tenencia o portación de arma de fuego con número de registro alterado, borrado o no legalmente marcada por la DIGECAM, adulteración de medicamentos, producción de medicamentos falsificados, productos farmacéuticos falsificados, dispositivos médicos y material médico quirúrgico falsificado, distribución y comercialización de medicamentos falsificados, productos farmacéuticos falsificados, medicamentos adulterados, dispositivos médicos y material médico quirúrgico falsificado y establecimientos o laboratorios clandestinos. Hay que agregar los delitos contenidos en el Capítulo VII de la Ley contra la Narcoactividad, y el delito de femicidio de conformidad con el artículo 6 de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer.

Es importante mencionar también que, además de estas disposiciones legales, se debe tomar en cuenta que, en utilización del control de convencionalidad, a la hora de aplicar cualquier medida de coerción es necesario que se cumpla con lo que establece la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha determinado parámetros para su aplicación. Dicha Corte ha fijado que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de cometer un delito, motivo por el cual su aplicación está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad (Corte IDH, 2019, Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú, párr. 200).

Además, ha establecido que la autoridad judicial tiene la obligación de hacer un juicio de proporcionalidad al momento de imponer una medida privativa de la libertad (Corte IDH, 2019, Caso Jenkins vs. Argentina, párr. 76). Reconociendo la naturaleza como medida cautelar y no como medida punitiva (Corte IDH, 2009, Caso Usón Ramírez, párr. 144). Más adelante profundizaremos en la vasta jurisprudencia de la Corte Interamericana en esta materia.

3. Derechos Humanos que limitan la prisión preventiva

Anteriormente hemos hecho un esbozo de las disposiciones normativas legales que regulan la prisión preventiva y las medidas sustitutivas en el ordenamiento jurídico guatemalteco, en este

apartado se analizarán diversas disposiciones relativas a alcances en materia de derechos humanos que se deben observar en la aplicación de la prisión preventiva. Especialmente las disposiciones contenidas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual es el órgano encargado de interpretar las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y su jurisprudencia es de obligatorio cumplimiento en virtud del control de convencionalidad, el que ha sido reconocido y aplicado por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Es necesario primero establecer que algunos autores apuntan que las garantías son técnicas de tutela o protección de derechos, pero particularmente de derechos fundamentales, las cuales han sido creadas atendiendo al peligro de que, en su ausencia, el derecho que protegen pueda ser violado (Ferrajoli, 2016, p.22). De forma que podemos encontrar distintos tipos de garantías, dentro de las cuales encontramos las garantías penales, las que exigen que la definición legislativa del delito, así como su comprobación en cada caso concreto, por el órgano jurisdiccional estén sujetas a determinados límites que ajusten la decisión a concretas condiciones epistémicas, las que pueden clasificarse en sustantivas o procesales (Kohn, 2023, p.45).

Algunos autores como el profesor Caro Coria, utilizan el término garantías constitucionales del proceso penal, entendido este como el conjunto de principios, derechos y libertades fundamentales que se encuentran reconocidos por la Constitución y por tratados internacionales, cuya finalidad es otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica, así como mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado (Caro Coria, 2006, p.1028). De lo anteriormente indicado, se puede entender que este tipo de garantías tienen como objeto dos fines: equilibrio de intereses (búsqueda de la verdad material vs. derechos fundamentales del imputado) y limitación del poder estatal.

En ese sentido, se puede concluir que las garantías penales son todos aquellos mecanismos, cualquiera que sea su nombre, que la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la ley establecen, que limitan el *ius puniendi* del Estado, exigiendo que la definición legal del delito esté limitada a determinados supuestos, así como sujetando la función judicial al cumplimiento de determinados derechos a favor del imputado, con el objeto de garantizarle sus derechos fundamentales e impedir abusos por parte del Estado en la búsqueda de la verdad material.

Habiendo esbozado brevemente lo relativo a las garantías en forma general y posteriormente a las garantías penales específicamente, es importante pasar a analizar concretamente las garantías que limitan y sujetan a la prisión provisional, dentro de las que están estrechamente vinculadas a la prisión preventiva se encuentran algunos derechos y principios tales como: el derecho a la presunción de inocencia, el principio de proporcionalidad, y el principio *favor libertatis*, los que se encuentran contenidos tanto en nuestra Constitución, como en tratados internacionales y en el Código Procesal Penal.

Iniciando con la presunción de inocencia, la Constitución de Guatemala en el artículo 14 reconoce este derecho fundamental, indicando que toda persona se considera inocente en tanto no haya sido declarada responsable judicialmente por medio de sentencia debidamente ejecutoriada. De forma similar se expresa la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estableciendo que el inculpado de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no haya sido establecida su culpabilidad legalmente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado y analizado este derecho desde tres distintos puntos de vista:

1. Como regla de trato: en este sentido la presunción de inocencia implica que, las autoridades estatales deben abstenerse de condenar aun informalmente a una persona o inclusive emitir un juicio ante la sociedad, coadyuvando a crear una opinión pública de culpabilidad de la persona, mientras no se determine de conformidad con la ley su responsabilidad penal (Corte IDH, 2004, Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, párr. 160); asimismo implica imparcialidad por parte de los jueces, con la finalidad de que estos no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el sindicado es culpable de lo que se le imputa (Corte IDH, 2020, Caso Petro Urrego Vs. Colombia, párr. 125.)
2. Como regla de juicio y de prueba: en esta vertiente la presunción de inocencia se debe de respetar en dos aspectos, el primero, que nadie puede ser declarado culpable a menos que exista plena prueba que determine su responsabilidad, y en caso de prueba incompleta o insuficiente es procedente absolver y no condenar, y el segundo aspecto, respecto a la carga de la prueba, la cual le corresponde a quien acusa, y el acusado no debe de demostrar que no es responsable de lo que se le atribuye, no existiendo obligación respecto al acusado de demostrar su inocencia ni aportar prueba de descargo. (Corte IDH, 2021, Caso Grijalva Bueno Vs. Ecuador, párrs. 114 y 119).
3. Por último, la Corte ha abordado su vinculación con la prisión preventiva: de la presunción de inocencia se deriva que la prisión preventiva no debe ser la regla general sino la excepción, por ello el Estado no puede restringir la libertad más allá de lo que fuere estrictamente necesario, puesto que si lo hace de forma desproporcionada se estaría adelantando la pena y la prisión preventiva es cautelar no punitiva (Corte IDH, 1997, Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo, párr. 77). La relación de este derecho con la prisión preventiva también radica en el hecho de que los motivos que justifican la prisión preventiva no se presumen, sino que tienen que ser probados por quien acusa, a través de circunstancias objetivas y ciertas en cada caso concreto (Corte IDH, 2021, Caso González y otros Vs. Venezuela, párr. 102).

Respecto al principio de proporcionalidad, este ha sido entendido como un elemento útil para definir lo que ha de ser la intervención en materia penal tratando de equilibrar entre el interés de la sociedad de imponer a una persona una medida de carácter penal, necesario y suficiente para la represión y prevención de los delitos, y el interés del individuo de una garantía que no sufrirá un castigo que exceda del límite del mal causado, en otras palabras la proporcionalidad busca la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi* (Fuentes, 2008, p.19). El principio de proporcionalidad busca que la pena o sanción a la que se enfrente una persona como

responsable de un hecho delictivo sea correspondiente a la gravedad del delito y el nivel de participación de la persona en la actividad delictual, pero por otra parte busca humanizar la ejecución de la pena modulando la violencia a la que el Estado está habilitado en los tipos y ejecución de las penas. La legislación guatemalteca reconoce este principio al señalar en el artículo 14 del Código Procesal Penal que, las medidas de coerción (dentro de las cuales se encuentra la prisión preventiva) que se le pueden imponer al imputado deben ser proporcionales a la pena o medida de seguridad o corrección que se espera como consecuencia del proceso penal.

La Corte Interamericana también ha tenido oportunidad de referirse a la relación entre el principio de proporcionalidad y la prisión preventiva de la manera siguiente: el principio de proporcionalidad limita a la prisión preventiva, de manera que una persona considerada inocente no puede recibir un igual o peor trato que una persona declarada culpable, por ello debe evitarse que la medida de coerción sea igual o más gravosa que la pena que se espera, lo que supone que no se impondrá la prisión preventiva en los casos en que no se condenará a la pena de prisión; que la prisión preventiva debe cesar cuando haya superado el plazo de duración razonable; y debe de existir una relación razonable entre la medida cautelar y el fin buscado, logrando que el sacrificio derivado de la restricción del derecho a la libertad no sea exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen de ese sacrificio (Corte IDH, 2009, Caso Barreto Leiva Vs Venezuela, párr. 122).

Por su parte, el principio *favor libertatis* se encuentra íntimamente ligado al principio *pro homine*, vinculándose, además a una serie de derechos que deberán de ser garantizados por los Estados, tales como los derechos de la persona humana, su libertad, dignidad e igualdad (Hakansson, 2009, p.14), circunstancias que deben de ser garantizadas por los Estados para que con ello podamos hablar de una garantía plena, caso contrario, se estaría incumpliendo con la obligación tanto convencional como constitucional de entender a la privación de libertad como *última ratio*.

A su vez, el principio *favor libertatis* en el ámbito de la prisión preventiva busca graduar el auto de prisión, es decir, graduar su aplicación en los casos de mayor relevancia, cuando por las características del delito pueda presumirse fundadamente que, de no dictarse este, el acusado evadirá la justicia; el principio *favor libertatis* se enfoca en reducir la prisión provisional a una medida que asegure la presencia del sindicado en el proceso (Recinos, 2016, p.44 y 45). Además, este principio se encuentra íntimamente relacionado con el hecho de que la prisión provisional debe ser la excepción no la regla, este extremo se encuentra contenido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 9.3.

Este principio, tiene como finalidad la aplicación de la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno, lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos, en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja,

asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto y en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan (Nogueira, 2003, p. 429-430).

El Código Procesal Penal hace referencia a este principio, en dos artículos: primero, el 14 que menciona dos aspectos de este principio: a) el favorecimiento de la libertad en el sentido de que las disposiciones legales que restringen la libertad del sindicado deben interpretarse restrictivamente y que la interpretación extensiva y analógica está prohibida a menos que favorezcan la libertad, y b) la prisión preventiva (como todas las medidas de coerción) se deben de aplicar excepcionalmente. El segundo es el 259 que prescribe que la libertad solo debe ser restringida en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del acusado en el proceso.

En el sistema procesal penal guatemalteco, el principio *favor libertatis* consiste en restringir lo menos posible, la libertad del procesado durante el tiempo que dure el proceso penal, o sea, que en la medida de lo posible al procesado no se le limite el derecho de gozar de su libertad de locomoción plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 26, al señalar que toda persona tiene libertad de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio nacional y cambiar de domicilio o residencia, sin más limitaciones que las establecidas por la ley, siendo el límite a la libertad personal, la prisión preventiva, siempre que exista peligro de fuga o medie una obstaculización a la averiguación de la verdad, tal como lo establece el artículo 261 del Código Procesal Penal.

La afirmación del principio *favor libertatis*, conlleva a que toda limitación o interpretación de un límite de los derechos humanos deba ser realizada restrictivamente, dando el mayor grado de ejercicio posible al derecho humano que se trate (Corte IDH et al., 2011, p.289), en otras palabras, este principio se aplica con frecuencia a supuestos con otros derechos fundamentales comprometidos distintos al de libertad, lo que ordena la interpretación favorable a dichos derechos (Tribunal Constitucional de España, Sentencia n. 66/1995, 1995), ponderando así los derechos que a consideración del Juez puedan tener como resultado mayores perjuicios en consecuencia de la aplicabilidad de la prisión preventiva oficiosa, dejando ver en armonía el principio *pro libertate*, en conjunto con el principio *pro homine*, constituyendo así, el meollo de la doctrina de la garantía de los Derechos Humanos (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Expediente: 91- 000266-0007-CO, 1992).

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad ha tenido la oportunidad de analizar este principio, indicando que en su aplicación es procedente privilegiar el derecho a la libertad del imputado, especialmente en el caso que es analizado por la referida Corte en donde el peligro de fuga proviene de un criterio subjetivo de quien juzga y no de elementos de investigación objetivos que acrediten ese peligro, y por otra parte, en materia penal la interpretación normativa debe regirse

por el principio *favor libertatis*, el que obliga la aplicación restrictiva de las normas que limitan la libertad (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 907-2021, 2022).²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en diversas disposiciones se ha pronunciado respecto a la relación entre la prisión preventiva y los derechos humanos. El Tribunal Interamericano ha analizado este tema desde la óptica del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que regula el derecho a la libertad, dentro de sus

² Corte de Constitucionalidad, Expediente 907-2021, 2022 “c.i) la resolución cuestionada no tiene certeza jurídica, pues fue dictada con base en una apreciación sucinta sobre el derecho de igualdad, sin realizar un análisis lógico, jurídico, doctrinario y jurisprudencial que determine la plataforma fáctica en la determinación del peligro de fuga latente del sindicado, puesto que la existencia del principio del favor libertatis opera en vista de circunstancias atenuantes de la situación, lo cual no ocurre en el presente caso, al existir indicios objetivos y comprobables de la existencia de una estructura criminal organizada para defraudar al fisco y agraviar al Estado; c.ii) lo deja en estado de indefensión, al alterar las formas del proceso y no realizar una fundamentación y argumentación adecuada sobre la supuesta variación de la plataforma fáctica referente al eminente peligro de fuga del procesado, por presuntamente pertenecer a una estructura internacional encargada del contrabando de cigarrillos, con un esquema organizacional y funciones establecidas dentro y fuera del territorio nacional; y c.iii) la autoridad denunciada no convalidó la argumentación referente a la plataforma fáctica que constituye el peligro de fuga y tampoco previó las formas establecidas para el proceso penal, variando las formas en la determinación del análisis del principio de favor libertatis a una persona que posee indicios reales y comprobables de peligro de fuga, careciendo su fallo de la fundamentación y argumentación inherente a toda resolución judicial...” “...Sobre la base de lo anterior y que esta Cámara encuentra valedero, la autoridad reprochada determinó en el acto reclamado, que el procesado en la audiencia de revisión de la medida de coerción propuso como garante a la persona con la que actualmente convive y con quien ha procreado un hijo, además de haber sido aprehendido en la circunscripción municipal [desprendiéndose el arraigo], cuatro meses después que los demás sindicados que obran dentro del mismo proceso y se les sindicaban los mismos delitos, demostrando con ese actuar que tenía la disposición de someterse al proceso penal hasta su finalización; con lo que se puede determinar que tampoco existía el peligro de fuga [al no constar elementos de investigación objetivos que evidenciaran esa condición procesal], con lo que se desvirtúa el presupuesto contenido en el inciso 1 del artículo 264 del Código Procesal Penal, lo que la Sala de la Corte de Apelaciones del Ramo Penal, en Materia Tributaria y Aduanera, tomó en consideración al emitir la resolución reclamada, habiendo realizado un adecuado análisis jurídico en aplicación del derecho de igualdad y principio de favor libertatis. No está demás señalar la naturaleza de las Medidas de Coerción: la exposición de motivos del Código Procesal Penal establece que los artículos del 254 al 269 comprenden lo relativo a la coerción personal del imputado. Lo primero que conviene destacar es el carácter cautelar de estas medidas, es decir que no están vinculadas a la culpabilidad o inocencia del procesado, sino en la necesidad de asegurar el desarrollo normal del proceso penal, aunque para que puedan dictarse, se requiere información de haberse cometido un delito y la concurrencia de motivos racionales para creer que la persona detenida lo ha cometido o participado en él”, “De lo antes citado se desprende que Víctor Manuel Rodríguez Arita fue absuelto por la autoridad reprochada, por lo que no tiene sentido limitarle la libertad, en atención del derecho de igualdad, principio de favor libertatis y por no existir peligro de fuga como atinadamente fue resuelto por la Sala ad quem, no estando demás señalar que el anterior examen se hizo con fundamento en el artículo 42 de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, el cual preceptúa (...). Esta Cámara concluye que en el presente caso el tribunal de alzada analizó los motivos por los cuales era viable otorgar las medidas sustitutivas al apelante, por ende es notorio que los argumentos fácticos de los postulantes van encaminados a que se revise el acto señalado como reprochado lo cual no es procedente...” “En ese orden de ideas, estimamos que en respeto al derecho de igualdad y en aplicación del principio de favor libertatis, es procedente privilegiar el derecho a la libertad del imputado como lo establece la norma constitucional, dado que el peligro de fuga inferido por la juzgadora es subjetivo, lo cual se deduce al no constar elementos de investigación objetivos que evidencien esa condición procesal. Asimismo, se estima que la misma norma adjetiva penal (artículo 264) ordena que puede ser razonablemente evitado el peligro de fuga por aplicación de otras medidas menos graves, tales como las que fueron impuestas a los otros veintitrés imputados...” “En materia penal, además de los apuntados, la interpretación normativa debe regirse por el principio *favor libertatis*, que implica la aplicación restrictiva de las normas que limiten la libertad, como expresamente lo establece el segundo párrafo del artículo 14 del Código Procesal Penal: “...Las disposiciones de esta ley que restringen la libertad del imputado o que limitan el ejercicio de sus facultades serán interpretadas restrictivamente; en esta materia, la interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas, mientras no favorezcan la libertad o el ejercicio de sus facultades...”

diversas disposiciones la Corte ha entendido que este artículo prohíbe la privación de la libertad ilegal y la privación de la libertad arbitraria. Respecto a la privación de libertad ilegal se ha establecido que la restricción al derecho a la libertad únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas, aspecto material, y con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas, aspecto formal (Corte IDH, 2016, Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador, párr. 133).

En este orden de ideas, en Guatemala para que una detención o privación de la libertad no sea ilegal debe cumplirse con lo que establece el artículo 6 de la Constitución Política de la República de Guatemala, esto es que la detención sea por causa de delito o falta, en virtud de orden librada de acuerdo a la ley por autoridad judicial competente, o en el caso de flagrante delito o falta. De esa cuenta, una detención que se realice sin mediar orden judicial o por delito flagrante será ilegal y por tanto violatoria de derechos humanos.

Respecto a la privación de la libertad arbitraria se ha apuntado que no es suficiente que una privación de la libertad esté prevista en ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación sean compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respetando los elementos que se detallan a continuación:

- a) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sean legítimas;
- b) que las medidas adoptadas sean idóneas para cumplir el fin perseguido;
- c) que sean necesarias, esto es que deben ser absolutamente indispensables para cumplir con el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el fin propuesto, y
- d) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen frente a esta restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida (Corte IDH, 2008, Caso Yvon Neptune vs. Haití, párr. 98).

En este orden de ideas la Corte Interamericana ha establecido que para que la prisión preventiva sea legítima, no basta con que la ley permita aplicarla en ciertas hipótesis generales, la adopción de esta medida requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan, si no hay proporcionalidad la medida será arbitraria (Corte IDH, 2006, Caso López Álvarez vs. Honduras, párr. 68).

El juicio de proporcionalidad al que se hace referencia en los párrafos anteriores, debe realizarse siguiendo los elementos descritos, es decir, los elementos de legitimidad de la medida, idoneidad de esta para cumplir el fin perseguido, su necesidad y proporcionalidad; sin embargo, sobre el test de proporcionalidad en caso de prisión preventiva la Corte IDH ha agregado un quinto elemento, el cual es que cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria, de este modo para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse disposiciones cautelares

restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, en cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención (Corte IDH, 2014, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párr. 312).

Aunado a lo que la Corte IDH ha fijado respecto al juicio de proporcionalidad y sus elementos, también es importante apuntar algunas consideraciones de dicha Corte sobre las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ser acorde a la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

- a) Es una medida cautelar y no punitiva: esto supone que debe estar dirigida a lograr fines legítimos relacionados con el proceso penal en curso (la Corte ha reconocido como fines legítimos: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia, es decir, lo que la legislación guatemalteca reconoce como peligro de fuga y de obstáculo a la averiguación de la verdad), y no puede convertirse en una pena anticipada ni fundamentarse en fines preventivo-generales o preventivo-especiales de la pena;
- b) Debe fundarse en elementos probatorios suficientes: para disponer y mantener medidas como la prisión provisional deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga, este es el primer paso para poder restringir la libertad de una persona puesto que si no existen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso, es por ello que la sospecha debe estar basada en hechos específicos no en meras conjeturas o intuiciones abstractas o presunciones, de esto se deduce que el Estado no puede detener para luego investigar, por el contrario solo está habilitado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para llevarlo a juicio, y
- c) Está sujeta a revisión periódica: esta característica implica que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción, son las autoridades nacionales quienes deben evaluar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas y al realizar esta tarea las autoridades deben ofrecer los fundamentos suficientes que permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, motivos que deben estar fundados en garantizar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia, el juez no debe esperar hasta el momento de dictar sentencia absoluta para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y proporcionalidad de esta (Corte IDH, 2014, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párr. 311).

Asimismo, es importante hacer referencia a lo que el Tribunal Interamericano ha establecido respecto a uno de los elementos del test o juicio de proporcionalidad, concretamente el primero de ellos, el cual se refiere a que la finalidad sea legítima. En este sentido se ha establecido que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí solos, justificación suficiente para dictar la prisión preventiva, el peligro procesal no se

presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso concreto, fundado en circunstancias objetivas y ciertas (Corte IDH, 2014, Caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, párr. 312).

En suma, podemos decir que de acuerdo a la jurisprudencia producida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para que una prisión preventiva o medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria y por ende no violatoria al derecho a la libertad es necesario:

- a) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a este hecho;
- b) que estas medidas cumplan con los cuatro elementos del test de proporcionalidad, elementos que hemos apuntado anteriormente, y
- c) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas (Corte IDH, 2019, Caso Hernández vs. Argentina, párr. 103).

Habiendo establecido estas cuestiones relacionadas con la prisión preventiva, ahora es preciso comparar la normativa del Código Procesal Penal guatemalteco, concretamente el artículo 264³ de dicho Código el cual prohíbe conceder medidas sustitutivas en determinados supuestos con la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

³ ARTÍCULO 264.- Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes: 1) El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. 2) La obligación de someterse a cuidado o vigilancia de una persona o de institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal. 3) La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe. 4) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal. 5) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares. 6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa. 7) La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas. El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrá medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impida la prestación. En casos especiales, se pondrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización la para averiguación de la verdad. No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales, o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado. También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el Capítulo VII del Decreto No. 48-92 del Congreso de la República. Ley contra la Narcoactividad. Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado. En procesos instruidos por los delitos de defraudación tributaria, defraudación aduanera y contrabando aduanero, no podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas a las que se refiere este artículo, excepto la de prestación de caución económica.

- I. **Respecto a la prisión preventiva como medida excepcional:** La prohibición de conceder medidas sustitutivas para determinados delitos y supuestos es contraria al artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo que vía la figura del bloque de constitucionalidad es parte de la Constitución, ya que este artículo estipula que la prisión preventiva no debe ser la regla general, y al prohibir que para determinados delitos se pueda conceder una medida sustitutiva, la prisión preventiva termina siendo la regla general de aplicación en procesos instaurados por determinados delitos, contraría además, el artículo 259 del Código Procesal Penal parte final, establece que la libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar la presencia del imputado en el proceso, ya que se dicta el auto de prisión preventiva porque la ley obliga a hacerlo en determinados delitos aunque no sea absolutamente necesario para asegurar la presencia del imputado en el proceso, es decir, a pesar de que la restricción de la libertad no es necesaria y la comparecencia del imputado puede ser asegurada con otra medida menos lesiva los jueces no tiene otra opción más que dictar la prisión preventiva. Al respecto la Corte IDH ha indicado recientemente que el establecimiento de una prisión preventiva automática a partir del delito que se persigue penalmente resulta contraria a las exigencias jurisprudenciales, que obligan a acreditar en cada caso individualmente que la restricción de la libertad será absolutamente necesaria y cumpla con el fin de asegurar de que el procesado no eludirá la justicia ni impedirá el desarrollo del proceso. (Corte IDH, 2021, Caso Manuela y otros vs. El Salvador, párr. 104.)

- II. **Respecto al deber de realizar un juicio de proporcionalidad:** Vimos anteriormente que la Corte IDH ha establecido que los jueces al decidir sobre la libertad del procesado deben hacer siempre un juicio de proporcionalidad con los cuatro elementos: finalidad de la medida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sólo después de haber hecho este juicio o examen se podrá restringir o limitar la libertad sin que sea arbitraria y por tanto violatoria de derechos humanos; sin embargo, en los casos en los que se prohíbe la concesión de cualquier medida sustitutiva, siendo la prisión preventiva la regla general, más bien la única regla, los jueces se encuentran *de facto* exonerados de hacer el juicio de proporcionalidad, por ende la privación de la libertad en estos casos no cumpliría con los exigencias señaladas por la Corte IDH, como consecuencia, sería una privación arbitraria de la libertad y por ende violatoria al derecho a la libertad.

- III. **Respecto a la finalidad de la medida:** Aún y cuando los jueces hicieran el juicio de proporcionalidad, se encontrarán con el problema de justificar uno de los elementos del juicio, dicho elemento sería el primero de ellos: el de finalidad de la medida compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o fin legítimo; respecto a la finalidad de la medida la Corte Interamericana ha fijado que las únicas finalidades válidas a la luz de la Convención son las de asegurar el desarrollo del procedimiento y asegurar que no eludirá la acción de la justicia, asimismo, ha apuntado que las características personales del imputado o la gravedad del hecho que se le imputa no son *per se* suficiente justificación para la prisión preventiva, en el caso guatemalteco se entiende que las características personales del imputado son la justificación de prohibir las medidas sustitutivas para los casos de

reincidencia o habitualidad del procesado, y respecto a la gravedad de los delitos esta es la justificación de los delitos enumerado en el artículo 264 del Código Procesal Penal, justificaciones que no son compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por tanto, violatorias a derechos humanos.

- IV. Respecto a la motivación de la medida:** Otro elemento que se exige para poder aplicar la prisión preventiva es que se motive suficientemente la medida para evaluar que se ajusta a las condiciones señaladas, la falta de motivación torna arbitraria cualquier restricción de la libertad (Corte IDH, 2018, Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica, párr. 356). Al ser obligatoria la prisión preventiva en los casos señalados en el artículo 264 del Código Procesal Penal se prescinde de la motivación, ya que no es necesaria, en consecuencia, no se explican los fundamentos de la medida porque no existe una alternativa a considerar y analizar, y como se señaló anteriormente la falta de motivación hace de la restricción de la libertad arbitraria.

Esta falta de motivación por ser innecesaria no solamente incumple con las exigencias jurisprudenciales apuntadas anteriormente, sino también vulnera la propia legislación nacional guatemalteca en materia del proceso penal, ya que el artículo 11 bis establece que los autos y sentencias contendrán una clara y precisa fundamentación, su ausencia constituye un defecto absoluto de forma, además señala que la fundamentación contendrá los motivos de hecho y de Derecho en que basa su decisión, la indicación del valor probatorio que le da a los medios de prueba, y por último, toda resolución carente de fundamentación viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal; es evidente que al decidir sobre el auto de prisión preventiva como no es posible conceder ninguna alternativa no se considera ningún motivo de hecho, esto a pesar de que exista evidencia que demuestra lo innecesario de la prisión preventiva esta no se valora, ya que la ley obliga a que en los supuestos del artículo 264 de la ley procesal guatemalteca solo se dicte la prisión preventiva; por ende bajo estas condiciones la privación de la libertad es arbitraria.

Muy recientemente la Corte IDH ha manifestado que la prisión preventiva automática, es decir, la preceptividad (obligación) de la prisión preventiva, tiene como consecuencia una limitación al rol del juez, puesto que este carece de un margen para decidir, afectando directamente su independencia, generando que el auto que lo dicta carezca de un control real al tener como única motivación la mera aplicación de la ley, sin un análisis, impidiendo al sindicado controvertir y discutir los hechos y fundamentos. (Corte IDH, 2023, Caso García Rodríguez y otros vs. México, párr. 170)

- V. En relación con la presunción de inocencia:** Anteriormente -al analizar las garantías judiciales dentro del proceso penal- se mencionó a la presunción de inocencia, de igual manera se mencionó este derecho al analizar las disposiciones jurisprudenciales de la Corte IDH respecto a la prisión preventiva. Es preciso mencionar que uno de los elementos que limita la prisión preventiva es la presunción de inocencia, resulta entonces conveniente analizar la prohibición de otorgar medidas sustitutivas en los casos regulados por el Código Procesal Penal de acuerdo con las exigencias que supone el derecho a la presunción de inocencia regulado en los artículos siguientes: 14 de la Constitución Política de Guatemala,

8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 14 del Código Procesal Penal.

Se ha señalado que se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio, de manera que para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse cualquier medida de restricción de la libertad es preciso que se fundamente y acredite, de forma clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los requisitos exigidos por la Convención (estos requisitos según lo que hemos visto son los de asegurar las resultas del procedimiento y asegurar que el imputado no eludirá la acción de la justicia), actuar de otra manera equivaldría a adelantar la pena, lo que contraviene los principios generales del Derecho ampliamente reconocidos, dentro de los que se encuentra la presunción de inocencia (Corte IDH, 2009, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, párr. 144).

De lo anterior se desprenden dos cuestiones importantes: primero, sólo se puede ordenar la prisión preventiva para garantizar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia, cualquier otra motivación o justificación equivale a adelantar la pena; esto porque se enerva la característica de medida cautelar de la prisión preventiva, y segundo, la falta de estas dos motivaciones autorizadas o la utilización de otras que no sean las autorizadas, como en el caso en cuestión en donde la medida se dicta con la única motivación del imperativo legal que obliga a los jueces a hacerlo sin analizar alternativas, ni las particularidades y necesidades de cada caso en concreto, es claramente violatorio al derecho a la presunción de la inocencia, ya que no se basa la decisión en supuestos fácticos sino en una presunción legal de que en determinados supuestos se amerita la prisión preventiva.

En similar sentido se manifestó la Corte de Constitucionalidad estableciendo que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares previstas por la ley, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho y basada en un juicio de razonabilidad de la finalidad perseguida (Corte de Constitucionalidad, Expediente 572-97, 1997), esto implica que la adopción de medidas cautelares sin cumplir con estas exigencias, resulta incompatible con la presunción de inocencia y, claramente, el dictar la prisión preventiva al amparo del artículo 264 del Código Procesal Penal es contrario a estas exigencias y por tanto violatorio a la presunción de inocencia.

- VI. En relación con el principio de igualdad y no discriminación:** En el caso más reciente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de analizar el tema de la prisión preventiva ha introducido un criterio interesante, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados a abstenerse de acciones que estén de forma directa o indirecta dirigidas a crear discriminaciones *de iure* o *de facto* (de derecho o de hecho), y hablamos de discriminación cuando existe una protección desigual de la ley o su aplicación, no estando justificada objetiva y razonablemente dicha discriminación o distinción. (Corte IDH, 2023, Caso García Rodríguez vs. México, párrs.172 y 173)

En el caso de la prisión preventiva automática, como en el caso de Guatemala, este trato diferenciado se verifica en que los imputados por la comisión de ciertos delitos no tienen la misma posibilidad de controlar ni de defenderse adecuadamente de la medida ya que existe un mandato legal que la impone obligatoriamente, por tanto, su aplicación automática, sin considerar las particularidades de cada caso concreto y las finalidades que la Corte reconoce como legítimas para restringir la libertad, así como la diferencia de trato existente respecto de otros imputados que no están sujetos a esa condición, supone necesariamente la violación al derecho a la igualdad ante la ley y a gozar en igualdad de condiciones las garantías del debido proceso.

4. Mecanismos para garantizar los derechos humanos frente a la prisión preventiva

La primera respuesta para solucionar este problema que contraviene derechos fundamentales está en la utilización de las herramientas legales establecidas para el efecto, por ello, la respuesta más obvia resulta ser la utilización de la inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, en este caso por vicio parcial, para dejar sin vigencia aquellos artículos que sean inconstitucionales por contravenir derechos fundamentales, aunque esta es la solución recomendable para dejar fuera del ordenamiento jurídico las disposiciones violatorias a la Constitución y Tratados en materia de derechos humanos, existen otras alternativas.

No obstante aún no declararse la inconstitucionalidad del artículo 264 del Código Procesal Penal se puede inaplicar, de acuerdo a lo siguiente: el artículo 44 de la Constitución señala que serán nulas *ipso jure* las leyes, las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza, asimismo el artículo 175 del mismo cuerpo normativo indica que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*. Las disposiciones constitucionales arriba mencionadas se ven complementadas con el artículo 46 de la Constitución el cual menciona que se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

En relación a esto, de conformidad con el artículo 116 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, en casos concretos en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia o en casación, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente, la inconstitucionalidad total o parcial de una ley a efecto se declare su inaplicabilidad, en virtud, de conformidad con este precepto legal es posible mediante esta vía lograr la inaplicabilidad de la parte inconstitucional y violatoria a derechos humanos del artículo 264 del Código Procesal Penal.

Asimismo, es necesario mencionar que no solo las partes pueden instar la inaplicación de esta disposición legal violatoria de derechos humanos, los jueces también tienen obligaciones al respecto, el artículo 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de

que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado. Respecto a este artículo la Corte de Constitucionalidad ha agregado que en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco se encuentran la Constitución y, por el reconocimiento del bloque de constitucionalidad, también los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos aprobados y ratificados por el Estado de Guatemala (Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Expediente 1028-2016, 2018).

Esta obligación se ve reforzada con el control de convencionalidad, del que la Corte Interamericana ha señalado que las autoridades internas de un Estado están sujetas al imperio de la ley y por ello obligadas a cumplir con las disposiciones vigentes de su ordenamiento jurídico, y cuando un Estado ratifica un tratado internacional (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos) todos sus órganos, incluyendo a los jueces, están ligados también al tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos del contenido del tratado no se vean limitados por la aplicación de normas contrarias al objeto y fin de este, como consecuencia todos los jueces, órganos jurisdiccionales e instituciones vinculadas a la administración de justicia tienen la obligación de hacer un control de convencionalidad de oficio o *ex officio* entre las normas internas y la Convención, en el marco de sus competencias y disposiciones procesales, debiendo no solo observar lo que el tratado indica, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano máximo que interpreta la Convención Americana.

Derivado de las consideraciones anteriores, los órganos jurisdiccionales no simplemente están habilitados sino obligados a no observar la dispuesto en artículo 264 del Código Procesal Penal que prohíbe conceder una medida sustitutiva en los supuestos y delitos que este regula, consecuentemente y en cumplimiento del control de convencionalidad, en todos los procesos sometidos a su conocimiento deben hacer un juicio de proporcionalidad para ordenar la prisión preventiva, pudiendo dictar una medida sustitutiva en todos los casos sometidos a su conocimiento mientras la prisión preventiva no se encuentre justificada.

Conclusiones

Las garantías penales son protecciones o seguridades contenidas en el ordenamiento jurídico con el objeto de limitar el poder punitivo del Estado, estas garantías en el proceso penal se encuentran contenidas en diferentes instrumentos jurídicos, como la Constitución Política de la República de Guatemala, tratados y convenciones en materia de Derechos Humanos y en el Código Procesal Penal, sólo a través del cumplimiento de estas garantías es que se justifica el *ius puniendi* del Estado, señalando las condiciones en las que se debe realizar la persecución penal.

La disposición normativa que prohíbe otorgar medidas sustitutivas en un proceso penal, por tanto, obligan a que en determinados supuestos se ordene siempre y sin excepción alguna la prisión preventiva es contraria a las garantías penales siguientes: presunción de inocencia, y los

principios de proporcionalidad y *favor libertatis*, como consecuencia es violatorio a derechos fundamentales.

Al ser violatorio a derechos humanos, y en cumplimiento con su obligación de control de constitucionalidad y convencionalidad, los jueces penales deben abstenerse de aplicar las disposiciones legales que prohíben la concesión de medidas sustitutivas en los supuestos que regula el artículo 264 del Código Procesal Penal y en otras leyes penales, estando obligados a hacer un juicio de proporcionalidad, basado en la jurisprudencia de la Corte IDH, en cada caso en concreto y conceder una medida sustitutiva en todos los casos sometidos a su conocimiento, siempre que el peligro de fuga o el peligro de obstaculización a la averiguación de la verdad penal pueda ser razonablemente evitado por la adopción de una medida menos grave que la prisión preventiva, no importando las características personales del imputado ni la gravedad del delito por el que se procesa.

Referencias

- Asamblea General de las Naciones Unidas, (16 de diciembre de 1966), *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, . Asamblea General de las Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.
- Asamblea Nacional Constituyente, (31 de mayo de 1985), *Constitución Política de la República de Guatemala*.
- Caro Coria, D., (2006) Las garantías constitucionales del proceso penal, en Jan Woischnik, Editor, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (11 de octubre de 2001), Informe N° 100/01, Caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, Nicaragua.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (21 de octubre de 2002), Informe N° 57/02, caso 11.382, *Finca La Exacta*. Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala (abril 8, 2008), Decreto 22-2008, *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer*.
- Congreso de la República de Guatemala (septiembre 24, 1992), Decreto 48-92, *Ley contra la Narcoactividad*.
- Congreso de la República de Guatemala (septiembre 28, 1992), Decreto 51-92, *Código Procesal Penal*.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 7 al 22 de noviembre de 1969, San José, Costa Rica. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, (11 de septiembre de 1997), Inconstitucionalidad en Caso Concreto, Expediente 572-97.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, (27 de diciembre de 2018), Inconstitucionalidad de Carácter General, Expediente 1028-2016, Magistrada ponente Dina Josefina Ochoa Escribá.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, (6 de julio de 2022), Apelación de Amparo, Expediente número: 907-2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto De Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma De México, Fundación Konrad Adenauer, (2011) Diálogo Jurisprudencial de derecho internacional de los derechos humanos, tribunales nacionales y la corte interamericana de derechos humanos, Núm. 9 Julio-Diciembre de 2010, México, IIDH.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (12 de noviembre de 1997), Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo, Serie C No. 351.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de enero de 2001), Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú, Serie C No. 71.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2002), Caso Cantos vs. Argentina, Serie C No. 97.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2004), Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Serie C No. 119.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1 de febrero de 2006), Caso López Álvarez vs. Honduras, Serie C No. 141.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de mayo de 2008), Caso Yvon Neptune vs. Haití, Serie C No. 180.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de agosto de 2008), Caso Aritz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Serie C No.182.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (17 de noviembre de 2009), Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Serie C No. 206.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de noviembre de 2009), Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Serie C No. 207.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (23 de noviembre de 2009), Caso Radilla Pacheco vs. México, Serie C No. 209.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de noviembre de 2013), Caso J. vs. Perú, Serie C No. 275.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de mayo de 2014), Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activistas del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, Serie C No. 279.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de octubre de 2015), Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Serie C No.303.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1 de septiembre de 2016), Caso Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador, Serie C No. 316.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (15 de febrero de 2017), Caso Zegarra Marín vs. Perú, Serie C No. 331.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de abril de 2018), Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica, Serie C No. 354.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (14 de octubre de 2019), Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú, Serie C No. 388.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 2019), Caso Hernández vs. Argentina, Serie C No. 395.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (26 de noviembre de 2019), Caso Jenkins vs. Argentina, Serie C No. 397.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (8 de julio de 2020), Caso Petro Urrego vs. Colombia, Serie C No. 406.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de junio de 2021), Caso Grijalva Bueno vs. Ecuador, Serie C No. 426.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 de septiembre de 2021), Caso González y otros vs. Venezuela, Serie C No. 436.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de noviembre de 2021), Caso Manuela y otros vs. El Salvador, Serie C No. 441.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de enero de 2023), Caso García Rodríguez y otros vs. México, Serie C No. 482.
- Ferrajoli, L., (2016) El paradigma garantista: Filosofía crítica del derecho penal, Editorial Trotta.
- Fuentes, H., (2008). El principio de proporcionalidad en derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la pena, Revista *Ius et Praxis*, Vol. 14, N° 2, p. 15-42.
- García Ramírez, S. (2003), Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes

Indocumentados. En *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03*.

Hakansson, C., (2009). Los Principios de Interpretación y Precedentes Vinculantes en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Una Aproximación. *Díkaion: Revista de Fundamentación Jurídica*. Bogotá, Colombia.

Kohn Espinosa, G. et al, (2023) Las garantías penales en el derecho constitucional mexicano, Tirant Lo Blanch.

Nogueira, A., (2003) Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia, *Revista Ius et Praxis* vol.9, p. 403-466.

Recinos Avila, H., (2016) Introducción al estudio del proceso penal guatemalteco, Guatemala, 1. Edición, Talleres de E. H. Litografía.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, (24 de noviembre de 1992), Expediente: 91- 000266-0007-CO, Sentencia 3550.

Tribunal Constitucional de España (8 de mayo de 1995), Sentencia n. 66/1995.

Derechos de Autor (c) 2023 Pedro José García Natareno y Karina Maribel Saquic Riquiac



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

