



OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

Tomo XXI

2024



OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

Tomo XXI

Guatemala, octubre de 2024

Opus Magna Constitucional, Tomo XXI
Guatemala, octubre de 2024

Corte de Constitucionalidad – Instituto de Justicia Constitucional

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

Teléfono: (502) 2323-4646 extensión: 2000

instituto@cc.gob.gt

<https://opusmagna.cc.gob.gt>

Cuerpos editoriales

Editor:

Francisco Javier Urizar Pérez

Abogado investigador del Instituto de Justicia Constitucional

Consejo editor:

Nester Mauricio Vásquez Pimentel

Presidente de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Leyla Susana Lemus Arriaga

Vicepresidenta de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Claudia Elizabeth Paniagua Pérez

Secretaria de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Mildred Jeaneth Amarra Huitz

Vocal de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Juan Francisco Donis Ramírez

Vocal de la Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional

Consejo de revisores:

Alejandra C. Aliñado

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales

William Gilberto Bobadilla López

Universidad de San Carlos de Guatemala

Allan Amilkar Estrada Morales

Universidad Rafael Landívar

Ana Elisa Samayoa Guzmán

Universidad Rafael Landívar

Angélica Yolanda Vásquez Girón

Corte de Constitucionalidad

Ana Isabel Calderón Cristal

Corte de Constitucionalidad

Luis Fernando Paiz Lemus

Investigador independiente

Jorge Luis Córdova Noguera

Corte de Constitucionalidad

Mario René Mancilla Barillas

Universidad Mariano Gálvez de Guatemala

Ricardo Antonio González Soto

Corte de Constitucionalidad

Miguel José González

Corte de Constitucionalidad

INTEGRACIÓN DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD

14 de abril de 2024 a 13 de abril de 2024

Nester Mauricio Vásquez Pimentel

Presidente

Magistrados titulares:

Leyla Susana Lemus Arriaga

Roberto Molina Barreto

Dina Josefina Ochoa Escibá

Héctor Hugo Pérez Aguilera

Magistrados suplentes:

Claudia Elizabeth Paniagua Pérez

Juan José Samayoa Villatoro

Walter Paulino Jiménez Texaj

Luis Alfonso Rosales Marroquín

Rony Eulalio López Contreras

**INTEGRACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL
INSTITUTO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
2024 – 2025**

Presidente:

Nester Mauricio Vásquez Pimentel

Vicepresidenta:

Leyla Susana Lemus Arriaga

Secretaria:

Claudia Elizabeth Paniagua Pérez

Vocales:

Mildred Jeaneth Amarra Huitz

Juan Francisco Donis Ramírez

Director Ejecutivo del Instituto de Justicia Constitucional:

José Pablo Pacheco Samayoa

Director adjunto del Instituto de Justicia Constitucional:

Herberth Isamar Tebalán Palacios

OPUS MAGNA
CONSTITUCIONAL

Tomo XXI

ÍNDICE

	TÍTULO	PÁGINA
	PRESENTACIÓN	1
	EDITORIAL	3
	Aportes especiales:	
	La garantía constitucional del “debido” proceso Erick Alfonso Álvarez Mancilla	7
	La importancia y desafíos para la garantía jurisdiccional de los derechos humanos Jorge Ulises Carmona Tinoco	53
	Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana Gerardo Eto Cruz	73
	Argumentación constitucional y lenguaje de la sentencia Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas	109
	Populismo y erosión judicial en México durante el gobierno de Andrés Manuel López Obrador Guadalupe Salmorán Villar	137
	Artículos:	
	Prisión oficiosa y convencionalidad: el balance entre los peligros procesales y el respeto a los derechos humanos Carlos Rafael Martínez Ríos	157
	La relación de dependencia en el Derecho del Trabajo Lesbia Guadalupe Amézquita Garnica	185
	La libertad como límite al Derecho penal José Pablo Pacheco Samayoa	207
	Estudio de las diligencias de extracción compulsiva de muestra de sangre Gustavo Adolfo Coz Juárez	225
	Análisis jurisprudencial:	
	Inconstitucionalidad general total de leyes por vicio <i>interna corporis</i> según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad Lester Manuel Meda Ruano	245

Presentación

La revista académica *Opus Magna Constitucional* es una de las publicaciones que nació con el Instituto de Justicia Constitucional. Desde 2010 ha recopilado los escritos de autores nacionales y extranjeros relativos al Derecho constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derechos Humanos y materias afines.

Con el paso del tiempo -y gracias a la calidad de los aportes que han proporcionado los autores- *Opus Magna Constitucional* se ha consolidado como una herramienta de difusión fundamental en el estudio de las distintas instituciones jurídicas vinculadas con los temas de interés.

En esta oportunidad, se presentan 5 artículos escritos por autores nacionales, los cuales han cumplido con el proceso de revisión por pares en la modalidad doble ciego y, además, se publican, como aportes especiales, los escritos del constitucionalista peruano doctor Gerardo Eto Cruz, del doctor Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas de España y de los investigadores mexicanos, ambos doctores, Jorge Ulises Carmona Tinoco y Guadalupe Salmorán Villar y, finalmente, el trabajo del doctor Erick Alfonso Álvarez Mancilla, ex presidente de la Corte Suprema de Justicia y actual abogado asesor del Instituto de Justicia Constitucional.

Agradezco a todos los autores la confianza depositada en nuestra revista para dar a conocer sus investigaciones y animo a la comunidad académica de las Ciencias Jurídicas y Sociales seguir adelante con la importante misión de investigar y profundizar en los contenidos y alcances de las instituciones jurídicas que dan vida al Estado Constitucional de Derecho y las distintas formas que han surgido para preservarlo y desarrollarlo.

Con mucho gusto presento a los profesionales y estudiantes de las ciencias jurídicas y sociales este tomo XXI de la revista académica *Opus Magna Constitucional*, para que sea un aporte y una herramienta que contribuya a la actualización, discusión y el debate de las ideas que alimentan el foro constitucional.

Nester Mauricio Vásquez Pimentel
**Presidente de la Corte de Constitucionalidad y de la
Junta Directiva del Instituto de Justicia Constitucional**

Editorial

Francisco Javier Urizar Pérez

Abogado investigador del Instituto de Justicia Constitucional

Editor de la revista Opus Magna Constitucional

furizar@cc.gob.gt

La revista *Opus Magna Constitucional* ha sido la publicación emblema del Instituto de Justicia Constitucional desde su creación. Desde el primer número (2010) ha recopilado los trabajos de autores nacionales y extranjeros en los que se han desarrollado temas vinculados con el derecho constitucional, procesal constitucional, historia constitucional, filosofía del derecho, derechos humanos, sociología jurídica y otros temas que, en conjunto, buscan fortalecer el sector académico de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

El paso del tiempo y el avance de las tecnologías ha permitido dos cosas. La primera, fue sistematizar el trabajo editorial de la publicación para que la misma evolucionara a fin de convertirse en una revista académica. En sus primeros diez años, *Opus Magna Constitucional* fue concebida como una obra de recopilación de trabajos de autores nacionales y extranjeros, aunque existía un proceso de revisión de las investigaciones, la misma tenía una naturaleza distinta a la actual ya que permitía que, en muchos casos, los autores conocieran e incluso tuvieran acceso a sus revisores.

En 2019 se inició el proceso de renovación de la publicación. Para cumplir con los estándares aplicables a las revistas académicas, se constituyeron cuerpos editoriales y se crearon los reglamentos que aplicaban a cada uno; empezó el proceso de digitalización de la publicación; se creó el cuerpo de revisores involucrando a profesores e investigadores de las universidades del país y se invitó a académicos de universidades extranjeras, en especial de México y Argentina.

La creación de los cuerpos editoriales y del comité de revisores, abrió la puerta a que la publicación gozara de mayor apertura editorial y se aplicaran criterios más objetivos para calificar las propuestas que los autores hacían llegar al Instituto. En ese marco, la publicación de las convocatorias a través de las redes sociales y su difusión en los centros universitarios, ha permitido ampliar la red de autores, lo que favoreció la pluralidad de propuestas y la diversidad en las posturas.

A partir del tomo XVI, publicado en 2020, todas las propuestas presentadas al Instituto son sometidas a un examen de similaridad para detectar plagio, a una evaluación para determinar si se utilizaron herramientas de inteligencia artificial y a una revisión por pares en modalidad doble ciego. Con estos mecanismos se pretende garantizar la calidad de los trabajos publicados y al contar con convocatorias abiertas, cualquier persona puede postular sus escritos para ser publicados en el *Opus Magna Constitucional*, lo cual sucederá siempre que se superen todos los requerimientos de fondo y forma que exige la revista.

La publicación en formato digital, con acceso universal y gratuito a todos los contenidos, significó una oportunidad para ampliar la difusión de los contenidos, permitiendo que los trabajos publicados sean consultados en todo el territorio nacional.

La innovación y el sostenimiento en el tiempo de los cambios necesarios para garantizar la calidad de los trabajos publicados permitió que el 24 de enero de 2024, la Dirección General de Administración de la Biblioteca Central de la Universidad de San Carlos de Guatemala, que funciona como centro de acopio de LATINDEX-Guatemala, otorgaran el reconocimiento a la revista Opus Magna Constitucional, por ser la primera revista indizada en el catálogo 2.0 del Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.

La segunda cosa que ha permitido el paso del tiempo es que por primera vez se cuenta con una revista académica indizada especializada en temas jurídicos en Guatemala, con lo cual, se abre la puerta para un mayor reconocimiento del trabajo científico que se realiza en el país en las materias que son de interés de la revista.

Es fundamental agradecer a todas las personas que han apoyado este esfuerzo y que colaboran para que esta acreditación se haya concretado, en especial a quienes han postulado sus trabajos, a quienes llevan a cabo la revisión por pares, ya que su trabajo -como lo he afirmado en varias ocasiones- es el corazón de la revista.

Es un verdadero gusto y motivo de mucho orgullo tener la oportunidad de presentar a la comunidad académica y profesional este tomo de la revista Opus Magna Constitucional, primero después de la indización, fruto de un esfuerzo conjunto entre un amplio grupo de personas e instituciones, confío en que el celo académico y el flujo de las ideas continúe alimentando este espacio de acogida, difusión y discusión científica.



OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

Tomo XXI

Aportes especiales

La garantía constitucional del “debido” proceso

The constitutional guarantee of "due" process

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.147>



Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Corte de Constitucionalidad

erick.alvarez@cc.gob.gt

Recibido: 30 de septiembre de 2024

Aceptado: 04 de octubre de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: “... Tal garantía... se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso...”. (Corte de Constitucionalidad, Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49).

Palabras clave: Garantía. Derecho de defensa. Debido proceso.

Abstract: “... the guarantee... refers specifically to the effective possibility of carrying out all the acts aimed at the defence of his person or his rights in court. If, by applying the procedural law to the specific case, the person is deprived of his right to act before competent and pre-established judges, to defend himself, to offer and provide evidence, to present arguments, to use means of challenging judicial decisions, then we will be dealing with a violation of the constitutional guarantee of due process...” (Constitutional Court, Gazette No. 54, file 105-99, page No. 49).

Keywords: Guarantee. Right of defence. Due process.

Sumario

Introducción - Antecedentes del “debido” proceso - El “debido” proceso “legal” - Interpretación constitucional del “debido” proceso - Garantías constitucionales que se observan en el “debido” proceso – Conclusiones -Referencias.

Introducción

Uno de los temas que desde hace un par de décadas ha cobrado relevancia en Guatemala, y que constituye, si no el principal motivo en la interposición de la garantía constitucional de Amparo, al menos el más invocado, es la del “debido” proceso, aun cuando la Constitución Política se refiere a “proceso legal” y no a “debido proceso”. En este sentido, es oportuno advertir que, en el desarrollo del presente trabajo, se entrecomillarán las palabras “debido” y “legal”, en referencia al proceso, por considerar que no existe un proceso “indebido” ni un proceso “ilegal”, pues entonces ya no sería “proceso”

Lo anterior ha llamado la atención como objeto de estudio, por lo que el presente trabajo tiene como objetivo principal determinar la esencia de la figura jurídica del “debido” proceso, y su incorporación en la Constitución política de la República de Guatemala, en su artículo 12, incluyéndola dentro de los Derechos Humanos (Título II Derechos Humanos, Capítulo I Derechos Individuales). Para poder cumplir con el objetivo propuesto, el trabajo ha sido estructurado en cuatro apartados. En el primero, se estudiarán los antecedentes históricos del debido proceso, la denominada Carta Magna inglesa y en nuestro país. En el segundo, (El “debido” proceso “legal”) se analizará lo relativo al concepto de proceso y los principios que lo informan, y si el “debido” proceso es un derecho o una garantía. En el tercer segmento, la interpretación del “debido” proceso de parte de la Corte de Constitucionalidad, y, por último, se hará referencia a algunas de las garantías constitucionales que se observan en el “debido” proceso, tales como el Juicio previo, el juez natural, legal o preestablecido, la imparcialidad del juzgador, el Derecho a la defensa penal, la presunción de inocencia, el Derecho a la acusación penal, el “non bis in idem”, entre otras garantías. Lo anterior, con el objeto de arribar a las conclusiones que se deriven de lo investigado; consignando las referencias bibliográficas pertinentes utilizadas en la elaboración del presente trabajo.

Antecedentes del “debido” proceso

La Carta Magna

La Carta Magna tiene su antecedente, en la “Carta de las Libertades”, proclamada en 1101, por Enrique I, Rey de Inglaterra (hijo de Guillermo el Conquistador y hermano del rey del mismo nombre; reyes normandos).

Indica Ricardo D. Rabinovich-Berkman (¿Cómo se hicieron los derechos humanos? volumen II) que la redacción de la “Carta de las Libertades” y, posteriormente, de la Carta Magna, en forma de epístola (de donde viene el nombre de este tipo de documentos) era corriente desde el Principado romano, con el emperador Augusto. Ya entonces, los emperadores emitían a menudo normas de esa manera, como cartas, generalmente remitidas a autoridades o funcionarios. Tal

formato se volvería muy común en toda el área de influencia de Roma y perduraría por muchos siglos, llegando a la Edad Moderna.

Se está de acuerdo que los antecedentes lejanos del “debido” proceso pueden encontrarse en la Carta Magna inglesa de 1215, como se verá a continuación; pero, previamente, hay que señalar cuál era el entorno político social que circundaba al rey de Inglaterra, Juan Plantagenet, denominado Juan sin Tierra. Siguiendo a André Maurois (Historia de Inglaterra), a Isaac Asimov (La formación de Inglaterra) y a Ricardo D. Rabinovich-Berkman (obra citada) se puede afirmar que en 1215 la situación del rey era insostenible, pues estaba en guerra con los franceses, en riña con los barones ingleses, en pugna con la iglesia y el descontento del pueblo llano era manifiesto. Así las cosas, los nobles remitieron al rey un ultimátum y le enviaron la *diffidatio* (desconfianza) que todo vasallo debía manifestar a un soberano que consideraba indigno antes de declararle la guerra.

El 15 de junio de 1215, en el prado que se denomina Runnymede, entre Windsor y Staines, en la margen sur del Támesis, inmediatamente al oeste de los límites actuales de Londres, el Rey de Inglaterra, Señor de Irlanda, Duque de Normandía y Aquitania, y Conde de Anjou, Juan Plantagenet, otorga una Carta, que más tarde será conocida como “Carta Magna”, por medio de la cual “concede” las libertades que en el documento se especifican. Se entrecomilla la palabra “concede”, porque dichas libertades no fueron otorgadas como una gracia del soberano, como se indicó con antelación, sino impuestas por los Barones ingleses, después de una rebelión en contra del monarca.

El documento fue redactado en latín, no en inglés (la lengua del pueblo) ni en alguno de los dialectos franceses que hablaban los barones de origen continental, que no eran pocos.

En el segundo párrafo del mismo numeral primero, se lee: “Concedimos también a todos los hombres libres de nuestro reino, por nosotros y nuestros herederos a perpetuidad, todas las libertades abajo escritas a ser tenidas y mantenidas por ellos y sus herederos, de nosotros y nuestros herederos”. Al respecto, Rabinovich-Berkman, señala que: “Estos son los receptores personales de las libertades a ser consagradas para siempre por la Magna Carta. Son los “hombres libres” del reino. La fórmula involucra principalmente a los nobles. Pero quedan incluidos también los burgueses de las ciudades libres, cuyo arquetipo es Londres. Y además, los escasos terratenientes o inquilinos libres. Es importante tener en cuenta, en consecuencia, que la Magna Carta no aprovecha a los siervos. Estos constituían, no obstante, la mayor parte de la población de Inglaterra (o, por lo menos, una porción muy alta). Casi todos eran descendientes de los que habitaban la isla a la llegada de los normandos en 1066...”. (obra citada).

En los numerales 17), 18) y 19) se señala: “17) Los litigios ordinarios ante los Tribunales no seguirán por doquier a la corte real, sino que se celebrarán en un lugar determinado. 18) Sólo podrán efectuarse en el tribunal del Condado respectivo las actuaciones sobre desposesión reciente,

muerte de antepasado y última declaración. Nos mismo, o en nuestra ausencia en el extranjero, nuestro Justicia Mayor (*Chief justice*), enviaremos dos jueces a cada Condado cuatro veces al año, y dichos jueces, con cuatro caballeros del Condado elegidos por el Condado mismo, celebrarán los juicios en el tribunal del Condado, el día y en el lugar en que se reúna el tribunal. 19) Si no pudiese celebrarse audiencia sobre algún caso en la fecha del tribunal de Condado, se quedarán allí tantos caballeros, como sea suficiente para administrar justicia, atendida la cantidad de asuntos que se hayan de ventilar”.

Al analizar el texto de la Carta Magna, el profesor Eduardo J. Couture, resalta lo relativo a los conceptos de juez competente y/o preestablecido y a la garantía de la ley preexistente. Respecto al juez competente, indica que “El “*Legale iudicium suorum*” configura la garantía procesal del juez competente. Nuestros textos actuales que obligan al actor a acudir, en las acciones personales, al juez del fuero del demandado, tienen que inclinarse, como ante un remoto predecesor histórico, ante este derecho configurado políticamente, de ser juzgado solamente por el juez natural, el de la misma condición”. (Estudios de derecho procesal civil, I).

En relación al segundo tema, indica que: “El “*Iudicium per legem terre*” constituye en el derecho moderno, la garantía de la ley preexistente. La ley de la tierra es la ley preestablecida, aquella a la cual el individuo ajusta su conducta en la vida. Sólo por infringir esa ley es que puede sufrir castigo...”. (obra citada).

Es de tomar en cuenta que “el sentido original de la Carta no era populista ni democrático, sino más bien aristocrático, ya que sustancialmente tutelaba los derechos feudales de los señores”. (Nestor Pedro Sagués, Teoría de la constitución).

Si se lee detenidamente el documento que contiene la Carta Magna a la luz de la situación política imperante en la época, no puede menos que reconocer que dicha Carta no es una concesión graciosa del monarca a la Baronía, sino una imposición de los nobles al Rey, quienes sólo estaban velando por sus intereses y no por las garantías del pueblo llano. No obstante, no puede negarse la proyección que tuvo en su desarrollo hasta llegar a nuestros días.

Las ideas de la Carta Magna, fueron reiteradas en la “Petición de Derechos” o “Petition of Rights” del 07 de junio de 1628; y en la “Declaración de Derechos” o “Bill of Rights” de 13 de febrero de 1689.

Continuando con la influencia que tuvieron los conceptos vertidos en la Carta Magna, Eduardo J. Couture (obra citada) señala que el concepto específicamente procesal de la carta magna (*Law of the land*: la ley de la tierra) se hace genérico en las Constituciones de Maryland, de Pennsylvania y Massachusetts, antes que en la Constitución Federal de los Estados Unidos, del 17 de septiembre de 1787, recogiendo el concepto de que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin debido proceso legal (“*due process of law*”); sin embargo debe tomarse nota que la Constitución Federal no hace referencia alguna al tema en cuestión, lo cual si se hace en forma

expresa por la Quinta enmienda, de fecha 15 de diciembre de 1791, en los siguientes términos: “... No se le privará de la vida, de la libertad o de la propiedad sin el debido procedimiento judicial”. Agregando que a partir de la Enmienda V la fórmula “*law of the land*”, transformada ya en “*due process of law*”, comenzó su recorrido triunfal por casi todas las constituciones del mundo y en especial las americanas.

Guatemala

Al acceder a la independencia, las Provincias Unidas del Centro de América, la Asamblea Nacional Constituyente, el 17 de diciembre de 1823, decreta las “Bases de Constitución Federal”, y si bien es cierto no se refiere expresamente al “debido” proceso, se pueden vislumbrar los gérmenes de la institución, en el artículo 25: “Todos los ciudadanos, sin distinción alguna, estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y juicios”; y en el artículo 45, numerales 3°. Y, 4°.: “No podrán (el Congreso Federal ni los Estados) sino en el caso de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas. 1°..., 2°..., 3°. Dispensar las formalidades sagradas de la ley, para allanar la casa de algún ciudadano, registrar su correspondencia privada, o reducirlo a prisión. 4°. Formar comisiones o tribunales especiales, para conocer en determinados delitos, o para alguna clase de ciudadanos ni dar leyes de proscripción o retroactivas”.

La Constitución Política de la República Federal de Centro América, dada por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de noviembre de 1824, siguiendo lo señalado por las “Bases de Constitución Federal”, en el Título X “Garantías de la Libertad Individual”, prescribe en el artículo 153: “Todos los ciudadanos y habitantes de la República sin distinción alguna estarán sometidos al mismo orden de procedimientos y de juicios que determinen las leyes”. Y, en el artículo 155, señala lo siguiente: “Nadie puede ser preso sino en virtud de orden escrita de autoridad competente para darla”.

Por su parte, la Primera Constitución del Estado de Guatemala, de fecha 11 de octubre de 1825, en el artículo 171 prescribe: “Las leyes señalarán el orden y las formalidades de los juicios, que serán uniformes en todos los tribunales y juzgados”. El artículo 172 señala: “Todos los ciudadanos y habitantes del Estado, sin distinción alguna estarán sometidos al mismo orden de juicios y procedimientos que determinen las leyes”. Y el artículo 173 indica: “En las causas civiles y criminales ningún habitante del Estado será juzgado por comisión y tribunal especial, sino por tribunales competentes anteriormente establecidos por la ley. Tampoco podrán establecerse tribunales para juzgar a una clase determinada de ciudadanos o habitantes, y menos para conocer especialmente de determinados delitos”. Como se puede apreciar, ya se va perfilando lo que va a caracterizar el concepto de “debido” proceso.

Sin embargo, es en la Constitución del 15 de septiembre de 1965, cuando se habla de “proceso legal”, en los siguientes términos: “Artículo 53: Es inviolable la defensa de la persona y de sus derechos. Ninguno puede ser juzgado por comisión o por tribunales especiales. Nadie podrá

ser condenado sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal seguido ante tribunales o autoridades competentes y preestablecidos, en los que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo; y tampoco podrá ser afectado temporalmente en sus derechos, sino en virtud de procedimiento que reúna los mismos requisitos”.

Como puede apreciarse, es en este texto constitucional que por primera vez se hace referencia al concepto “proceso legal” con el agregado de: “en los que se observen las formalidades y garantías esenciales del mismo”, refiriéndose a las formalidades y garantías que se le son inherentes al concepto proceso, retomándose el concepto de tribunales o autoridades preestablecidos, anteponiéndole lo de competentes.

La Constitución Política vigente (decretada el 31 de mayo de 1985, con vigencia el 14 de enero de 1986), incorpora el concepto en parecidos términos, siguiendo la tónica de la Constitución de 1879, al indicar en su artículo 12 que: “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido. Ninguna persona puede ser juzgad por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”.

El “debido” proceso “legal”

El vocablo “*processus*” viene de *pro*, “para adelante”, y *cedere*, “caer”, “caminar”. (Enrique Véscovi, Teoría general del proceso). Por su parte, Eduardo J. Couture, señala lo siguiente: “Derivado culto del latín *processus*, -us “avance, progreso”, usado ya en el lenguaje jurídico de la Edad Media en la acepción de “proceso”. Se trata de un postverbal de procedo, -ere “progresar, avanzar”. (Vocabulario jurídico). Y a pesar de que se podría pensar que es una palabra de origen romano, es una palabra de origen canónico.

Para Hernán Devis Echandía, proceso procesal es el: “conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o pública, en vista de su incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción (en lo civil, laboral o contencioso administrativo) o para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones (en materia penal) y para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual y la dignidad de las personas, en todos los casos (civiles, penales, etc.)”. (Compendio de derecho procesal, I).

Principios del proceso

Se desprende de las definiciones anteriores que lo relevante del concepto lo constituye el respeto a los principios que informan al proceso jurisdiccional; por lo que es menester referirse a los

principios procesales. En ese sentido, en lo que atañe a los principios procesales o del proceso, se comparte la concepción que indica que los principios son ideas fundamentales, pilares sobre los cuales debe construirse la institución del proceso. De esa cuenta son conceptos ineludibles, que el legislador debe tomar en cuenta cuando diseña un instrumento de enjuiciamiento, sin cuya presencia debe rechazarse la existencia de un proceso; por lo que se estima que los principios que deben informar al proceso, son los siguientes: 1. Igualdad de las partes. 2. Juez natural. 3. Procedimiento preestablecido y 4. Moralidad procesal; a los cuales se hace referencia a continuación.

1. Igualdad de las partes litigantes: Para el resguardo y respeto de los derechos, no sólo de la parte demandada, sino para ambas partes, en la tramitación del proceso, este principio es fundamental para la defensa de los derechos de los litigantes.

El principio reseñado sucintamente con antelación es también conocido como derecho de contradicción; también como *audiator et altera pars*. La Constitución Política lo recepta en sus artículos 4º. (“Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer... tienen iguales oportunidades y responsabilidades...”) y 12 (“Derecho de defensa. La defensa de la persona y sus derechos son inviolables. Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido... Ninguna persona puede ser juzgada por Tribunales Especiales o secretos, ni por procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”).

Es importante referir que para Devis Echandía (Principios Fundamentales del derecho procesal penal) de este principio tres consecuencias se deducen: 1ª. La que en el curso del proceso las partes deben gozar de iguales oportunidades para su defensa, lo cual halla fundamento en la máxima *audiator ex altera parts*, y viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados modernos; 2ª. Que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las personas. 3ª. Que tampoco se deben aplicar procedimientos más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, ni porque el país se encuentre en estado de sitio o de emergencia se deben aplicar procedimientos diferentes a los comunes previstos por la ley para los mismos ilícitos.

2. Procedimiento preestablecido: De lo expuesto por el artículo 12 constitucional (“...Ninguna persona puede ser juzgada por... procedimientos que no estén preestablecidos legalmente”) se desprende que el demandante al acudir a un órgano jurisdiccional en demanda de tutela debe conocer cuál es el procedimiento al que se somete para dirimir el conflicto de intereses que arguye en su demanda. De igual forma, el demandado al ser emplazado debe conocer cuál es el procedimiento al cual se le vincula. De allí el término: “preestablecido”.

Este principio es receptado por la Constitución Política, en el segundo párrafo del artículo 12, en los siguientes términos: “Ninguna persona puede ser juzgada... por procedimientos que no estén

preestablecidos legalmente”. Pero este principio no sólo es relevante para las partes procesales, sino para todos los sujetos procesales, es decir para todos los sujetos que participan de una u otra forma en la tramitación de un proceso, de la naturaleza que sea.

Lo anterior es puesto de relevancia por Enrique Alcalde Rodríguez, quien señala que para que la “resolución” que emane del proceso jurisdiccional sea válida es indispensable que “exista un proceso previo legalmente tramitado. Luego la “resolución” será nula si no existe una tramitación anterior a ella, en la cual el afectado, a su vez, haya sido oído en sus defensas y en sus pruebas”. (Principios generales del derecho).

Se estima que en el principio que se está analizando, se subsumen los principios de “eficacia de la serie” y “transitoriedad del proceso”, ya que el legislador al diseñar el modelo de juzgamiento y determinar las etapas del proceso, debe señalar de igual forma los plazos dentro de los cuales las partes y los sujetos procesales deben desarrollar la actividad procesal que corresponda; lo cual hace referencia a la preclusión de sus etapas y a la perentoriedad o no perentoriedad de los plazos. Lo anterior tiene su asidero legal, en la Ley del Organismo Judicial, que señala en su artículo 142 los plazos dentro de los cuáles los jueces deben proferir sus resoluciones (decretos, autos y sentencias) y en el Código Procesal Civil y Mercantil, que en su artículo 64 prescribe la perentoriedad e improrrogabilidad de los plazos y los términos; agregando que el incumplimiento de estos deberes de parte del juzgador conlleva la imposición de una multa, de conformidad con el segundo párrafo del artículo antes citado.

3. Juez natural o preestablecido. En relación a este principio se ha indicado que “Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales *ad hoc*, creados para el caso o para la persona a juzgar”. (Julio B. J. Maier, Derecho procesal penal argentino, tomo 1b).

La Constitución Política recepta este principio en su artículo 12, al regular el derecho de defensa. Al respecto, se considera que dicho principio se desdobra: No sólo es necesario que el juez esté preestablecido, sino que el que conozca del caso sea el competente. Pero, además, no basta que el juzgador sea el natural (preestablecido) y competente, sino que es fundamental que el juez sea imparcial, imparcial e independiente, pues si no lo es, de juez sólo tendrá el nombre.

4. Moralidad o probidad procesal: Adolfo Alvarado Velloso, lo fundamenta en que “si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa arteria o traición. De ahí que la regla moral debe presidir el desarrollo del proceso”. (Obra citada). De igual manera, Eduardo J. Couture es de la opinión que “Un texto expreso debe reconocer el principio de probidad en el debate. No sólo como una regla moral, sino como

una norma positiva que debe tener su reconocimiento en un conjunto de soluciones particulares, con sanciones para los casos de infracción”. (Obra citada).

Hernando Devis Echandía, en relación al principio que se estudia, indica que “... debe considerarse como un principio fundamental del procedimiento el de la buena fe y lealtad procesal de las partes y del juez en toda clase de procesos... la ley procesal debe sancionar la mala fe de las partes o de sus apoderados, estableciendo para ello severas medidas... La lealtad procesal es consecuencia de la buena fe en el proceso, y excluye las trampas procesales, los recursos torcidos, la prueba deformada, las inmoralidades de todo orden, el fraude en el proceso y con el proceso”. (Obra citada).

La Ley del Organismo Judicial en su artículo 17 prescribe que, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Además, en su artículo 66 otorga al juez la facultad de “compeler y apremiar por los medios legales a cualquier persona para que esté a derecho”; y, “para rechazar de plano, bajo su estricta responsabilidad, los incidentes notoriamente frívolos o improcedentes, los recursos extemporáneos y las excepciones previas extemporáneas, sin necesidad de formar artículo o hacerlo saber a la otra parte”.

Se comparte la opinión de los autores citados que propugnan por la existencia del principio procesal de buena fe o probidad procesal, porque en el desarrollo del proceso, del orden procedimental que sea, es común apreciar tácticas dilatorias con el objeto de entorpecer el trámite del proceso. Por ello se estima que este principio debe informar al proceso, pues si la acción (como derecho a la jurisdicción, a través de un “debido” proceso), es el sustitutivo de la fuerza ilegítima (“justicia” por mano propia), ésta, la violencia, debe también ser erradicada del instrumento que utiliza la jurisdicción para administrar justicia, que es el proceso.

El “debido” proceso. ¿Derecho o garantía?

Hay que puntualizar que el concepto de “debido” proceso es receptado por nuestra Constitución Política, en su artículo 12, refiriéndolo como “proceso legal” y no como “debido proceso”. No obstante, hay que señalar que la Corte de Constitucionalidad se refiere a dicha institución, como “debido proceso”, identificándolo como “principio” y como “garantía constitucional”, indistintamente.

Sin negar su naturaleza de garantía constitucional, debe indicarse que la Constitución Política, el “debido” proceso “legal”, lo regula en el Capítulo I “Derechos Individuales” del Título II “Derechos Humanos”, y no en el Título VI “Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional”; por lo que el instituto se percibe complejo, pues no es solo un principio sino que contiene una serie de principios, que en su conjunto resume todos los derechos inherentes a la persona, por el hecho de ser persona, que deben respetarse cuando el legislador diseña un procedimiento jurisdiccional, pues todo procedimiento judicial conlleva el juzgamiento de alguna persona, lo cual debe realizarse con el respeto de todas las garantías posibles.

Respecto a la garantía constitucional, Ignacio Burgoa Orihuela, informa que “Parece ser que la palabra “garantía” proviene del término anglosajón “warranty” o “warrantie”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), lo que tiene una connotación muy amplia. “Garantía” equivale, pues, en su sentido lato, a “aseguramiento” o “afianzamiento”, pudiendo denotar también “protección”, “respaldo”, “defensa”, “salvaguardia” o “apoyo”. (Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo).

Por lo anterior, se comparte la opinión de Luis Bazdresch, en el sentido que: “Las garantías son realmente una creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por esas garantías son los derechos del hombre, que no provienen de ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano; esto es, hay que distinguir entre derechos humanos, que en términos generales son facultades de actuar o disfrutar, y garantías, que son los compromisos del Estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos”. (Garantías constitucionales).

Por lo anterior, es importante señalar qué es lo que se entiende por “debido” proceso. Para el efecto se acude a la docta opinión del profesor Adolfo Alvarado Velloso, para quien la definición positiva y técnica del concepto de “debido proceso”, es sólo aquél que se adecua plenamente con el simple concepto de “proceso”, que se puede instrumentar a partir de la aceptación del sistema dispositivo o acusatorio, con los principios esenciales que ha de tener en cuenta como puntos de partida, para lograr la coherencia interna que todo sistema requiere para su existencia como tal. En otras palabras, “el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional”. (obra citada). En el mismo sentido se pronuncia Gustavo Calvino al señalar que “el debido proceso no es otra cosa que el proceso, de por sí respetuoso de los derechos y garantías constitucionales y de los derechos fundamentales reconocidos en los pactos y tratados internacionales de los derechos humanos”. Por lo anterior, compartimos la opinión que “El debido proceso es considerado un derecho, un principio y una garantía constitucional, y por ello en el mundo jurídico es una institución muy importante, pero a la vez muy basta y compleja”. (Oswaldo Ordóñez Alcántara, Debido proceso y el derecho a la prueba).

Y, para concluir este apartado, digamos con Eduardo J. Couture, que el “debido” proceso “legal”, es una “Garantía constitucional consistente en asegurar a los individuos la necesidad de ser escuchados en el proceso en que se juzga su conducta, con razonables oportunidades para la exposición y prueba de sus derechos”. (Vocabulario jurídico).

Interpretación constitucional del concepto “debido” proceso

Se señaló que, no obstante que la Constitución Política se refiere al instituto objeto de estudio como “proceso legal”, la Corte de Constitucionalidad, como intérprete de la Constitución Política, en las ocasiones en que lo ha analizado e interpretado, lo identifica como “debido proceso”,

pronunciándose en los siguientes términos: “... Tal garantía consiste en la observancia por parte del tribunal, de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio...”. (Sentencia de 16 de diciembre de 1999 Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49).

En sentencia del 6 de julio del 2000, la Corte de Constitucionalidad consideró que: “... Los derechos de audiencia y al debido proceso reconocidos en el artículo 12 de la ley fundamental, al provenir de una norma general prevista en la parte dogmática, deben tener plena observancia en todo procedimiento en que se sancione, condene o afecten derechos de una persona...”. (Gaceta No. 57, expediente No. 272-00, página No. 121).

Así mismo, en sentencia del 19 de septiembre del año 2001, señala: “... Esta disposición constitucional garantiza el derecho de defensa y establece el derecho de audiencia, da oportunidad que surja el contradictorio necesario...”. (Gaceta No. 61, expediente No. 551-01); puntualizando en la sentencia fechada 19 de septiembre de 2001, que: “La garantía del debido proceso no sólo se cumple cuando en un proceso se desarrollan los requisitos procedimentales que prevé la ley y se le da oportunidad de defensa a ambas partes de esa relación procesal...”. (Gaceta No. 61, expediente No. 712-01).

En sentencia de fecha 10 de noviembre de 2009, la Corte de Constitucionalidad afirma que: “La garantía constitucional del debido proceso, en todo proceso judicial, es entendida como una garantía que se sostiene en los principios de igualdad y bilateralidad procesal y contradicción. Preconiza el efectivo ejercicio del derecho a la audiencia debida con el objeto de brindar la igualdad procesal a quienes como partes intervienen en un proceso judicial. Lo anterior también posibilita el goce de otros derechos y garantías (...) entre los que están: derecho de contradicción (defensa), de producir medios probatorios para que éstos sean válidamente apreciados por el juzgador, y de obtener respecto de las pretensiones deducidas en el juicio una decisión judicial fundada, emanada por un tribunal imparcial, independiente y preestablecido...”. (Gaceta 94. Expediente 3183-2009. Sentencia del 10/noviembre/2009).

En sentencia del 27 de enero de 2010, el mencionado tribunal resolvió lo siguiente: “El debido proceso constituye el medio sine qua non para arbitrar la seguridad jurídica; de esa cuenta, su institución se ha constitucionalizado con la categoría de derecho fundamental propio y como garantía de los demás derechos, especialmente el de defensa. No es, entonces, una cuestión meramente técnica, sino incluye una especial consideración garantista. El desvío de los principios

esenciales del proceso agravia los derechos de las personas en la medida en que su inobservancia impida la aproximación a la justicia”. (Gaceta 95. Expediente 3803-2009).

Si se conjuga lo señalado por la Corte de Constitucionalidad con lo indicado por el profesor Adolfo Alvarado Velloso, en el sentido que toda idea de “debido” proceso debe partir del respeto de los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional, no puede menos que concluir que para que el proceso sea tal, deben respetarse sus principios, pues la ausencia de tales principios conlleva la ausencia del proceso, lo que configura violación a los derechos fundamentales del hombre.

Lo anterior aunado a lo señalado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido del derecho de toda persona a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil (numeral 1 del Artículo 14). No obstante, debe puntualizarse que, aunque el término “debido” proceso, se refiere a lo procesal (lo cual es obvio), se es de la opinión que el concepto debe configurarse desde una perspectiva más amplia, ya que debe abarcar cuestiones preprocesales, como los derechos del sindicado, previo a su juzgamiento.

Garantías constitucionales que se observan en el “debido” proceso

No basta que en la Constitución Política estén inmersos los fundamentos del “debido” proceso, en el artículo 12, y que el artículo 204 prescriba la supremacía constitucional (“Artículo 204. Condiciones esenciales de la administración de justicia. 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”) y que la Ley del Organismo Judicial recepcione dicho principio (“Artículo 9. Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa. Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado, salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno.”), se requiere que no sea simple retórica y que los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones lo hagan efectivo, y no privilegien lo dispuesto en un Código procesal, por sobre lo dispuesto en la Constitución Política.

Al respecto, Jorge Eduardo Vásquez Rossi es de la opinión que “El acudir a un paradigma constitucional en materia penal resulta una exigencia insoslayable, ya que se encuentran en juego nada menos que los límites y condiciones del poder estatal respecto del individuo. De ese pacto social, de esas reglas de coexistencia, deben desprenderse las regulaciones punitivas, las que jamás pueden discrepar del modelo básico sobre el que se asienta y del que deriva el orden jurídico”. (Derecho procesal penal).

De lo expuesto, se evidencia que es indispensable la determinación del tipo de proceso que la Constitución Política requiere; y a continuación realizar una labor de confrontación con la normativa del Código Procesal Penal, para determinar si el diseño elaborado por el legislador ordinario plasma y desarrolla los principios constitucionales, o si por el contrario los contradice. En ese sentido: “El texto constitucional ostenta un carácter de norma suprallegal, porque no puede ser alterado o reformado mediante los procedimientos ordinarios de creación o modificación de las normas; por eso la ley no puede cambiar la Constitución”. (Alberto Suárez Sánchez, El debido proceso penal).

Para la labor mencionada no basta aceptar sin más lo que se pueda decir respecto a determinada forma de juzgamiento, como, por ejemplo, la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal, señala que dicha normativa es “garantista”; sino que es necesaria una labor comparativa de ambos ordenamientos: el constitucional y el procesal, en especial el penal, para determinar si se adscribe al garantismo procesal.

El profesor argentino Osvaldo Alfredo Gozaíni, al referirse al “debido proceso legal”, señala que este derecho genera las siguientes manifestaciones: el acceso a la justicia es un presupuesto y al mismo tiempo una garantía constitucional; el derecho al juez predeterminado con anterioridad a la causa, (lo que se conoce como juez natural) quien a su vez debe tener las siguientes características: ser imparcial; que asuma su competencia sin desbordes paralizantes; que de curso a la instancia judicial con la asignación del trámite pertinente; que satisfaga con prudencia el control de legitimación *ad causam* y *ad processum*; que en su oportunidad valore a conciencia y razón las pruebas cumplidas en el litigio; y por último, que produzca una sentencia fundada en derecho y con adecuada constatación de las circunstancias efectivamente comprobadas. En ese sentido, la imparcialidad del juzgador está reconocida como una garantía preexistente. Agrega que “En el sentido apuntado para quien marca el interés propuesto, la otra cara del litigio, el demandado, debe contar con la misma posibilidad defensiva”. (Lecciones de derecho procesal constitucional).

Para Gozaíni (obra citada) los reaseguros que cuentan las partes en el proceso se ratifican con otros requisitos de validez intrínseca que pertenecen a las “garantías” que, “de cara al pueblo”, debe mostrar todo procedimiento jurisdiccional, dentro de las cuales se encuentra el principio de “igualdad ante la ley” se incorpora al proceso para salvaguardar el equilibrio de las partes, es decir, la concreta posibilidad para que ambas partes cuenten con idénticas oportunidades para demostrar sus afirmaciones.

Al respecto Enrique Alcalde Rodríguez, (obra citada) al referirse a los elementos que el constituyente chileno tomó en cuenta para un “racional y justo procedimiento”, se ubican los siguientes: a) notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; b) presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; c) resolución pronunciada en un plazo razonable; d) resolución dictada por un tribunal u órgano

imparcial y objetivo, y e) posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior, igualmente imparcial y objetiva.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad, al pronunciarse sobre el tema, en la sentencia del 16 de diciembre de 1999, ha señalado que el concepto de “debido” proceso, incorpora los siguientes derechos: “... Tal garantía... se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso...”. (Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49).

Y, en la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2001, puntualiza: “... la garantía del debido proceso no sólo se cumple cuando en un proceso se desarrollan los requisitos procedimentales que prevé la ley y se le da oportunidad de defensa a ambas partes de esa relación procesal, sino que también implica que toda cuestión litigiosa debe dirimirse conforme disposiciones normativas aplicables al caso concreto con estricto apego a lo que dispone el artículo 204 de la Constitución y que se viola el debido proceso si a pesar de haberse observado meticulosamente el procedimiento en la sentencia se infringen principios que le son propios a esta garantía constitucional... (Gaceta No. 61, expediente No. 712-01)

Hay que puntualizar que adicionalmente a la normativa interna debe tomarse en cuenta el Derecho internacional, que de conformidad con el artículo 46 de la Constitución Política tienen preeminencia sobre el derecho interno: “Artículo 46. Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

En el sentido anterior, el Pacto de San José de Costa Rica, hace referencia al derecho a ser oído en el juicio; en un plazo razonable; derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial; derecho a que se presuma la inocencia mientras la culpabilidad no sea establecida legalmente; derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete; derecho a recibir comunicación previa y detallada de la acusación formulada; derecho a que se le conceda tiempo suficiente para la preparación de la defensa; derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un letrado de su elección; derecho a comunicarse libre y privadamente con su defensor; derecho a interrogar a los testigos; derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; derecho de recurrir el fallo que le sea adverso ante un tribunal superior; derecho a que si el inculcado es absuelto en sentencia firme no sea sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos; derecho a un juicio público; derecho a que si el inculcado ha sido absuelto por sentencia firme a no ser sometido a un nuevo juicio si ya fue absuelto por los mismos hechos.

En la misma línea de pensamiento Ramón Antonio Peláez Hernández, (Debido proceso probatorio en el contexto de las garantías procesales), señala que los principios, normas y prohibición que constituyen el contenido del derecho al debido proceso, son los siguientes: “1. Principio de legalidad del delito. 2. Principio de legalidad de la pena y de su ejecución. 3. Principio de legalidad del proceso. 4. Principio del juez natural. 5. Principio de la ritualidad garantizadora o formas propias de cada juicio. 6. Principio de la favorabilidad. 7. Presunción de inocencia. 8. Derecho de defensa real o técnica. 9. Derecho al proceso que en la ley corresponda. 10. Derecho a un proceso público. 11. Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas. 12. Derecho a presentar pruebas. 13. Derecho a controlar la producción de la prueba. 14. Derecho a controvertir las pruebas que se aporten en su contra. 15. Derecho de impugnación o a la doble instancia. 16. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. 17. Derecho a la prueba debida. 18. Prohibición de *reformatio in pejus*. 19. Derecho a la no autoincriminación ni incriminar a parientes cercanos. 20. Prohibición de pena de muerte, de penas no redimibles, crueles, degradantes o inhumanas. 21. Derecho de acceso a la justicia. 22. Derecho a jueces independientes y autónomos. 23. Prevalencia del derecho sustancia. 24. Derecho a que los términos judiciales se observen con diligencia. 25. Principio de *in dubio pro reo*. Esta enumeración no es taxativa y tampoco agota las derivaciones que emergen de cada uno de los contenidos de los principios, normas y prohibiciones que se han mencionado”.

Por lo anterior, se abordarán algunas de las garantías que deben cumplirse en un proceso acusatorio, garantista, no inquisitivo, en forma enunciativa, no taxativa:

Juicio previo

En relación a esta garantía constitucional, el profesor argentino Alberto M. Binder, señala que la Constitución Nacional de su país, en el artículo 18 expresa que “Ningún habitante podrá ser condenado sino en virtud de juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”, y que “juicio” significa concretamente, juicio oral, público y por jurados. Y así como juicio tiene un contenido preciso, también debe existir un proceso que conduzca al juicio y que cuando la garantía constitucional hace referencia a una ley anterior al hecho del proceso, por lo que debe existir necesariamente un proceso y que ese proceso se rige por la ley anterior al hecho que es su objeto. Además, así como el juicio termina necesariamente en la sentencia, el “proceso” debe preceder también necesariamente al juicio. (Introducción al derecho procesal penal).

El profesor de la Universidad de Córdoba, Argentina, José I. Cafferata Nores, señala que “la opinión más corriente entiende que. Juicio previo equivale a proceso previo, concebido éste como una “entidad jurídica prefijada”, cuya completa tramitación será imprescindible para poder aplicar una pena al acusado de la comisión de un delito. Esta construcción legal (es decir, hecha por ley), dispondrá en forma previa, abstracta y obligatoria para cualquier caso futuro, cuáles son los actos que deben cumplirse en su desarrollo, quienes podrán ser sus protagonistas, qué forma deberán observar y en qué orden deberán cumplirse. Todas estas disposiciones serán inalterables

por los funcionarios y particulares actuantes: es el proceso regular y legal que debe necesariamente preceder a la sentencia condenatoria, que, por cierto, lo integra”. (Manual de derecho procesal penal).

De lo expuesto, se puede apreciar que la opinión de Binder, es puntual al señalar que “debe existir un proceso que conduzca al juicio y que cuando la garantía constitucional hace referencia a una ley anterior al hecho del proceso, por lo que debe existir necesariamente un proceso”; y que la opinión de Cafferata Nores es más amplia al incluir en la idea “cuáles son los actos que deben cumplirse en su desarrollo”; es decir, en la tramitación del proceso. En este sentido, nos inclinamos por lo expuesto por el profesor Binder, pues el principio de juicio previo, se refiere a la preexistencia de un juicio como presupuesto para una sentencia condenatoria (en el ramo que sea), y no a que en el desarrollo procedimental se hayan violentado algunas garantías inherentes al “debido” proceso, que es otro tema.

Al respecto, la Constitución Política en el artículo 12, prescribe lo siguiente: “...Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal...”; principio que el Código Procesal Penal recepciona en el artículo 4: “Juicio previo. Nadie podrá ser condenado, penado o sometido a medida de seguridad y corrección, sino en sentencia firme, obtenida por un procedimiento llevado a cabo conforme a las disposiciones de este Código y a las normas de la Constitución, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y sus facultades y derechos del imputado o acusado. La inobservancia de una regla de garantía establecida a favor del imputado no se podrá hacer valer en su perjuicio”.

Hay que observar que aun cuando la Constitución Política se refiere a “proceso legal” y el Código Procesal Penal a “juicio”, no existe contradicción entre ambos términos, pues en nuestro medio forense se conceptúan como sinónimos, aun cuando se debe tener claro que el “juicio” propiamente dicho es cuando el juez haciendo uso de su actividad intelectual subsume los hechos al Derecho, plasmando su “juicio” en la sentencia, es decir condenando o absolviendo al procesado. Y proceso se refiere al método que ha diseñado el legislador, como método para dirimir los conflictos que se den en el seno de la sociedad.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, con vigor a partir el 23 de marzo de 1976, en el numeral 1 del artículo 14, prescribe: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Nuestra Corte de Constitucionalidad se inclina por lo expuesto por Cafferata Nores, pues en el concepto de juicio previo incluye el “debido” proceso y el de tutela judicial efectiva. Así, al analizar el artículo 12 constitucional, señala: “Previo a resolver el asunto de fondo que se discute, el Tribunal está obligado a verificar que en el trámite de la causa se haya cumplido y respetado el debido proceso, como presupuesto esencial e imprescindible que viabiliza la emisión de la sentencia que ponga fin a la controversia”. (Gaceta 105. Expedientes acumulados. 4121,4, 1143, 4237, 4307 y 4379-2011. Fecha de sentencia, 18/07/2012). En expediente 1462-2009, sentencia de 23/02/2010 (Gaceta 95), la Corte se refiere al debido proceso y al derecho de defensa, en los siguientes términos: “Por imperio de la previsión constitucional contenida en el artículo 12 del Texto Supremo, para el respecto al debido proceso y al derecho de defensa, se debe observar el principio de audiencia o contradicción, que suele enunciarse tradicionalmente con el brocardo “*audiator et altera pars*” (óigase a la otra parte)”. Y, al pronunciarse en relación al artículo 4 (Juicio previo) del Código Procesal Penal, se refiere a la tutela judicial efectiva, señalando: “... la tutela judicial efectiva ... configura en si misma un derecho fundamental, a la vez que constituye una garantía para el resto de derechos, por cuanto es mediante la eficaz intervención de los jueces que se afianza su protección... el derecho a la tutela judicial efectiva demanda garantizar el acceso a los tribunales de justicia para instar las acciones respectiva, la observancia del debido proceso en el trámite correspondiente y la solución de la controversia mediante la emisión de una resolución fundada en derecho...”.

Como se aprecia, la Corte de Constitucionalidad, cuando se refiere a juicio previo, indistintamente abarca los conceptos de “debido” proceso, derecho de defensa, derecho de audiencia y tutela judicial efectiva, aun cuando son conceptos que teóricamente pueden distinguirse. Lo que debe quedar claro es que, nadie puede ser condenado ni privado de sus derechos, sin que exista un proceso previo en el que se haya cumplido totalmente su procedimiento, sus distintas etapas, y que se haya tramitado con el respeto a las garantías constitucionales inherentes al concepto de derecho de defensa y “debido” proceso.

El juez natural, legal o preestablecido

Con antelación se citó al profesor argentino Julio B. J. Maier, quien, en relación al juez natural o preestablecido, señala que “Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso), esto es, que se coloque frente al imputado tribunales ad hoc, creados para el caso o para la persona a juzgar”. (Obra citada).

Este principio está inmerso en el derecho de defensa que regula la Constitución Política, en su artículo 12, al indicar que “nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”. Se puede apreciar que este principio se desdobra: No sólo es necesario que el juez esté preestablecido, sino que el que conozca del caso sea el competente. Pero, adicionalmente debe advertirse que no

basta que el juzgador sea el natural (preestablecido) y competente, sino que es fundamental que el juez sea imparcial, imparcial e independiente, pues si no lo es, de juez sólo tendrá el nombre.

Esta garantía se ve reforzada por el artículo 203 de la Constitución Política, que en su parte conducente prescribe que “... Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado...”; normativa que se ve complementada por lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del citado artículo, en los siguientes términos: “La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, prescribe: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable. Por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o fiscal o de cualquier otro carácter”.

En los mismos términos se pronuncia el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Corte de Constitucionalidad de nuestro país, en sentencia de 24/07/2020, expedientes acumulados 2187.2020, 2189-2020 y 2190-2020, señaló: “... el derecho al juez natural garantiza que solo la ley puede instituir jueces dotados de jurisdicción y competencia, quienes están facultados para conocer de las causas en forma objetiva, funcional o territorial, lo que incluye la prohibición de crear tribunales ad hoc o especiales para juzgar determinados casos o personas... la garantía de juez natural, como precondition y elemento esencial del debido proceso, tiene por objeto evitar que la administración de justicia se realice de forma arbitraria... para asegurar el derecho al juez natural, como instrumento indispensable de igualdad y como garantía frente a la arbitrariedad del poder público, debe observarse que el litigio suscitado sea conocido y resuelto por un órgano jurisdiccional competente y predeterminado, conformado legalmente...”.

La imparcialidad del juzgador

La imparcialidad es la condición de “tercero interesado” (independiente, neutral) del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni tener prejuicios a favor o en contra, ni estar involucrado con los intereses del acusador ni del acusado, ni comprometido con sus posiciones, ni vinculado personalmente con estos; y la actitud de mantener, durante todo el proceso, la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (sin colaborar con ninguna) hasta el momento de elaborar la sentencia. (Cafferata Nores, obra citada).

La Constitución Política en el párrafo tercero del artículo 203 prescribe que “Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público”; que se ve complementada por el párrafo cuarto del mismo artículo, al señalar: “Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”. De donde se desprende que nuestra Ley Fundamental no se refiere en forma expresa a la imparcialidad del juzgado, sólo a su independencia; ello, porque ser juez conlleva, en principio, la imparcialidad, y como veremos, la imparcialidad.

Por su parte, el Código Procesal Penal es específico en el artículo 7, al regular la independencia e imparcialidad del juzgador, e indicar que “El juzgamiento y decisión de las causas penales, se llevará a cabo por jueces imparciales e independientes, sólo sometidos a la Constitución y a la ley...”.

En este sentido se consignó en el numeral anterior, lo que al respecto prescribe el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 1 del artículo 14: “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.

Juan Montero Aroca (Proceso penal y libertad) señala que la imparcialidad es la ausencia de designio o prevención en el juez de poner su función jurisdiccional al servicio del interés particular de una de las partes o de su propio interés. La función jurisdiccional consiste en la tutela de los derechos de las personas, ciertamente por medio de la aplicación del Derecho objetivo en el caso concreto, y la imparcialidad se quiebra cuando el juez tiene el designio o la prevención de no cumplir realmente con esa función, sino que, incumpliendo con ella, puede perseguir en un caso concreto servir a una de las partes o servirse a sí mismo.

De lo expuesto por el profesor valenciano, se desprende que la parcialidad se percibe desde dos puntos de vista: uno, cuando el juez en el ejercicio de su función jurisdiccional sirve a una de las partes; y dos: cuando se sirve a sí mismo. Esa actitud del juez a servirse a sí mismo, encuadra dentro de lo que hoy en día se conoce como parcialidad, lo contrario a imparcialidad, en donde el juez no tiene interés subjetivo en el caso concreto; porque la actitud de servir a una de las partes se ha desdoblado en lo que se conoce como parcialidad. Y si el juez es imparcial, entonces, se dice que el juez es imparcial, que no es parte.

En la misma línea de pensamiento, Alvarado Velloso es de la opinión que “La idea de imparcialidad indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de

parte (imparcialidad) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (imparcialidad) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (independencia)". (La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial). Agrega el profesor Alvarado Velloso que la palabra "imparcialidad" significa varias cosas diferentes a la "falta de interés", ya que exige:

"una definitiva ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos) respecto de las partes litigantes y del objeto litigioso, independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada, que pueda influir en su ánimo, no identificación con alguna ideología determinada, completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno, y a la influencia de la amistad, de odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera, Y también en no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como fallar según su propio conocimiento privado el asunto, Tampoco debe tener temor al qué dirán, ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera". (La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento).

Acerca de la "imparcialidad", Pedro Aragonese Alonso, señala: "El proceso se caracteriza porque el reparto se lleva a cabo por un tercero. Es, pues, característica del proceso la nota de IMPARTIALIDAD. Con ello se distingue el proceso de todas las estructuras de autotutela unilateral o bilateral, adopten o no una forma de actuación más o menos procesalizada... el tercero decisor no es parte en el conflicto. No tiene, en otros términos, un interés inmediato en el reparto que de él se pretende". (Proceso y derecho procesal).

Alvarado Velloso, en relación al tema de la imparcialidad, indica que "La voz significa que el juez no es ni debe ser parte en el litigio. Obvia y lógica consecuencia de ello es que el juez no ha de hacer en el procedimiento lo que es tarea propia y específica de las partes litigantes: afirmar e introducir hechos y, llegado el caso, probarlos...". (La garantía constitucional del debido proceso). Refiere que las Siete Partidas (Partida III, Título IV de la Ley X) señalaban: "Cómo el juzgador se debe guardar de no oír su pleito mismo, ni otro de que él hubiese sido abogado o personero, pues Juez e demandador e demandado, son tres personas que conviene que sean en todo pleito que se demanda por juicio. Y por eso decimos que ningún juzgador no puede, ni debe oír ni librar pleito sobre cosa suya, o que a él pertenezca, porque no debe un hombre tener lugar de dos, así como de juez y demandador". (Los sistemas de enjuiciamiento judicial). Señalando que, si bien se mira esta afirmación, parece claro que de ella sale la idea de que no se puede ser juez ni parte al mismo tiempo pues, si así es y el acusado es el propio juez, sólo Dios puede actuar como defensor para evitar una obvia condena.

Respecto de la independencia, el juez "debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes". (Alvarado Velloso. La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial). En ese sentido, el artículo 203 de nuestra Constitución política, al regular la

“Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar”, prescribe en su segundo párrafo: “Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. Quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público”.

Por su parte el artículo 205 de la Constitución Política, se refiere a las “Garantías del Organismo Judicial”: Se instituyen como garantías del Organismo Judicial, las siguientes: a) La independencia funcional; b) La independencia económica; c) La no remoción de los magistrados y jueces de primera instancia, salvo los casos establecidos por la ley; d) La selección de personal.

En el mismo sentido, la Ley del Organismo Judicial en el artículo 52, al referirse a las “Funciones del Organismo Judicial” prescribe: “Para cumplir sus objetivos, el Organismo Judicial no está sujeto a subordinación alguna, de ningún organismo o autoridad, sólo a la Constitución Política de la República y las leyes. Tiene funciones jurisdiccionales y administrativas, las que deberán desempeñarse con total independencia de cualquier otra autoridad...”.

En relación a la independencia del juzgador, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 10 prescribe: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones...”.

Y el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos) de fecha 22 de noviembre de 1969, lo regula en los siguientes términos: “Artículo 8: Garantías Judiciales. 1. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y dentro de un plazo razonable, por un juez tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...”. Al respecto Christian Steiner y Patricia Uribe, señalan que la Corte ha establecido que el debido proceso tiene como uno de sus presupuestos fundamentales “Que el juez, que interviene en una contienda particular, se aproxime a los hechos de la causa de modo imparcial”. Eso supone “el juez o tribunal, en el ejercicio de su función como juzgador, cuenta con la mayor objetividad para enfrentar el juicio”, lo que a su vez permite “que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”. En ese sentido, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el caso *Daktara versus, Lithuania*, la Corte estableció que la imparcialidad del juez debe analizarse desde dos perspectivas, la subjetiva y la objetiva. La imparcialidad personal o subjetiva supone que “el juez que interviene en una contienda particular, se aproxima a los hechos de la causa, careciendo de manera subjetiva, de todo prejuicio personal”. Por su parte, la imparcialidad objetiva se prueba ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la Comunidad puedan albergar

respecto de la ausencia de imparcialidad. (Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Comentario).

El derecho a la defensa

En nuestro medio, tradicionalmente, cuando se aborda el tema del derecho de defensa, indefectiblemente se piensa en el ámbito penal; más, sin embargo, este derecho atañe a cualquier personas que acuda a los órganos jurisdiccionales en demanda de justicia, es decir, en defensa de sus derechos. Así lo ha conceptualizado José I. Cafferata Nores, al señalar que este derecho “importa, *lato sensu*, la posibilidad de cualquier persona de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento y protección, aun penal, de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo, así como el de argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra”. (Manual de derecho procesal penal).

Por su parte el autor colombiano Alberto Suárez Sánchez opina que: “el Derecho de defensa es el que tiene el imputado para oponerse a la pretensión penal de la acusación. La defensa puede concebirse como una parte procesal, dialécticamente opuesta a la acusación, integrada por dos sujetos procesales (el imputado y su abogado), titulares de todo un conjunto de garantías y derechos instrumentales suficiente para contestar la pretensión penal y hacer eficazmente dentro del proceso el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado se presumen inocente”. (Obra citada).

En forma genérica el artículo 12 constitucional señala que “La defensa de la persona y sus derechos son inviolables”; pero en forma más específica el artículo 8° al referirse a los derechos del detenido, prescribe que: “Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que pueda proveerse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales...”; lo cual se ve complementado por lo dispuesto en el Capítulo II (Abogados) del Título VI (Mandatarios Judiciales y Abogados), especialmente en el artículo 196 de la Ley del Organismo Judicial, que señala: “Para ejercer la profesión de abogado, se requiere el título correspondiente; ser colegiado activo: estar inscrito en el Registro de Abogados que se lleva en la Corte Suprema de Justicia; estar en el goce de derechos ciudadanos; y no tener vigente ninguna clase de suspensión...”.

Al respecto, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el numeral 2, señala que: “... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) ...; b) ...; c) ...; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;”. Y, en la literal e) agrega: “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”: por lo que, Christian Steiner y Patricia Uribe, señalan:

“El derecho relacionado se refiere a dos posibilidades de defensa del inculpado, esto es, la que puede ejercer él mismo y aquella que supone la asistencia de un defensor de su elección. Así. La Corte ha destacado que un inculpado puede defenderse personalmente, siempre que esto lo permita “la legislación interna”. Asimismo, de acuerdo con el Tribunal, el inculpado, a través de sus propios actos, entre ellos la declaración que rinda sobre los hechos que se le atribuyen, puede enfrentar y refutar la acusación en su contra. Si el inculpado “no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección”. La defensa técnica supone que un defensor asesore al investigado sobre sus deberes y derechos, sobre la posibilidad de ejercer recursos contra actos que afecten derechos y ejecute *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas”. (Obra citada).

En la legislación penal, la defensa técnica y la material, tienen su asidero en lo dispuesto por el Código Procesal Penal, que en el artículo 92 indica que “El sindicado tiene derecho a elegir un abogado defensor de su confianza. Si no lo hiciera el tribunal lo designará de oficio... Si prefiere defenderse por sí mismo, el tribunal lo autorizará sólo cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica y, en caso contrario, lo designará de oficio. La intervención del defensor no menoscaba el derecho del imputado a formular solicitudes y observaciones...” el cual se ve complementado por el art. 94 del mismo cuerpo legal, que señala lo siguiente: “Para el ejercicio de su función, los defensores serán admitidos de inmediato y sin ningún trámite por la policía, el ministerio Público o por el tribunal competente, según el caso”.

En el ámbito procesal penal, Cafferata Nores, señala que tradicionalmente, se distinguen dos aspectos de la actividad defensiva: el material y el técnico; señalando que la defensa material “consiste en la actividad que el imputado puede desenvolver personalmente haciéndose oír, declarando en descargo o aclaración de los hechos que se le atribuyen, proponiendo y examinando pruebas, y presenciando o participando (según el caso) en los actos probatorios y conclusivos, o absteniéndose de hacerlo. El correcto ejercicio exige su intervención efectiva en el proceso y presupone su conocimiento de la imputación”. (Obra citada). Respecto a la defensa técnica, agrega que la defensa del imputado se integra, también, con la actividad desarrollada por un abogado que lo aconsejará, elaborará la estrategia defensiva y propondrá pruebas, controlará y participará en su producción y en las de cargo que ofrezca el acusador, argumentará sobre su eficacia conviccional, discutirá el encuadramiento jurídico de los hechos que se le imputan a su defendido y la sanción que se le pretenda imponer y podrá recurrir en su interés.

Presunción de inocencia

Esta garantía constitucional, tradicionalmente ha sido designada como “principio de inocencia”; sin embargo, actualmente, también se le denomina “estatus de inocencia”, “estado de inocencia”, o como “derecho a ser tratado como inocente”; No obstante, “en definitiva, todas estas posturas son perfectamente conciliables y no difieren en sus efectos prácticos”. Al respecto, Cafferata Nores señala que “El estado de inocencia puede formularse diciendo que todo acusado es inocente mientras no se establezca legalmente su culpabilidad lo que ocurrirá cuando “se pruebe”

que “es culpable”, en las condiciones de garantías que se establecen en el sistema constitucional y el Código Procesal Penal”. (Obra citada).

Por su parte, Alberto M. Binder, señala que la máxima de que “nadie es culpable si una sentencia no lo declara así”, en concreto, significa: “a) Que sólo la sentencia tiene esa virtualidad. b) Que al momento de la sentencia sólo existen dos posibilidades: o culpable, o inocente. No existe una tercera posibilidad. c) Que la “culpabilidad” debe ser jurídicamente construida. d) Que esa construcción implica la adquisición de un grado de certeza. Que el imputado no tiene que construir su inocencia. e) Que el imputado no puede ser tratado como un culpable. f) Que no pueden existir ficciones de culpabilidad, es decir, partes de la culpabilidad que no necesitan ser probadas”. (Obra citada).

En este sentido, Vásquez Rossi, (Derecho procesal penal) señala que de este principio se deriva el (principio) de “*In dubio pro reo*”, garantía que opera como un obstáculo que evita el pronunciamiento condenatorio en los casos en que no se ha arribado, a través de la prueba colectada, a una determinación cierta del hecho delictivo y de la responsabilidad del imputado.

Efectivamente, esta garantía funciona cuando el juez al encontrarse en la situación de resolver el fondo del asunto sometido a su conocimiento, tiene duda sobre la participación del procesado, entonces, -en caso de duda- tiene que dictar un fallo absolutorio.

Hay que señalar que “En suma, la Presunción de inocencia, es una gran conquista política de los pueblos, testimonio universal que los hombres integrantes de la sociedad propende por su progreso y desarrollo, y sólo por excepción una pequeña minoría, abandona los cauces generales y afecta los bienes jurídicos generales”, como lo señala Orlando Alfonso Rodríguez Chocontá. A este respecto, el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”.

El artículo 14 de la Constitución Política al referirse a la presunción de inocencia, indica que: “Toda persona es inocente, mientras no se le haya declarado responsable judicialmente, en sentencia debidamente ejecutoriada”. Y, el Código Procesal Penal, dicha norma la recepciona en el artículo 14.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad, en diversos fallos ha señalado que “a quien se encuentre sindicado por la comisión de delito o falta se le continuará considerando inocente y será tratado como tal durante el trámite del proceso hasta que no se emita fallo condenatorio en su contra”. (Gaceta 99. Expediente 1994-2009. Sentencia: 08/02/2011. Gaceta 92. Expediente 3383-2008. Sentencia 15/06/2009. Gaceta 47. Expediente 1011-97. Sentencia: 31/03/1998).

El derecho a la acusación

Hay que aclarar que entendemos que la acusación “es la atribución -fundada- por parte del órgano acusador a una persona debidamente individualizada, de alguna forma de participación (autor coautor, cómplice, instigador) en un hecho delictivo, y el pedido de que sea sometida a un juicio oral y público, para que en su transcurso el acusador intente probar su responsabilidad penal, y si lo logra, el tribunal (porque así lo acepte) le imponga la sanción prevista por la ley”. (Cafferata Nores, obra citada); y que formalmente se cumple en determinada etapa del procedimiento penal; pero, estimamos que dicha garantía no se circunscribe a la acusación propiamente dicha, sino también, cuando una persona es aprehendida y se le sindicada de determinados hechos ilícitos.

En ese sentido, se estima que esta garantía tiene su sustento en lo dispuesto por el artículo 12 constitucional, en el sentido que “...Nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido...”; resaltando el “oído en proceso legal”, pues ello se refiere a que al sindicado se le ha escuchado por un tribunal (competente y preestablecido) sobre una imputación específica, y que respecto a ella se ha pronunciado.

Adicionalmente a lo anterior, se considera que esta garantía, derivada del sistema acusatorio, se refiere no sólo a la acusación propiamente dicha, sino también, al derecho que tiene toda persona que ha sido detenida por orden de autoridad competente, a ser informada de la causa de su detención. Al respecto el artículo 7° de la Constitución Política de Guatemala, al regular la notificación de la causa de la detención, prescribe: “Artículo 7°. Notificación de la causa de detención. Toda persona detenida deberá ser notificada inmediatamente, en forma verbal y por escrito, de la causa que motivó su detención, autoridad que la ordenó y lugar en el que permanecerá. La misma notificación deberá hacerse por el medio más rápido a la persona que el detenido designe y la autoridad será responsable de la efectividad de la notificación”.

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en el artículo 8.2.d, señala que “... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes (garantías mínimas) ... comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;”. Al respecto, de lo anterior, Christian Steiner y Patricia Uribe, señalan que “De acuerdo la jurisprudencia del Tribunal, para satisfacer el artículo 8.2.b convencional “el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos”. Esta información debe ser “expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos”.

En lo que atañe específicamente a la acusación, Alberto Suárez Sánchez (obra citada), indica que la acusación debe ser fáctica y jurídica, por lo que no ha de versar simplemente sobre

hechos, sino también sobre la calificación provisional de los mismos, comprensible, con facilidad para el imputado, porque éste no se defiende sólo de hechos, sino de hechos jurídicamente calificados.

Esta garantía, es trasladada al Código Procesal Penal, en forma ampliada, al derecho que tiene el acusado de ser informado de la acusación que en su contra plantea el Ministerio Público, de conformidad con los artículos 82, 267 y 332 Bis.

Efectivamente, el artículo 82, al regular lo relativo al desarrollo de la primera audiencia, en el numeral 1), prescribe: “El juez concederá la palabra al fiscal para que intime los hechos al sindicado, con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar, su calificación jurídica provisional, disposiciones legales aplicables y descripción de los elementos de convicción existentes”.

Por su parte, el artículo 267 del mismo cuerpo legal citado prescribe lo siguiente: “Artículo 267. Detención. Cuando el imputado sea aprehendido, será informado acerca del hecho que se le atribuye y de la autoridad que ha ordenado su detención o a cuya disposición se consigne”. Y el artículo 332 Bis, señala que con la petición de apertura a juicio se formulará la acusación de parte de la fiscalía respectiva: “Artículo 332 Bis. Acusación. Con la petición de apertura a juicio se formulará la acusación, que deberá contener: 1) ... 2) La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho punible que se le atribuye y su calificación jurídica; 3) Los fundamentos resumidos de la imputación, con expresión de los medios de investigación utilizados y que determinen la probabilidad de que el imputado cometió el delito por el cual se le acusa; 4) La calificación jurídica del hecho punible, razonándose el delito que cada uno de los individuos ha cometido, la forma de participación, el grado de ejecución y las circunstancias agravantes o atenuantes aplicables; 5) ... El Ministerio Público remitirá al juez, con la acusación, las actuaciones y medios de investigación materiales que tenga en su poder y que sirvan para convencer al juez de la probabilidad de la participación del imputado en el hecho delictivo...”.

Por su parte, la literal b) del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señala que “... toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada”.

Ahora, en el mundo procesal no penal: planteada una demanda, si el órgano jurisdiccional considera que cumple con todos los requisitos de ley, le da trámite, y ordena se emplace a los demandados.

Respecto al emplazamiento, Couture, señala que es el “Llamamiento con plazo hecho por el juez, citando a alguna persona para que comparezca en un proceso o instancia a manifestar su defensa o a cumplir con lo que se mandare”; y, la citación: “1. Acción y efecto de citar, requiriendo a alguien para que concurra a realizar un acto procesal determinado. 2. Acción y efecto de notificar al demandado el auto recaído en la demanda, por virtud del cual se le llama a estar a derecho, dentro

del término de emplazamiento señalado en la ley o establecido por el juez...”. (Vocabulario jurídico).

Véscovi indica que dos elementos configuran la clave del instituto: la convocatoria y el plazo. Agrega que “No sólo se llama u ordena comparecer a alguien sino que se establece un plazo para que cumpla con ese llamado. El segundo aspecto es muy importante, porque la no comparecencia en tiempo acarrea significativas consecuencias para el emplazado”. (Teoría general del proceso). Tomando en cuenta lo aseverado por el profesor uruguayo agregaríamos que un tercer elemento y de suma importancia es que, además de la convocatoria y el plazo debe señalarse las consecuencias o efectos de la incomparecencia, que en nuestro medio se lleva a cabo por el apercibimiento.

Volviendo a los conceptos del profesor Couture, se desprende que utiliza los dos conceptos (emplazamiento y citación) como sinónimos; sin embargo, Véscovi puntualiza la necesidad de hacer un distingo entre los dos conceptos: emplazamiento y traslado o citación. Así, el traslado consiste en la comunicación a una de las partes de las pretensiones o alegaciones de otra (v.gr.: traslado de la demanda principal o incidental, de una solicitud de desistimiento del proceso, etc.). La citación es, en cambio, una notificación de un decreto u orden del juez, para que el citado concurra a realizar un acto determinado (por. Ej.: citación de un testigo a la audiencia donde habrá de prestar declaración). Agrega el autor que “citar es llamar para determinado momento (día y hora) y emplazar para dentro de determinado lapso”.

Por lo anterior, se estima que la citación es el acto procesal del órgano jurisdiccional por medio del cual se le hace saber a las partes la providencia recaída en el trámite del procedimiento; y el emplazamiento se da únicamente cuando el tribunal vincula al demandado al proceso. Ambas, la citación y el emplazamiento se realizan a través de un acto de comunicación del juzgador: la notificación, pero están claramente diferenciadas, pues durante el trámite procedimental, citaciones pueden darse varias y para ambas partes, incluso para testigos, pero el emplazamiento sólo se realiza una vez cuando se vincula por primera vez al demandado al proceso.

La cosa juzgada

Fabio Espitia Garzón (Instituciones de derecho procesal penal) señala que el postulado de la cosa juzgada afirma que el juicio sobre el hecho y la responsabilidad del sindicado es definitivo y no puede ser modificado una vez que la decisión se encuentra ejecutoriada, por ende, la persona cuya situación procesal haya sido definida por sentencia ejecutoriada o por providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no puede ser sometida a nuevo proceso por el mismo hecho, aunque a éste se le dé una denominación distinta.

Couture conceptualiza a la cosa juzgada como “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”. (Fundamentos de derecho procesal civil).

Lo señalado por los autores antes referidos, da una idea de lo que debe entenderse por cosa juzgada; sin embargo, quien puntualiza en forma clara lo que debe entenderse por cosa juzgada es Hernando Devis Echandía, al señalar que el principio de la cosa juzgada: “Significa que una vez decidida con las formalidades legales, sobre la responsabilidad imputada en el proceso penal, las partes deben acatar la resolución que le puso término, sin que le sea permitido plantearlo de nuevo. De lo contrario, la incertidumbre reinaría en la vida jurídica y la función judicial resultaría menguada gravemente y sus fines no podrían lograrse. La sentencia final estaría siempre sujeta a revisión en otro proceso, por la sola voluntad de una de las partes (el Estado o el procesado), lo cual haría imposible la paz y la armonía sociales y la tutela de la vida, el honor, la libertad y la dignidad de las personas. El efecto de la cosa juzgada consiste en darle a la sentencia definitividad e inmutabilidad”. (Obra citada).

La Constitución Política no hace referencia expresa al instituto de la cosa juzgada, sin embargo, estimamos que se puede encontrar su fundamento en el segundo párrafo del artículo 211, al indicar que “Ningún tribunal o autoridad puede conocer de procesos fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determine la ley”. En ese sentido, la Corte de Constitucionalidad, ha señalado que “Dicho párrafo además de normar la seguridad jurídica en su conjunto, así como la cosa juzgada, también se refiere al principio de taxatividad”. (Gaceta 94. Expediente 977-2009. Sentencia de fecha: 12/11/2009).

Por su parte, el artículo 18 del Código Procesal Penal prescribe que “Un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión conforme a lo previsto en este Código”. Adicionalmente, los artículos 453 y 454 del Código Procesal Penal, prescriben que la revisión que persigue la anulación de la sentencia penal ejecutoriada, cualquiera que sea el tribunal que la haya dictado, sólo procede a favor del condenado, cuando nuevos hechos o elementos de prueba, por sí solos o en conexión con los medios de prueba ya examinados en el procedimiento, sean idóneos para fundar la absolución del condenado o una condena menos grave, por aplicación de otro precepto legal distinto al de la condena, u otra decisión sobre una medida de seguridad y corrección, esencialmente diversa a la anterior... Indicando a continuación los motivos especiales de la revisión.

Ahora bien, el Código Procesal Civil y Mercantil, se refiere a la cosa juzgada como excepción previa, en el artículo 116: “El demandado puede plantear las siguientes excepciones previas: 1º... 10. Cosa juzgada...”, que puede plantearse dentro de los seis días de emplazado y el trámite será por el procedimiento de los incidentes, de conformidad con el artículo 120, del mismo cuerpo legal.

Respecto al Código de Trabajo hay que señalar que se refiere a las excepciones dilatorias, no a las previas, por lo que, al no identificarlas, de conformidad con el artículo 326 del citado cuerpo legal debe aplicarse supletoriamente el Código Procesal civil y Mercantil. Adicionalmente,

el artículo 285, en el último párrafo, prescribe que las sentencias firmes que emitan los tribunales de Trabajo y Previsión Social “tienen autoridad de cosa juzgada”.

La Ley de lo Contencioso Administrativo, incluye a la cosa juzgada como excepción previa, en el artículo 36: “Excepciones previas. Los emplazados pueden interponer dentro del quinto día del emplazamiento, las siguientes excepciones previas: a) ... i) Cosa juzgada... Las excepciones previas se tramitarán en incidente, que se substanciará en la misma pieza principal...”.

Por su parte, la Ley del Organismo Judicial, prescribe en el artículo 155: “Cosa juzgada. Hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que haya identidad de personas, cosas, pretensión y causa o razón de pedir”. Se puede apreciar que el legislador no tuvo claro cuáles son los elementos de la pretensión procesal, pues debió bastar que prescribiera: “Hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que haya identidad de pretensiones”.

A la identidad referida por el artículo 155 de la Ley del Organismo Judicial, en la doctrina se le denomina: “Regla o doctrina de la triple identidad”, pues se refiere a los elementos de la pretensión: los sujetos, el objeto y la causa.

Límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada

Cuando se habla de límites objetivos y subjetivos del instituto de la cosa juzgada se trata de determinar qué parte de la sentencia es la que produce tal efecto y a qué sujetos afecta una sentencia definitiva.

Límites objetivos: Como se indicó anteriormente, aquí se trata de determinar qué parte de la sentencia es la que produce los efectos de la cosa juzgada. Por una parte hay autores que señalan que de la sentencia sólo la parte resolutoria produce tales efectos. No obstante lo anterior, nos adherimos a lo expuesto por los profesores Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado, en el sentido que la sentencia, sea cual sea su contenido (absolutoria o condenatoria), tiene su fundamento en causas determinadas, las cuales deben quedar incluidas en la cosa juzgada; y que ésta –la cosa juzgada– debe comprender lo juzgado, aquello sobre lo que existe decisión jurisdiccional; por lo que afirman:

“Las declaraciones contenidas en la sentencia, relativas a la existencia o inexistencia de relaciones jurídicas o de situaciones jurídicas, que son la base de la condena o de la absolución, no pueden quedar fuera de la cosa juzgada. Esas declaraciones son un conjunto fáctico y jurídico que no sólo sirven para motivar el fallo, sino que determinan sobre lo que se ha juzgado. Si en una sentencia se desestima la pretensión de nulidad de un matrimonio, no cabe referir la cosa juzgada únicamente al fallo porque entonces se estarían incluyendo en la cosa juzgada todas las causas de nulidad, cuando el demandante podría haber alegado sólo el motivo 1º del art. 145 del Código Civil. La fundamentación de la sentencia serviría aquí para establecer que la cosa juzgada comprende sólo esa causa, por lo que sería posible un proceso posterior en el que el demandante alegara cualquier otra causa o motivo del art. 145. No se trata pues, de que la fundamentación de la sentencia sirva

para interpretar o integrar el fallo, sino que forma parte de la cosa juzgada...las excepciones perentorias alegadas por el demandado, y aun las que pudo alegar y no alegó, también quedan cubiertas por la cosa juzgada”. (Obra citada).

Límites Subjetivos: Cuando se hace referencia a los límites subjetivos de la cosa juzgada, el tema consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes la sentencia perjudica o beneficia. Dicho de otra manera: si la cosa juzgada afecta con exclusividad a las partes procesales en determinado proceso o si, por el contrario, se debe incluir a los terceros intervinientes, además de las partes.

Hoy en día se acepta que dicha afectación se debe referir no a la posición que las partes hayan ocupado en el primer proceso, pues la calidad de demandante o demandado puede variar en el segundo proceso.

De lo anterior debe desprenderse que en el instituto de la cosa juzgada hay que atender a la persona como tal, sin que tenga relevancia la posición que hayan ocupado en la relación jurídico-procesal anterior. Aquí hay que tomar en cuenta lo señalado por Lino Enrique Palacio, en el sentido de que “por partes debe entenderse no sólo a los sujetos activo y pasivo de la pretensión procesal sino también a todas aquellas personas que, en las condiciones previstas en la ley, se han incorporado voluntariamente al proceso o litigantes principales”. (Manual de derecho procesal civil).

En el mismo sentido de pronuncia Couture al señalar que “la cosa juzgada obliga al heredero por virtud del principio de sucesión que hace que el patrimonio, con todos sus valores corporales e incorporeales, lo reciba el heredero, tal cual se hallaba en vida del causante”. (Obra citada).

Debe reiterarse que el problema de la identidad de partes no se refiere a la identidad física, sino a la identidad jurídica. Así, no hay identidad si se actúa como mandatario en un juicio y por derecho propio en otro; como heredero beneficiario en un juicio y como acreedor hipotecario en otro, etc. como lo ha señalado Couture.

En materia procesal civil, en relación a los sujetos, Alsina indica que: “En principio, la sentencia afecta únicamente a quienes hubieran intervenido en el proceso en calidad de partes, y no aprovecha ni perjudica a los terceros que hayan permanecido ajenos al mismo, los cuales opondrán, en su caso, la defensa de “cosa no juzgada...”. Indica el mismo autor que el principio de que la cosa juzgada sólo afecta a las partes en litigio, aceptado por las legislaciones modernas, tiene su antecedente en el sistema romano de la *litis contestatio*, que se desarrollaba ante un juez y con la presencia de las partes, a diferencia del proceso germano que tenía lugar ante el pueblo reunido en asamblea, por lo que la sentencia producía efecto de cosa juzgada respecto a todos los ciudadanos. (Obra citada).

Es oportuno referir que el artículo 152 de la Ley del Organismo Judicial regula la “inafectabilidad de terceros inauditos” en los siguientes términos: “La sentencia dada contra una

parte, no perjudica a tercero que no haya tenido oportunidad de ser oído y de defenderse en el proceso”; ello, porque el artículo 12 constitucional que regula el derecho de defensa prescribe que “nadie podrá ser condenado, ni privado de sus derechos, sin haber sido citado, oído y vencido en proceso legal ante juez o tribunal competente y preestablecido”. No obstante, debe tomarse en cuenta que lo expuesto tiene sus excepciones, que confirman la regla, en las que el tercero sí se ve afectado, y es cuando la cosa juzgada le favorece. Pero, debe tomarse en cuenta que no perjudique a otro que no haya participado en el proceso, pues entonces se le estaría en presencia de una violación del principio de defensa constitucional.

Lo antes referido tiene aplicación en el campo no penal, pues en el ramo penal, como señala Hernando Devis Echandía: “La sentencia penal no sólo obliga como cosa juzgada a las partes respecto de las cuales se dictó, o sea al Estado, al procesado y sus herederos y a la parte civil lesionada con el ilícito, sino que a diferencia de la sentencia civil tiene efectos erga omnes, respecto al mismo hecho o relación jurídico-sustancial y respecto de la cual se surtió la imputación, sin que importe que se vuelva a formular con diferente calificación. Tanto la absolución como la condena producen efectos *erga omne*”. (Principios fundamentales del derecho procesal penal).

La cosa juzgada en la legislación procesal

El artículo 285 del Código de Trabajo, en el último párrafo, prescribe que las sentencias firmes que emitan los tribunales de Trabajo y Previsión Social “tienen autoridad de cosa juzgada”.

En el Código Procesal Penal, el artículo 18 prescribe que “Un proceso fenecido no podrá ser abierto de nuevo, excepto en caso de revisión, conforme a lo previsto en este Código”. Es decir que existe la posibilidad de que no exista cosa juzgada material, sino sólo cosa juzgada formal.

Por su parte, la Ley del Organismo Judicial en su artículo 155 prescribe que “Hay cosa juzgada cuando la sentencia es ejecutoriada, siempre que haya identidad de personas, cosas, pretensión y causa o razón de pedir”.

Dichos conceptos (“sentencia firme” y “sentencia ejecutoriada”), son términos equivalentes, pues es “Sentencia ejecutoriada: Aquella que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y contra la cual no es posible intentar recurso alguno, ya por su naturaleza, bien por haber sido consentida por los litigantes”. Y, “Sentencia firme: Sentencia ejecutoriada”, como lo señala Juan D. Ramírez Gronda. (Diccionario jurídico).

Respecto a la sentencia ejecutoriada o firme, el artículo 153 de la Ley del Organismo Judicial, prescribe: “Se tendrán como ejecutoriadas: a) Las sentencias consentidas expresamente por las partes; b) Las sentencias contra las cuales no se interponga recurso en el plazo señalado por la ley; c) Las sentencias de las que se ha interpuesto pero ha sido declarado improcedente o cuando se produzca caducidad o abandono; d) Las de segunda instancia en asuntos que no admitan el recurso de casación, e) Las de segunda instancia, cuando el recurso de casación fuere desestimado

o declarado improcedente; f) Las de casación no pendiente de aclaración o ampliación; g) Las demás que se declaren irrevocables por mandato de ley y las que no admiten más recurso que el de responsabilidad; h) Los laudos, o decisiones de los árbitros, cuando en la escritura de compromiso se hayan renunciado los recursos y no se hubiere interpuesto el de casación. Las disposiciones de este artículo rigen para los autos”.

De lo antes transcripto se desprende que no sólo las sentencias tienen la calidad de ejecutoriadas, sino también los autos; pero sólo los que terminan un proceso. En este sentido, Juan Montero Aroca y Mauro Chacón Corado (Manual de derecho procesal civil guatemalteco), señalan que si el demandado opone alguna de las excepciones previas, tales como la de Falta de cumplimiento del plazo o de la condición a que estuviere sujeta la obligación o el derecho que se hagan valer, la de caducidad, prescripción y transacción y si es estimada en el auto que decide sobre ellas, esa decisión se ha pronunciado sobre la existencia de la relación jurídica material y la misma, aunque se ha producido por auto, no puede dejar de producir cosa juzgada.

Al respecto, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Los conceptos que en la doctrina se conocen bajo las denominaciones de cosa juzgada material y cosa juzgada formal. La segunda hace que no se pueda volver a revisar la decisión adoptada mediante fallo ejecutoriado dentro del mismo proceso. Y por los mismos hechos y fundamentos que motivaron tal resolución, mientras que la primera, también conocida como cosa juzgada sustancial, implica la absoluta inmutabilidad de la sentencia en firme, no ya dentro de un proceso determinado, sino ante cualquier otro proceso. Y en relación con cualquier motivo o fundamento, pues a ella se accede por el agotamiento de todas las posibilidades procesales y supone, por tanto, que la actividad jurisdiccional del Estado se desplegó íntegramente en relación con la materia debatida”. (Expediente 2223- 2007, sentencia de 09/01/2008.

El “non bis in idem”

Dentro de los efectos que produce el instituto de la cosa juzgada, se encuentra la función negativa, que se traduce en la negativa a que se discuta de nuevo una cuestión que ya ha sido resuelta por un órgano jurisdiccional.

Para Miguel Fenech no se trata ya que un Tribunal posterior deba tener por verdad lo juzgado y deba fallar en idéntico sentido, sino que ni siquiera pueda emitir su fallo cuando el objeto ha sido resuelto con anterioridad. Puede condensarse en la fórmula “ne bis in idem”, que puede interpretarse como “no dos procesos con el mismo objeto”. En el mismo sentido Juan Montero Aroca y Mauro Chacón (obra citada), para quienes la cosa juzgada material supone la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, es decir sobre la misma pretensión. Es el tradicional principio del non bis in idem.

Al respecto, hay que tomar en cuenta que, la Constitución Política de Guatemala, en el segundo párrafo del artículo 211 prescribe: “Ningún tribunal o autoridad puede conocer de procesos

fenecidos, salvo los casos y formas de revisión que determine la ley”. En este sentido, el Código Procesal Penal recepciona los dos aspectos señalados por la norma constitucional, en dos artículos: Respecto al *non bis in idem*, el artículo 17, prescribe: “Artículo 17. Única persecución. Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les imponen la Constitución y los tratados sobre respecto a los derechos humanos. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal: 1) Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente. 2) Cuando la no prosecución proviene de defectos en la promoción o en el ejercicio de la misma. 3) Cuando un mismo hecho debe ser juzgado por tribunales o procedimientos diferentes, que no puedan ser unificados, según las reglas respectivas”.

Al respecto, la Corte de Constitucional se ha pronunciado señalando que en materia penal el principio *Non Bis In Idem* contenido en el artículo 17 del Código Procesal Penal comprende la garantía de que nadie podrá ser juzgado nuevamente por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme, y la de que nadie puede ser penado dos veces por el mismo hecho. En tal virtud, salvo, que favorezca al condenado, no puede admitirse la revisión de una sentencia firme, ni una nueva acción penal. (Expediente 3026, guion. 2006. Sentencia de 3 de enero 03/03/2007. Expediente 4141-2016. Sentencia de 15/11/2017. Expedientes acumulados 1855-2010, 1856-2010 y 4000-2010, sentencia de 16/02/2011. Expediente 5655-2017).

En los mismos términos se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, con vigencia a partir del 23 de marzo de 1976, en el numeral 7 del artículo 14, al referirse a esta garantía, en los siguientes términos: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José”, por haberse celebrado en la capital de la república de Costa Rica, dispone en su artículo 8º. numeral 4: “El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.

En ese sentido Steiner y Uribe señalan (obra citada) que el artículo 8.4. se refiere al denominado principio del *ne bis in idem*, sustentado en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada, sobre la base de al menos dos justificaciones. En primer lugar, desde una perspectiva de derechos humanos, “para proteger a las personas frente al uso indiscriminado del poder punitivo del Estado”. En segundo lugar, desde una posición más pragmática, “para evitar dobles procesamientos que lleven al uso inefectivo de los recursos de administración de justicia, e incluso a sentencias contradictorias.

La celeridad

Este principio procedimental refiere que el procedimiento debe tramitarse y lograr su objeto en el menor tiempo posible. Al respecto Ramiro J. Podetti, señala que se ha definido el principio de celeridad, diciendo que “el proceso debe ser sustanciado y resuelto sin dilación, procurando eludir las causas que lo demoran; simplificando los trámites y suprimiendo aquellos que no son sustanciales; estableciendo límites para la realización de los actos procesales por parte de los litigantes, del juez y de los auxiliares de la justicia y penalidades para el caso de omisión”. (Teoría y técnica del proceso civil).

Estimamos que este principio del procedimiento tiene su par antinómico en los formalismos excesivos que puedan regular los códigos procesales y en el impulso procedimental a instancia de las partes y no de oficio. En ese sentido, el quinto considerando del Código de Trabajo señala:

“Que para la eficaz aplicación del Código de Trabajo es igualmente necesario introducir radicales reformas a la parte adjetiva de dicho cuerpo de leyes, a fin de expeditar la tramitación de los diversos juicios de trabajo, estableciendo un conjunto de normas procesales claras, sencillas y desprovistas de mayores formalismos que permitan administrar justicia pronta y cumplida; y que igualmente necesario regular la organización de la autoridad administrativa de trabajo para que éstas puedan resolver con celeridad y acierto los problemas que surjan con motivo de la aplicación de la Legislación Laboral”.

Lo cual se ve remarcado por lo dispuesto por el artículo 321 del mismo cuerpo legal, en el sentido que “El procedimiento en todos los juicios de Trabajo y Previsión Social, es oral, actuado e impulsado de oficio por los tribunales...”.

Por su parte, el Código Procesal Penal, en el artículo 146 (“Registro de las actuaciones”), prescribe: “Cuando uno o varios actos deban ser documentados, el funcionario que los practique, asistido por su Secretario, levantará el acto correspondiente, en la forma que prescribe este Código. Las audiencias orales, unilaterales o bilaterales, podrán ser grabadas en formato de audio y/o video, o cualquiera otra forma de registro que garantice su fidelidad. Los asistentes administrativos serán los encargados de archivar adecuadamente las grabaciones y entregarán copia digital de la misma a los que intervengan, sea física o digitalmente”.

No obstante lo anterior, se considera que no es un principio del procedimiento propiamente dicho, sino la consecuencia de adoptar otros principios, como la oralidad, la preclusión, la inmediación, la concentración. Etc. que si son operados correctamente da como resultado un procedimiento tramitado con celeridad.

Realmente no es un principio procedimental o regla técnica del debate procesal, sino el objetivo que se pretende con la tramitación, lo cual se logra señalando plazos que las partes y el juez cumplan, con la responsabilidad que su incumplimiento conlleve.

El principio de publicidad

Respecto de la publicidad, James Goldschmidt señala que “Publicidad de una audiencia significa su accesibilidad para todos”; y, respecto a su origen indica que “Fue una cosa natural en los juzgados populares romanos y germanos, porque era una como consecuencia del lugar donde se celebraba el juicio oral. Pero ya ante los Tribunales de los Magistrado de la época de los emperadores romanos la publicidad se suprimió, y lo mismo sucedió en el proceso inquisitivo canónico y común alemán”. (obra citada).

Para Lino Enrique Palacio (Derecho procesal civil, I) el principio de publicidad requiere que los actos procesales puedan ser presenciados o conocidos incluso por quienes no participan en el proceso como partes, funcionarios o auxiliares. Por su parte Enrique Véscovi (Código general del proceso, I) opina que en la legislación positiva se detectan diversos grados de publicidad:

- Publicidad general: Las actuaciones procesales son públicas para cualquier persona del pueblo.
- Publicidad limitada: alcanza a cualquier persona que demuestre tener un interés legítimo en el proceso, aunque no sea parte.
- Publicidad amplia para las partes: alcanza a las partes, sus asesores o defensores y representantes o a los asesores técnicos.
- Publicidad restringida para las partes: En esta clase de publicidad alcanza sólo a las partes, sus asesores o defensores y representantes o a los asesores técnicos, pero exclusivamente en cuanto tengan intervención directa e inmediata en la actividad procesal o en el acto de procedimiento.

El segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política (“Presunción de inocencia y publicidad del proceso”), regula este principio indicando que: “El detenido, el ofendido, el Ministerio Público y los abogados que hayan sido designados por los interesados, en forma verbal o escrita, tienen derecho de conocer, personalmente, todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata”.

Por su parte, el artículo 12 del Código Procesal Penal, señala que “La función de los tribunales en los procesos es obligatoria, gratuita y pública...”.

Adicionalmente, hay que tomar en cuenta lo dispuesto por la Ley del Organismo Judicial, en su artículo 63: “Los actos y las diligencias de los tribunales son públicos, salvo los casos en que por mandato legal, por razones de moral, o de seguridad pública, deban mantenerse en forma reservada. La calificación será hecha por el Juez en casos muy especiales y bajo su estricta responsabilidad. En todo caso los sujetos procesales y sus abogados tienen derecho a estar presentes en todas las diligencias o actos de que se trate y hacer las observaciones y protestas que procedan y en general enterarse de su contenido”.

En sintonía con lo anterior, el numeral 5 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como “Pacto de San José”, relativo a las “Garantías Judicial”, señala que “El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Steiner y Uribe indican que “La Corte (Interamericana) ha señalado que el derecho al proceso público, consagrado en el artículo 8.5 de la Convención “es un elemento esencial de los sistemas procesales penales acusatorios de un Estado democrático y se garantiza a través de la realización de una etapa oral en la que el acusado pueda tener Inmediación con el juez y las pruebas y que facilite el acceso al público”. Así, el Tribunal ha resaltado que se trata de un derecho “protegido por diversos instrumentos internacionales como elemento esencial de las garantías judiciales”. Tal publicidad del proceso tiene la función de “proscribir la administración de justicia secreta, someter al escrutinio de las partes y del público y se relaciona con la necesidad de la transparencia e imparcialidad de las decisiones que se tomen. Además, es un medio por el cual se fomenta la confianza en los tribunales de justicia”. Por ello, de acuerdo con la Corte Interamericana, la publicidad “hace referencia específica al acceso a la información del proceso que tengan las partes e incluso los terceros”. La jurisprudencia del Tribunal. sobre la materia, permite concluir que dicho derecho exige que los procesos se desarrollen en recintos a los que tenga acceso el público, prohibiendo circunstancias de secreto y aislamiento para el desahogo de las diligencias procesales, sobre todo, para el caso de las audiencias. Asimismo, el Tribunal ha valorado positivamente la transmisión a través de los medios de comunicación de audiencia de juicio oral”.

El Derecho a la doble instancia

El concepto de doble instancia encuentra su fundamento en la posibilidad del error por parte del juez o tribunal que conoce en primera instancia. Así, surgen los medios de impugnación. En el mismo sentido se pronuncia el Manual del Fiscal al afirmar que los recursos o impugnaciones tienen como objetivo corregir errores de los jueces o tribunales y unificar la jurisprudencia o la interpretación única de la ley con el fin de dotar de seguridad jurídica.

La doctrina está de acuerdo en que el fundamento de los medios de impugnación puede visualizarse desde dos puntos de vista. Uno es la falibilidad humana, es decir, la posibilidad del error por parte del órgano jurisdiccional. Efectivamente, al ser el juez (individual o colegiado) un ser humano es susceptible de cometer error al tramitar el proceso y al aplicarlas las normas al caso concreto, sean estas procesales o materiales; y, dos, un argumento de carácter psicológico, que consiste en la seguridad que tienen las partes procesales de que el mismo juez o el superior jerárquico, practicará(n) un nuevo examen de la actuación proferida, con el objeto de determinar si está ajusta a derecho. Al respecto, Jorge W. Peyrano señala que la impugnación “tiende a corregir la falibilidad del juzgado, y con ello a lograr la eficacia del acto jurisdiccional”. (Lecciones de procedimiento civil: 201).

¿Y a que errores nos referimos? Peyrano nos da la respuesta: “El error, cuando comprende la forma de los actos, su estructura externa, se denomina tradicionalmente error in procedendo; Ej. cuando el juez se aparta sin motivo fundado o desvía el ritual del proceso hacia formas antinaturales, la seguridad jurídica se atenúa y puede verse el derecho de contradictorio lesionado. Cuando el error se traslada hacia el contenido del proceso, al derecho material en juego, no a la forma, el vicio se trasunta en la mala conformación de los fundamentos de la resolución. Esta imperfección se la conoce como *error in iudicando*”. (Obra citada: 202).

Por su parte, la literal h) del numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como “Pacto de San José”, señala que “... toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... h) derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”. En este sentido, Steiner y Uribe señalan:

“La Corte ha señalado que el derecho a recurrir el fallo es “una garantía primordial. que se debe respetar en el marco el debido proceso, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica”, que “procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho”, En ese sentido, “debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera. calidad de cosa juzgada#, esto es antes de que sea obligatoria y “tenga que ser necesariamente cumplida, debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto”. Si bien la Convención americana no prevé excepciones al derecho a recurrir el fallo, como lo hace expresamente el sistema europeo, el Tribunal ha considerado que “no per se contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno de los Estados que en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación”. (Obra citada).

Al respecto la Constitución Política en su artículo 211 prescribe que “En ningún proceso habrá más de dos instancias...”; normativa que es reproducida textualmente por el artículo 59 de la Ley del Organismo Judicial.

Prohibición de la “reformatio in peius”

Maier señala que “La *reformatio in peius* vive en el ámbito de los recursos contra las resoluciones jurisdiccionales y, básicamente significa prohibir al tribunal que revisa la decisión, por la interposición de un recurso, la modificación de la resolución en perjuicio del imputado, cuando ella sólo fue recurrida por él o por otra persona autorizada por la ley, en su favor”. (Obra citada).

Para Cafferata Nores, el fundamento de la limitación al tribunal de alzada, “reposa en la necesidad de garantizar al imputado la libertad de recurrir o, más gráficamente, su tranquilidad para impugnar, la que existirá cuando él sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia atacada. Si existiera el peligro de que la impugnación deducida en favor del imputado pudiera terminar empeorando su situación, el penalmente perseguido podría resultar

compelido a sufrir la sentencia a su criterio injusta, antes de correr el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio”. (Obra citada).

Este principio, lo regula el Código Procesal Penal, en su artículo 422, indicando que: “Cuando la resolución sólo haya sido recurrida por el acusado o por otro en su favor, no podrá ser modificada en su perjuicio, salvo que los motivos se refieran a intereses civiles...”.

Hay que hacer notar que esta figura garantista sólo se da cuando el que recurre es únicamente el acusado o su defensor. En caso el Ministerio Público o el querellante adhesivo apelen, dicha garantía no tendrá lugar.

Principio de la responsabilidad de los poderes públicos

Alberto Suárez Sánchez, (obra citada) opina que el principio de responsabilidad de los poderes públicos está claramente relacionado con varios derechos fundamentales y ante todo con los de legalidad, seguridad jurídica y responsabilidad del funcionario judicial, al proscribirse toda actuación carente de justificación o arbitraria de los distintos operadores jurídicos.

Al respecto el Código de Trabajo, en el artículo 429 (Título Décimo Sexto, Capítulo único, Del Recurso de Responsabilidad), prescribe que: “Procede el Recurso de responsabilidad contra los jueces y magistrados de Trabajo y Previsión Social: a) Cuando retrasen sin motivo suficiente la administración de justicia; b) Cuando no cumplan con los procedimientos establecidos; c) Cuando por negligencia, ignorancia o malas fe, causaren daño a los litigantes; d) Cuando estando obligados a razonar sus pronunciamientos no lo hicieren o lo hicieren deficientemente; e) Cuando falten las obligaciones administrativas de su cargo; y, f) Cuando observaren notoria mala conducta en sus relaciones es públicas o privadas. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden en que pudieren incurrir”.

Por su parte, el Código Procesal Civil y Mercantil, en el artículo 247, señala que: “La responsabilidad civil de los jueces y magistrados, se deducirá ante el Tribunal inmediato superior. Si los responsables fueren magistrados de la Corte Suprema de Justicia, se organizará el Tribunal que deba juzgarlos conforme al artículo 11 de la Ley Constitutiva del Organismo Judicial”.

Actualmente la Ley del Organismo Judicial, contenida en el Decreto número 2-89 del Congreso de la República, prescribe en el segundo párrafo del artículo 68 (“Obligaciones personales de los jueces”): “Los jueces están obligados a leer y estudiar las actuaciones por sí mismos y son responsables de los daños que causen por omisión, ignorancia o negligencia”. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 210 de la Constitución Política, señala que: “Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”.

Irretroactividad de la ley

Aquí se hace referencia al ámbito temporal de validez de la ley, en general, y desde luego, se incluye, tanto a la ley penal sustantiva como a la ley procesal; y hay que referirse a la vigencia de las normas, a la retroactividad y a la ultraactividad de la ley.

¿A qué se refiere la vigencia de una ley? Es decir ¿cuándo nace a la vida jurídica y cuando deja de existir? Según los principios que gobiernan nuestro sistema jurídico, la promulgación, la publicación, y la derogación de una ley debe hacerse siguiendo el procedimiento establecido en nuestra Constitución Política. Al respecto, dicho cuerpo normativo al regular la vigencia de las leyes, prescribe en su artículo 180: “La ley empieza a regir en todo el territorio nacional ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma amplíe o restrinja dicho plazo o su ámbito territorial de aplicación”. En el mismo sentido, siguiendo la normativa constitucional, la Ley del Organismo Judicial al regular en su artículo 6 la “Vigencia de la ley” prescribe que “La ley empieza a regir ocho días después de su publicación íntegra en el Diario Oficial, a menos que la misma amplíe o restrinja dicho plazo. En el cómputo de ese plazo se tomarán en cuenta todos los días”.

Respecto a la derogatoria de las leyes, la misma Ley del Organismo Judicial en su artículo 8, prescribe lo siguiente: “Artículo 8. Derogatoria de las leyes. Las leyes se derogan por leyes posteriores: a) Por declaración expresa de nuevas leyes. b) Parcialmente por incompatibilidad de disposiciones contenidas en las leyes nuevas con las precedentes. c) totalmente, porque la nueva ley regule por completo la materia considerada por la ley anterior. d) total o parcialmente, por declaración de inconstitucionalidad, dictada en sentencia firme por la Corte de Constitucionalidad. Por el hecho de la derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

Suele acontecer que una ley que ha sido derogada continúe su vigencia al amparo de la nueva ley. En este caso se está en presencia de la figura de la Ultraactividad. Esto, aunque parezca un contrasentido no lo es en lo que se refiere a las normas procesales, pues por política procesal se acuerda o no que los procesos ya iniciados cuando entra en vigor la nueva ley, se continúen tramitando conforme a la normativa procedimental derogada.

En Guatemala se ha optado porque la ley procesal que se deroga continúe rigiendo los trámites ya iniciados durante su vigencia. Así, el artículo I de las Disposiciones Finales del Código Procesal Civil y Mercantil, respecto a los procesos pendientes a su entrada en vigor prescribe que: “Los procesos pendientes al entrar en vigor esta ley, se tramitarán y resolverán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 250 de la Ley Constitutiva del Organismo Judicial”. (La vigente Ley del Organismo Judicial omite abordar el tema). Igual criterio siguió nuestro actual Código de Trabajo, pues en su art. II de las Disposiciones Transitorias prescribe: “Los juicios de Trabajo, de cualquier naturaleza que sean, que al entrar en vigor esta ley se encuentren en trámite, se continuarán y fenecerán, tanto en lo que se refiere a los procedimientos que deban seguirse, como a las

disposiciones sustantivas que corresponde aplicar, de conformidad con las normas que hubieren estado en vigor a la fecha de su iniciación”.

Por su parte el actual Código Procesal Penal en su artículo 547, título III Disposiciones Transitorias, prescribe que “Se aplicarán las disposiciones del Código Procesal Penal, que se deroga por esta ley, a todas aquellas causas en las cuales se hubiere dictado el auto de apertura de juicio”.

Al respecto de la irretroactividad de la ley procesal Alberto M. Binder (obra citada) señala que la ley no podría tener efectos retroactivos sobre el proceso que ya ha sido iniciado, porque implica una desnaturalización del sentido político-criminal del proceso y restringe una institución prevista, precisamente, para limitar la posible arbitrariedad del poder penal de Estado.

Puede suceder también, que una ley al ser promulgada quiera regir situaciones que han sido realizadas al amparo de la ley derogada. Estamos en presencia así de la retroactividad de la ley.

En relación a la irretroactividad de la ley penal sustantiva, Alfonso Reyes Echandía (Derecho penal) señala que el principio de la legalidad de los delitos y de las penas tiene como corolario obligado el de que la norma penal rige para el futuro. Si la ley penal ordinariamente describe conductas jurídicamente vinculantes desde su promulgación hasta su extinción, quiere decir que no se puede aplicar a hechos pasados, es decir, que no tiene efecto retroactivo. Agrega que aparte de su base legal, este principio tiene su fundamento lógico-racional: si la norma penal va dirigida a los coasociados para que se abstengan de violarla, fuerza es concluir que debe tener la posibilidad de conocerla, al menos en el momento de la comisión del hecho presuntamente delictuoso; los ciudadanos tienen el derecho de saber, antes de actuar, qué les está permitido y qué les está vedado. El mandato que la norma penal contiene no es concebible si hubiera de reconocérsele eficacia retroactiva.

Actualmente en la doctrina hay consenso en que la ley no tiene efecto retroactivo; criterio que recepta nuestra Constitución Política, en su artículo 15: “La ley no tiene efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezca al reo”. Por su parte La Ley del Organismo Judicial, en su artículo 7 prescribe: “La ley no tiene efecto retroactivo, ni modifica derechos adquiridos. Se exceptúa la ley penal en lo que favorezca al reo”; y respecto a las leyes procesales adiciona el siguiente párrafo: “Las leyes procesales tienen efecto inmediato, salvo lo que la propia ley determine”.

Criterio que ha sido sostenido reiteradamente la Corte de Constitucionalidad, en diversos fallos. A modo de ejemplo se citan los siguientes: Gaceta. 105. Expediente 1132-2012. Fecha de sentencia: 01/08/2012. Gaceta 95. Expediente 371-2010. Fecha de sentencia: 24/03/2010. Gaceta 94. Expediente 296-2009. Fecha de sentencia: 06/11/2009. Gaceta 91. Expediente 3826-2008, fecha de sentencia: 30/01/2009. Gaceta 88. Expediente 263-2007. Fecha de sentencia: 22/04/2008. Gaceta 81. Expediente 416-2005. Fecha de sentencia: 27/07/2006. Gaceta, 57. Expediente 174-

2000. Fecha de sentencia: 11/ 07/2000. Gaceta 20. Expediente 364-90. Fecha de sentencia: 26/06/1991).

Conclusiones

1. El “debido” proceso, no es ni más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional, como lo enseña el profesor Adolfo Alvarado Velloso. Así lo ha reconocido la Corte de Constitucionalidad, al señalar que se viola el debido proceso si a pesar de haberse observado meticulosamente el procedimiento en la sentencia se infringen principios que le son propios a esta garantía constitucional...” (Gaceta No. 61, expediente No.712-01).
2. Todo proceso debe estar informado por los siguientes principios: a) Igualdad de las partes. b) Juez natural. c) Procedimiento preestablecido; y, c) Moralidad procesal.
3. La garantía constitucional del “debido” proceso, como lo ha señalado la Corte de Constitucionalidad, se refiere concretamente, a la posibilidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio. Si al aplicar la ley procesal al caso concreto se priva a la persona de su derecho de accionar ante jueces competentes y preestablecidos, de defenderse, de ofrecer y aportar prueba, de presentar alegatos, de usar medios de impugnación contra resoluciones judiciales, entonces se estará ante una violación de la garantía constitucional del debido proceso...”. (Gaceta No. 54, expediente 105-99, página No. 49).
4. El “debido” proceso como derecho fundamental de que goza toda persona por el hecho de ser persona, sólo puede concretarse en un sistema acusatorio, garantista y no en un sistema de corte inquisitivo.
5. Como se señaló con antelación, dentro de los principios ínsitos en el concepto, se encuentra la figura del juez competente, independiente, imparcial e imparcial, cuyo perfil describe la Constitución Política de la República de Guatemala.
6. En la garantía constitucional del “debido” proceso, es al juez a quien corresponde la observancia de todas las normas relativas a la tramitación del juicio y el derecho de las partes de obtener un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre que entraña el procedimiento judicial. Implica la posibilidad efectiva de ocurrir ante el órgano jurisdiccional competente para procurar la obtención de la justicia, y de realizar ante el mismo todos los actos legales encaminados a la defensa de sus derechos en juicio, debiendo ser oído y dársele la oportunidad efectiva de realizar todos los actos encaminados a la defensa de su persona o de sus derechos en juicio, como lo indica nuestra Corte de Constitucionalidad.

Referencias

- Alcalde Rodríguez, E. (2016). *Principios generales del derecho*. Santiago de Chile. Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Alsina, Hugo. (1956). *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar.
- Alvarado Velloso, A. (1989). *El debido proceso*. (ensayo). Rosario, Argentina. Sin editorial.
- Alvarado Velloso, A. (1997). *Introducción al estudio del derecho procesal*. Buenos Aires, Argentina. Rubinzal Culzoni Editores.
- Alvarado Velloso, A. (2003). *El debido proceso de la garantía constitucional*. Rosario, Argentina. Editorial Zeus.
- Alvarado Velloso, A. (2011). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial*. Colombia. Ediciones Nueva Jurídica.
- Álvarez Mancilla, E. A. (2006). *Teoría general del proceso*. Guatemala, Guatemala. Editorial Vile.
- Álvarez Mancilla, E. A. (2010). *Fundamentos generales del derecho procesal*. Primera edición. Guatemala. Departamento de Comunicación Social del Organismo Judicial.
- Aragoneses Alonso, P. (1960). *Proceso y derecho procesal*. Madrid. España. Editorial Aguilar.
- Armienta Calderón, G. M. (2003). *Teoría general del proceso*. México. Editorial Porrúa.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1985). Constitución Política de la República.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1986). Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad
- Asimov, I. (2014). *La formación de Inglaterra*. Madrid, España. Alianza Editorial, S.A.
- Bazdresch, L. (1998). *Garantías constitucionales*. 5a. ed. México. Editorial Trillas.
- Binder, M. A. (1983). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina. Editorial *Ad Hoc*.
- Burgoa O, I. (1950). *El juicio de amparo*. 3ª. ed. México. Editorial Porrúa.
- Burgoa O, I. (1992). *Diccionario d derecho constitucional. Garantías y amparo*. 3ª. ed. México. Editorial Porrúa.
- Cabanellas, G. (1974). *Diccionario de derecho usual*. 8ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

- Cafferata Nores, J. I. (2012). Et Al. *Manual de derecho procesal penal*. 3ra ed. Córdoba, Argentina. Advocatus.
- Calvinho, G. (2013). *Los derechos humanos en la teoría del proceso*, en *Derecho procesal garantista y constitucional*. Bogotá D.C. Colombia. Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos CESJUL y Ediciones Nueva Jurídica.
- Clariá Olmedo J. A. *Derecho procesal*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
- Congreso de la República de Guatemala. Decreto 1441. Código de Trabajo.
- Congreso de la República de Guatemala. Decreto 51-92. Código Procesal Penal
- Congreso de la República de Guatemala. Decreto No. 2-89. Ley del Organismo Judicial.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de diciembre de 1969.
- Corte de Constitucionalidad. (2022). *Compilación temática de sentencias de la Corte de Constitucionalidad sobre independencia judicial*. Guatemala. Instituto de Justicia Constitucional.
- Couture, E. J. (1984). *Fundamentos de derecho procesal civil*. México, D.F. Editora Nacional.
- Couture, E. J. (1989). *Estudios de derecho procesal civil*. I. 3ª. ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
- Couture, E. J. (1993). *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
- Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad.
- Devis Echandía, H. (2012). *Principios fundamentales del derecho procesal penal*. Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Ibañez.
- Espitia Garzón, F. (2003). *Instituciones de derecho procesal penal*. 4ª. Ed. Editorial Legis. Bogotá, Colombia.
- Fairén Guillén, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. México. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Fenech, M. (1960). *Derecho procesal penal*. 3ra. edición. Barcelona, España. Editorial Labor.
- Franco, C. (2012), *El abogado y la verdad, en Proceso civil e ideología*. Juan Montero Aroca, coordinador. México D.F. Tirant lo Blanch México.

- Gascón Abellán, M. (2005). *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, en Garantismo. Madrid, España. Editorial Trotta.
- Gozáini, O. A. (1994). *Justicia constitucional*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
- Gozáini, O. A. (1999). *Teoría general del derecho procesal*. 1ª. reimpresión. BB. AA. Argentina. Editorial EDIAR.
- Gozáini, O. A. (2019). *Lecciones de derecho procesal constitucional*, en *Estudios de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Jusbaire.
- Jefe de Estado de Guatemala. Decreto Ley 107. Código Procesal Civil y Mercantil.
- Levene, R. (h). (1993). *Manual de derecho procesal penal*. 2ª edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
- Maier, J. B. J. (1989). *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hammurabi.
- Maurois, A. (1937). *Historia de Inglaterra*. Santiago de Chile. Ediciones Ercilla.
- Meroi, A. (2013). *La imparcialidad judicial*. Medellín, Colombia. Fondo Editorial Remington.
- Montero Aroca, J. (1990). *Independencia y responsabilidad del juez*. 1ª. Ed. Madrid, España. Editorial Civitas, S.A.
- Montero Aroca, J. (2008). *Proceso penal y libertad*. 1ª. Ed. Pamplona, España. Editorial Aranzadi, S.A.
- Montero Aroca, J. (2012), *Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”*, en *Proceso civil e ideología*. Juan Montero Aroca, coordinador. México D.F. Tirant lo Blanch México.
- Montero Aroca, J. y Chacón Corado, M. R. (1999). *Manual de derecho procesal civil guatemalteco*. 1ª. Ed. Guatemala. Magna Terra editores.
- Muñoz Conde. F. (2000). *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina. Ed. Hammurabi.
- Ordoñez Alcántara, O. (2018), *Debido proceso y el derecho a la prueba*, en *Estudios de derecho procesal constitucional*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Jusbaire.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.
- Palacio, L. E. (1986). *Derecho procesal civil*. I. 2da. Edición. Buenos Aires. Argentina. Editorial Abellido-Perrot.

- Peláez Hernández, R. A. (2013). *Debido proceso probatorio en el contexto de las garantías procesales*, en *Derecho Procesal Garantista y Constitucional*. Bogotá D.C. Colombia. Ediciones Nueva Jurídica.
- Peyrano W. Jorge. *Lecciones de Procedimiento Civil*. Coordinadora Ana C. Gianfrancisco. Editorial Zeus S.R.L. Rosario, Argentina. 2002.
- Podetti, J. Ramiro. *Teoría y Técnica del Proceso Civil*. Ediar Sociedad anónima Editores. Buenos Aires, Argentina. 1963.
- Quintero, B. y Prieto E. (2000). *Teoría general del derecho procesal*. 3ª ed. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Rabinovich-Berkman, R. (2016). *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? I Los derechos existenciales*. 1ª. Reimpresión. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Argentina. Ediciones Didot.
- Ramírez Gronda, J. D. (1988). *Diccionario jurídico*. 10ª. Ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Claridad.
- Reyes Echandía, A. (1998). *Derecho penal*. 6ª reimpresión de la 11ª. ed. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Rodríguez Chocontá, O. A. (2015). *Presunción de inocencia*. 3ª, Ed. Colombia. Ediciones doctrina y ley Ltda.
- Sagüés, N. P. (2004). *Teoría de la Constitución*. 1ª. reimpresión. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea.
- Steiner, C. y Uribe P. (2014). (Editores). *Convención americana sobre derechos humanos*. Comentario. Corte de Constitucionalidad y Konrad Adenauer Stiftung. Guatemala. Magna Terra Editores.
- Suárez Sánchez, A. (1998). *El debido proceso penal*. 1. reimpresión. Bogotá, Colombia. Universidad Externado.
- Vásquez Rossi, J. E. (1997). *Derecho procesal penal*. Santa fe, Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Vélez Mariconde, A. (1986). *Derecho procesal penal*. 3ª. Edición. Córdoba, Argentina. Editora Marcos Lerner.
- Véscovi, E. (1999). *Teoría general del proceso*. 2ª. Ed. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis, S. A.

Derechos de Autor (c) 2024 Erick Alfonso Álvarez Mancilla



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](#)

La importancia y desafíos para la garantía jurisdiccional de los derechos humanos

The importance and challenges for the jurisdictional guarantee of human rights

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.146>



Jorge Ulises Carmona Tinoco
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
Universidad Nacional Autónoma de México
jcarmona@unam.mx

Recibido: 02 de octubre de 2024

Aceptado: 04 de octubre de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional: Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional, organizado por la Corte de Constitucionalidad, a través del Instituto de Justicia Constitucional, y celebrado en Guatemala entre el 3 y el 7 de junio de 2024.

Palabras clave: Garantías constitucionales, derechos humanos, justicia constitucional.

Abstract: Paper presented at the International Congress on Constitutional Law: Constitutional Guarantees and Defense of the Constitutional Order, organized by the Constitutional Court, through the Institute of Constitutional Justice, and held in Guatemala between June 3 and 7, 2024.

Keywords: Constitutional guarantees, human rights, constitutional justice.

Sumario:

Algo sobre la evolución del reconocimiento constitucional e internacional de los derechos humanos y de la función judicial - El papel que corresponde desempeñar a los jueces nacionales en la garantía de los derechos humanos - Los desafíos actuales a la garantía judicial de los derechos humanos - A manera de conclusión

Algo sobre la evolución del reconocimiento constitucional e internacional de los derechos humanos y de la función judicial.

La evolución y consolidación normativa del reconocimiento de los derechos humanos

1. Como punto de partida podemos afirmar que “derechos humanos” es el término mundialmente utilizado hoy en día en sus diversas acepciones lingüísticas y regiones del mundo, que se refiere a los derechos reconocidos como básicos e inherentes a la persona humana para afirmar y salvaguardar su dignidad intrínseca a su existencia, integridad, libertad, interacción y desenvolvimiento sociales, así como a condiciones necesarias de vida.

Ha sido sumamente larga y difícil la evolución histórica de larga data que llevó al reconocimiento de los derechos básicos de la persona sobre la base de la dignidad humana; esto ha tenido como factor común en sus diversas etapas la lucha contra atrocidades y todo tipo de abusos por parte de quienes detentan poder, contra la injusticia, la opresión, la exclusión, la desigualdad y la inequidad, entre otras. En esa evolución se conjugan acontecimientos históricos, al igual que ideas acerca y a favor de la persona humana y su valor intrínseco, la libertad y la igualdad, el ejercicio legítimo del poder y sus limitaciones, el gobierno y sus funciones, entre muchos otros temas.

La conformación del cada vez más extenso catálogo de derechos humanos reconocidos se ha ido formando como una acumulación de sedimentos y capas documentales imbricadas en el tiempo y el espacio, donde destacan documentos solemnes como la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776 o la Declaración Francesa de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789; un paso determinante en esta evolución fue la incorporación de los derechos como parte de las constituciones, siguiendo el ejemplo de algunas colonias estadounidenses y luego de su Constitución Federal de 1787, que incorporó un catálogo de derechos por vía de las diez primeras enmiendas de 1791 conocidas como *bill of rights*, así como de las constituciones revolucionarias francesas de 1793 y 1795.

Posteriormente, durante el siglo XIX se observa por una parte la expansión y consolidación progresiva de las constituciones como forma de organización de los países, así como modelo adoptado por los triunfantes movimientos de independencia de varias naciones, especialmente en el continente americano, donde los derechos comenzaron a hacerse presentes y perfilándose sus respectivos catálogos. Esto permitió ir encontrando en dichos documentos constitucionales influencias, correspondencias, y similitudes por lo que hace al reconocimiento de derechos de la persona.

En el siglo XX, la existencia de un *corpus* compartido de derechos afianzados en las constituciones de muchos países, aunado a diversos acontecimientos y en particular las atrocidades que se dieron durante la Segunda Guerra Mundial, facilitaron el entendimiento, la creación de conciencia y los consensos requeridos para adoptar en el ámbito internacional estándares de reconocimiento y protección de derechos básicos de la persona.

En efecto, no obstante que el reconocimiento internacional de ciertos derechos humanos tuvo algunos destellos en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX,¹ su consolidación progresiva hacia la conformación del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) arrancó a partir de 1945 con la *Carta de las Naciones Unidas* y con las posteriores *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptadas en mayo y diciembre de 1948, respectivamente, así como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950.

El desarrollo internacional de reconocimiento de los derechos humanos a partir de entonces ha sido enorme a través de la adopción de numerosos documentos declarativos, pero sobre todo de tratados internacionales generales y específicos. Esto ha venido acompañado de una estructura cada vez más compleja, de organismos y procedimientos de supervisión internacional del cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados en la materia.²

En este sentido, considerando la influencia y afinidades de las Constituciones entre sí y con relación al ámbito internacional en cuanto a los derechos que contemplan, podemos afirmar que los derechos humanos constituyen un plano en el que necesariamente convergen en la actualidad el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional.

A la par de una evolución internacional en el reconocimiento de los derechos humanos, también existe una de cada uno de los países, que está conformada por su historia, su evolución constitucional y su vinculación con el derecho internacional, así como la de sus instituciones de

¹ Ejemplos de éstos fueron las denominadas "intervenciones por causas de humanidad", la erradicación del esclavismo y la protección de los trabajadores en contra de la explotación laboral. *Cfr.* Sepúlveda, César, *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, 2ª edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000, p. 14. Thomas Buergenthal agrega a estos ejemplos la responsabilidad estatal por daños a extranjeros y la protección de las minorías, así como el sistema de mandatos y minorías de la Liga de las Naciones, *cfr.* Buergenthal, Thomas. *et al. Manual Internacional de Derechos Humanos*, Caracas/San José, IIDH-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 9-19.

² *Cfr.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "Panorama y Propuestas sobre la Aplicabilidad de los Derechos Fundamentales de los Grupos en Situación Vulnerable", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 202.

garantía particularmente jurisdiccional, lo que determina en gran parte la situación concreta que guarda la eficacia de los derechos humanos.

El papel de los órganos jurisdiccionales en la garantía de los derechos humanos

Más allá del origen de la labor jurisdiccional que data de siglos, partiremos de la concepción tradicional acerca de la tarea de los jueces en la aplicación del derecho ordinario (civil y penal), que se fue gestando durante la colonia y la independencia de los países latinoamericanos, la que recibió a partir del siglo XVIII una enorme influencia de la escuela de la exégesis francesa, que en su momento contagio a Europa y llegó al Continente americano por vía particularmente de España.

De acuerdo con esa concepción, existió una desconfianza hacia la figura de los jueces asociados con abusos y excesos durante el régimen absolutista francés, a lo que se agrega ideas ampliamente difundidas como las de Rousseau y Montesquieu, que concebían por una parte la superioridad y preponderancia del órgano legislativo, así como de su obra -la ley-, o que, por la otra, reducían a los jueces a ser sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley. De acuerdo con esta concepción, las leyes eran justas, por el solo hecho de provenir del órgano detentador de la voluntad popular; la interpretación de las leyes correspondía al propio órgano que la emitió; y había que vigilar que los jueces no rebasaran, ni se apartaran de los dictados del órgano legislativo, lo que originó la Corte de Casación -en principio apéndice del órgano legislativo- para anular las sentencias *contra legem* de los juzgadores.

Las grandes codificaciones francesas, que también tuvieron fuerza expansiva, como el código civil y el código de comercio, aunaron a lo ya descrito la generación de la denominada escuela de la exégesis, y la concepción formalista en la aplicación judicial del derecho, con estrecho margen interpretativo y de integración del ordenamiento para los jueces.

La escuela de la exégesis dejó su huella incluso en los documentos constitucionales, por ejemplo, en el caso de México la Constitución de 1917 exige en su artículo 14 la “exacta aplicación de la ley” y sólo después de esto, ha lugar a la interpretación de la misma como algo excepcional; lo que es aún más asombroso, en el procedimiento legislativo se señala que “en la interpretación de las leyes” se debían seguir los mismos pasos que para su establecimiento (artículo 72, fracción f), pura y dura escuela de la exégesis. Por cierto, en Chile esto mismo dio pie a las denominadas leyes interpretativas, cosa que en España fue en su momento rechazado por el Tribunal Constitucional, que reconoció como parte inherente de la labor jurisdiccional la interpretación de las leyes, sin que el legislador pueda *ex ante* acotar o limitar la misma. Como segundo punto de este tema, una concepción distinta vino precisamente de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América y del papel de los jueces vía el common law, donde la figura judicial es central en la creación, no sólo en la aplicación del derecho, bajo el adagio de “*judge made law*”.

La concepción de la Constitución como un documento jurídico más que predominantemente político, sirvió como telón de fondo a la conformación histórica del control difuso de la constitucionalidad (modelo norteamericano-1803, caso *Marbury vs. Madison*-desaplicación en el caso concreto), y la razón por la que tardó en Europa poco más de un siglo en reconocerse la labor jurisdiccional de control, pero de la mano del tribunal constitucional (Austria 1920-invalidez con efectos generales), diverso de los poderes tradicionales, gracias a las ideas de Hans Kelsen, entre muchos otros a partir de entonces.

Los modelos difuso y concentrado, como lo sabemos, ya no existen necesariamente puros, sino que han dado motivo a un verdadero mosaico que constituye en la actualidad la garantía judicial de la Constitución en los diversos países, por vía de control difuso, concentrado, control concreto y control abstracto, al que se le suma, el recientemente denominado control de convencionalidad, tanto en sede interna, como en sede internacional. En el caso de México, por ejemplo, en la Constitución de 1824, reconocida como la primera Constitución del México independiente, contiene dos modelos de función judicial en su texto, el de la Constitución de Cádiz de 1812 (que daba primacía al órgano legislativo incluso a la hora de la interpretación de la Constitución), y el de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, en particular en el artículo 6º de donde deriva la revisión judicial de las leyes por vía de control difuso, los cuales son antagónicos como ya se señaló.

Durante la primera mitad del siglo XIX la propia Suprema Corte mexicana hubo casos en que acudía al legislativo a preguntar acerca del sentido y alcance que había de darse a las leyes, en una actitud reminiscente de la escuela de la exégesis. El gran cambio en que la Suprema Corte adquirió la importancia de un verdadero poder en México, vino en la segunda parte del siglo XIX de la mano del juicio de amparo, previsto en la Constitución Yucateca de 1840, retomado al nivel federal en 1847 y consolidado en 1857, para luego pasar a la aún vigente Constitución de 1917.

El amparo significó el reconocimiento del poder de los jueces para proteger los derechos de las personas ante actos de la administración, pero también ante leyes, cosa que hubiera sido inaudita en otros momentos de la historia; sin embargo, esto sólo fue al nivel federal, porque en el ámbito de las entidades federativas la corriente de la exégesis persistió, a lo que se agregó una negación por vía de jurisprudencia a las posibilidades de control difuso: así, la judicatura ordinaria federal y la judicatura local, recuérdese que se trata de una federación, sólo aplicaban leyes y códigos, pero sin posibilidad de voltear a ver a la Constitución, ni hacerla prevalecer, ni desaplicar norma alguna.

Lo anterior duró cerca de un siglo hasta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México dejó sin efecto los precedentes que impedían el control difuso, con motivo de la sentencia del Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos de 23 de noviembre de 2009, de la que derivó como criterio el deber para todos los jueces de llevar a cabo *ex officio* un control de la

convencionalidad, a lo que se sumó la gran reforma constitucional en materia de derechos humanos en 2011, que entre otras importantes cuestiones, elevó a rango constitucional las normas de derechos humanos de los tratados internacionales.

Vale la pena citar la mencionada sentencia del Caso Radilla Pacheco, que en su parte considerativa señaló expresamente:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El fortalecimiento de los catálogos de derechos humanos, en particular a partir del impulso derivado de la segunda posguerra y el consenso internacional acerca de la dignidad humana como valor universal, fue fortaleciendo el papel de los organismos de garantía de los derechos de la persona, tanto de fuente constitucional, como de fuente internacional. Es así como en la actualidad, más allá de los modelos de garantía constitucional de cada país, se ha reconocido que la labor última de salvaguarda de los derechos recae en los jueces, a cuya función se han sumado otras figuras como el ombudsman, que también se ha expandido mundialmente en las últimas décadas.

El papel que corresponde desempeñar a los jueces nacionales en la garantía de los derechos humanos

Los jueces como garantes de los derechos humanos

Entre los órganos estatales vinculados derechos humanos sobresalen por la trascendencia de su actividad los jueces, ya que, de acuerdo con la naturaleza de su función al resolver litigios, son quienes en mayor medida pueden lograr el respeto y la efectividad de los derechos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales.

En el desarrollo de su labor, los jueces:

- a) En los casos sometidos a su conocimiento, tienen la autoridad para constreñir con sus decisiones a autoridades y particulares, para que conduzcan sus actividades de acuerdo con las disposiciones previstas en los tratados.
- b) Poseen atribuciones para sancionar o confirmar en definitiva el castigo a quienes trasgredan las normas de derechos humanos.
- c) Con sus labores de interpretación, tienen el potencial para desarrollar los derechos y apoyar la tarea estatal básica de armonización normativa interna, con los estándares normativos de fuente internacional incorporados al orden nacional.

En este sentido, una gran parte de la atención sobre la aplicación de los estándares de derechos humanos, en especial los derivados de tratados internacionales, se ha concentrado precisamente en el papel que los órganos jurisdiccionales desempeñan a este respecto.

Este tema tiene mucha actualidad, y consideramos que no obstante los estudios que sobre el mismo han realizado prestigiados autores, aún falta profundizar en él, pero sobretudo que sean los propios jueces quienes participen de un modo activo externando sus opiniones, inconvenientes y propuestas. A este respecto, cabe traer a colación las importantes reuniones y eventos internacionales que han tenido como punto central la aplicación judicial de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno.³

Antonio Cançado Trindade ha dedicado importantes reflexiones al tema y ha señalado con acierto:

"los propios tratados de derechos humanos atribuyen una función capital a la protección por parte de los tribunales internos, como evidenciado por las obligaciones de proveer recursos internos eficaces y de agotarlos. Teniendo a sí mismos confiada la protección primaria de los derechos

³ Algunas de estas reuniones importantes han sido los coloquios judiciales que periódicamente se han realizado entre los países del Commonwealth, sobre la aplicación doméstica de las normas internacionales de Derechos Humanos, de los cuales han surgido a manera de declaraciones notables sugerencias sobre el tema. Cfr. Commonwealth Secretariat. *Developing Human Rights Jurisprudence*, Volume 5, Fifth Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms (Judicial Colloquium at Balliol College, Oxford 21-23 September 1992). Commonwealth Secretariat, London, 1993. Asimismo, cabe mencionar el Seminario celebrado en Barbados en el año de 1993, del cual surgió la siguiente publicación: Instituto Interamericano De Derechos Humanos-University Of The West Indies. *Seminar for Caribbean Judicial Officers on International Human Rights Norms and the Judicial Function* (Proceedings of the 1993 Barbados Seminar). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-University of the West Indies, San José/Bridgetown, 1995. Ver también Barkhuysen Tom et. al. (ed). *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1999, producto del symposium sobre la ejecución de las decisiones de Estrasburgo y Ginebra celebrado en Holanda en noviembre de 1997.

humanos, los tribunales internos tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos."⁴

En efecto, la actuación de los jueces adquiere una relevancia notable a la luz de la regla del previo agotamiento de recursos internos y la eficacia de éstos; incluso de esto depende en muchos casos que se surta o no la competencia de los organismos de supervisión internacional de carácter contencioso.⁵ En este orden de ideas, el hecho de que los tribunales nacionales apliquen las normas internacionales de protección de los derechos humanos atenúa la posibilidad de conflictos o contradicciones entre éstas y las normas de rango constitucional o legal, lo cual va perfilando por vía de interpretación, como ya señalamos, la armonización de las diversas disposiciones normativas.

Cabe destacar que los preceptos que contienen los tratados enuncian normas de diverso alcance, categoría y, por lo tanto, efectividad; hay normas cuya aplicación directa no importa mayor problema, toda vez que su redacción es tajante, no requieren ser detalladas legislativamente y, por lo general, no admiten excepciones.⁶ Entre estas se encuentran la prohibición de la tortura o de la desaparición forzada de persona, la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte en los Estados que la han abolido, la aplicación del principio *non bis in idem* o la proscripción de penas trascendentales.

En otras hipótesis, las normas poseen un contenido genérico y abstracto que requieren posteriores actos legislativos internos que las detallen o hagan posible su aplicación a casos concretos, generalmente son mandatos al legislador, pero esto no debe ser obstáculo para que el resto de los órganos administrativos y judiciales las tomen en cuenta como pautas de actuación o interpretación, al realizar las labores que les son propias. Otras normas establecen límites al goce y disfrute de determinados derechos, dejando un amplio margen de apreciación en cada Estado

⁴ Cançado Trindade, Antonio A. Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos. Colección Cuadernos de Derechos Humanos 3/95., Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1995, p. 16. También a este respecto se ha hecho énfasis en que "en ese rol de los tribunales como garantes de la plena vigencia de los derechos humanos, hoy en día es clave el conjunto de normas sobre el tema que tienen origen internacional, pero que, debido a que han sido incorporadas al orden interno, gozan de aplicabilidad en él." Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna. San José, IIDH, 1996, p. 29.

⁵ Al respecto ver Fix-Zamudio, Héctor. Eficacia de los Instrumentos Protectores de los Derechos Humanos, en el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, UNAM, Vol. II, 2002, pp. 11-50.

⁶ Cfr. Instituto Interamericano De Derechos Humanos. Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna, cit., pp. 49-53.

para establecer sus alcances, de acuerdo con las limitaciones permitidas que imponen conceptos como las de orden público, interés general o bienestar común, entre otros.

Los jueces y la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos

Hasta aquí hemos brindado un panorama del papel positivo que corresponde desempeñar a los jueces y tribunales nacionales en la aplicación de los estándares de derechos humanos, incluyendo los de fuente internacional, pero también es necesario abordar, así sea en forma general, la responsabilidad internacional en que podría incurrir un Estado por actos de sus órganos jurisdiccionales.

Iniciamos este punto señalando que los órganos jurisdiccionales forman parte del Estado, por lo tanto, los actos que de alguna forma vulneren los compromisos contraídos por ese Estado en beneficio de las personas a través de tratados internacionales, comprometen al país.

De esta manera, se ha opinado:

"todo Estado es responsable de los actos de sus Tribunales, cuando sean opuestos al Derecho Internacional, sin que esto altere la autonomía de los mismos en el orden interno, puesto que ... son órganos estatales. Los Tribunales podrán en efecto, ser independientes de otras esferas estatales, pero no del Estado mismo."⁷

Los tribunales nacionales podrían hacer responsable internacionalmente al Estado cuando desconozcan un tratado, como es el caso de preferir en su decisión la aplicación de una norma de jerarquía inferior a la de aquel, o que restrinja o contradiga los alcances del mismo; cuando decidan en contra de lo previsto por el tratado o se nieguen a decidir cuando les es invocada alguna de sus normas; otro caso sería también el que los tribunales, al aplicar un tratado, lo interpretaran erróneamente otorgándole un sentido diverso que redunde en perjuicio de los derechos de la persona.

Como corolario de lo señalado hasta aquí, podemos afirmar que los jueces tienen primordialmente a su cargo la delicada y trascendente labor primaria de protección de los derechos humanos, pero también pueden comprometer con sus actos y omisiones la responsabilidad internacional del Estado, razón por la cual se trata de una función que debe ser llevada a cabo por personas preparadas, conscientes de su labor y responsabilidad.

⁷ Comisión Estatal De Derechos Humanos De Querétaro. Responsabilidad del Estado a través de los Órganos Judiciales, ante la Inaplicabilidad de Tratados sobre Derechos Humanos, en *Crónica*, Número 4, México, CEHD, enero-marzo de 1994, p. 97.

Los desafíos actuales a la garantía judicial de los derechos humanos

En nuestra opinión existen varios fenómenos en los que confluyen los temas ya expuestos, que en la actualidad legitiman y hace cada vez más necesaria -aunque compleja- la labor jurisdiccional de garantía de los derechos y libertades.

Los problemas o desafíos tradicionales están relacionados básicamente con la falta de divulgación y, por ende, de conocimiento de los estándares internacionales de derechos humanos; así como por los problemas derivados de la jerarquía interna asignada a tales instrumentos, y la dinámica de las figuras del derecho procesal constitucional. Los nuevos desafíos derivan del desarrollo operativo de los sistemas de garantía internacional de los derechos humanos, y del acoplamiento y entendimiento de los sistemas de justicia constitucional con los de garantía internacional. En los párrafos siguientes nos referiremos a algunos de estos problemas.

Desconocimiento de los estándares internacionales

Este es quizá el problema de inicio que se señala de manera recurrente como un obstáculo claro a la eficacia de los derechos de fuente internacional. El problema se originaba de raíz en las deficiencias en la enseñanza del derecho internacional público en las universidades y, con mayor razón, en la capacitación de los operadores jurídicos, en especial de tipo judicial. No obstante lo anterior, en la actualidad comienza a proliferar la inclusión en la currícula universitaria de los cursos especializados en derecho internacional de los derechos humanos, así como también en los cursos de capacitación a los operadores jurídicos, incluyendo los jueces, gracias a la labor de las escuelas o institutos judiciales.

Este es un aspecto que seguramente seguirá incidiendo -no obstante el acceso cada vez mayor a información e insumos por vía de las nuevas tecnologías-, es por ello que la continuidad en la capacitación en derechos humanos es indispensable, dada la dinámica de los estándares constitucionales e internacionales en constante evolución. Un aspecto diverso del problema es la existencia de *actitudes* de rechazo ante la dificultad que implica interpretar y aplicar tales instrumentos, en consonancia con el resto de las normas del ordenamiento. En ocasiones puede suceder que no exista obstáculo jurídico alguno que impida a los tribunales nacionales aplicar, a través de sus sentencias, los tratados internacionales de derechos humanos, y que se trate, en mayor medida, de una cuestión de decisión y voluntad de los propios jueces para realizar esta importante labor.⁸

⁸ A este respecto, Antonio Cançado señala: "... Cabe, pues, naturalmente a los tribunales internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la

En nuestra experiencia, en ocasiones los jueces señalan sentirse *abrumados* ante la cantidad de instrumentos internacionales a considerar, pero esto es aparente pues hay la incidencia regular de un número determinado de estándares, que en cada rama del enjuiciamiento tiene lugar. Es precisamente por la determinación de ese grupo de estándares que habría que empezar.

Otro de las aseveraciones recurrentes es desplazar la responsabilidad a los usuarios de los sistemas de justicia, de manera que los jueces se muestran *abiertos* a la aplicación de los estándares, pero sólo si las partes que intervienen en los litigios los invocan. Si bien por supuesto a todos los que participan en los litigios interesa que las normas aplicables sean consideradas, no debe escapar a nuestra atención que las disposiciones de los instrumentos internacionales son normas de orden público y que el principio *iura novit curiae* deja en la figura del juez la responsabilidad primaria de estar al tanto y al día en los estándares vigentes que le corresponde aplicar.

La dificultad del manejo de un número cada vez mayor de normas de derechos humanos de fuente internacional

Otro de los problemas son la creciente adopción y ratificación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto universales como regionales. Los derechos humanos son universales, indivisibles, están interrelacionados, son interdependientes y progresivos, y una vez reconocidos implican acciones de respeto, protección, garantía y promoción, a la vez que conllevan actividades muy importantes de armonización normativa, cambios de prácticas administrativas, de precedentes judiciales, conformación de políticas públicas y de presupuestos públicos con enfoque de derechos humanos.

Desde el punto de vista internacional, los tratados internacionales son sólo una de las fuentes, la más relevante, pero no la única del derecho, se reconoce la costumbre, los principios, la doctrina y los precedentes. En materia de derechos humanos, hay un cumulo importante de

función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de Derechos Humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de la protección de los Derechos Humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados Partes, el de la protección del ser humano." Cit., p. 20.

Asimismo, también se ha señalado: "Por lo tanto, no cabe la más mínima duda de que los Tribunales como Organos Estatales, pueden adoptar medidas - sentencias en sentido lato - para ser efectivos los derechos y libertades reconocidos en el Tratado Internacional. Si no lo hacen, comprometen la responsabilidad internacional del Estado, ya que su función radica en la administración de justicia." Comisión Estatal De Derechos Humanos De Querétaro. Responsabilidad del Estado a través de los Organos Judiciales, ante la Inaplicabilidad de Tratados sobre Derechos Humanos, cit. p. 101.

instrumentos declarativos de diverso calado, a la vez de precedentes jurisdiccionales y no jurisdiccionales de índole supranacional.

Los catálogos de derechos humanos de fuente internacional se suman, complementan y fortalecen los catálogos constitucionales, de hecho es más de una ocasión los contenidos son muy similares, por lo que se proporcionan un apoyo adicional mutuo a la hora de su eficacia y garantía, de lo que en muchos casos deja huella la interpretación y justificación de las decisiones judiciales.

Certeza en la jerarquía de los tratados internacionales a nivel doméstico

Este problema se produce en los casos en que no hay claridad en la jerarquía que adquieren los estándares internacionales al ser incorporados al ordenamiento nacional. Tomás Requena López en un reciente y profundo estudio acerca del principio de jerarquía normativa, señala que ésta es “un modo necesario de organizar las diferentes normas de los sistemas y ordenamientos jurídicos de las sociedades modernas, consistente en hacer depender la validez de unas normas de otras. Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla. Sólo así, o en cualquier forma que explicita esencialmente esa idea, puede definirse la jerarquía”.⁹

La cuestión sobre la jerarquía de los tratados en el derecho interno y, sobre todo, su situación con respecto a las normas constitucionales ha despertado en la actualidad un gran interés o lo ha mantenido latente. Sin embargo, no existe aún un consenso sobre la jerarquía doméstica de los tratados internacionales, es por ello que toca a cada Estado, preferentemente en su Constitución, determinar la posición que los tratados ocupan en su respectivo orden jurídico interno.¹⁰ Lo anterior sin ser óbice para la aplicación en un caso concreto de las reglas previstas en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, por supuesto para los estados que la hayan ratificado.¹¹

⁹ Requena López, Tomás. *El Principio de Jerarquía Normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 133.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1993, pp. 445-481.

¹¹ El artículo 27 de la Convención de Viena señala: "El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46." Por su parte, el artículo 46 de la misma Convención establece: "Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de un derecho interno. 2. Una

La incorporación de un tratado al orden jurídico interno les otorga a sus disposiciones una determinada jerarquía normativa que, de acuerdo con las diversas Constituciones, puede situarlas al menos en cuatro diversas posiciones,¹² con respecto a la propia Constitución y las leyes ordinarias:

- a. La posición más alta que podría ocupar un tratado internacional dentro del orden interno de un Estado, estaría por encima de la propia Constitución, este correspondería a un nivel *supra constitucional*. Esto propicia que se conjuguen y complementen los derechos de fuente internacional, con los derechos de fuente constitucional. Cosa aparte y excepcional son los casos de choque o contradicción normativa entre la Constitución y las normas de fuente internacional en materia de derechos humanos, que es un debate abierto, aunque inclinado cada vez más a su solución vía el denominado principio *pro persona* y de *interpretación conforme*.
- b. Otra posición sería aquella en la que los tratados internacionales estuvieran al mismo nivel que las normas constitucionales, esto es, poseerían *rango constitucional*.
- c. En orden decreciente, los tratados podrían situarse en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a las leyes ordinarias; en este caso serían de rango *supra legal*.
- d. Finalmente, si la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias, se está en presencia de un rango *legal*.

Cabe señalar que si bien estas categorías pueden aplicarse a todo tipo de tratados que puede incorporar un Estado, existe una tendencia a diferenciar específicamente los tratados de derechos humanos y otorgarles un nivel generalmente superior dentro del ordenamiento, como se señaló párrafos arriba.

En la tendencia benéfica a otorgar una jerarquía superior a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en opinión de Héctor Fix-Zamudio, son representativas las vigentes constituciones española (artículo 10) y portuguesa (artículo 16).¹³ La primera ordena la interpretación de las normas constitucionales en concordancia con las disposiciones de la Declaración Universal de 1948 y los principales tratados internacionales de derechos humanos; en

violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe."

¹² *Cfr.* Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna, cit., pp. 33-43; *cfr.* Gros Espiell, Héctor, "Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, tomo II, México, UNAM, 1988, pp. 1025 y ss.

¹³ Fix-Zamudio, Héctor, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., p. 448.

tanto que la Constitución portuguesa sólo hace referencia a la interpretación en concordancia con la Declaración citada.

De especial importancia resulta la Constitución Argentina vigente que en su artículo 75, punto 22, señala dentro de las facultades del Congreso la de aprobar o desechar tratados, mismos que tienen jerarquía superior a las leyes, pero en cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁴ se afirma “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Todavía más benéfica a los derechos humanos, es la posición adoptada en el texto constitucional por Guatemala, que en el artículo 46 de su Constitución, establece un nivel supra Constitucional, cuyo texto señala: *Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.*

En México, luego de una larga etapa en que los tratados internacionales fueron considerados en un rango inferior al de las normas constitucionales, pero en igual jerarquía a las leyes federales, se ha venido abriendo paso primero la tesis de la jerarquía *infra* constitucional y *supra* legal de tales tratados, y más recientemente, la del rango constitucional de tales derechos, lo que se dejó en claro en la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, entre otros, al artículo 1º constitucional, que en sus dos primeros párrafos señala:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

¹⁴ Se mencionan expresamente: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El principio pro persona y la interpretación conforme.

Frente al tema vinculado al problema de la certeza en la jerarquía, se está abriendo paso cada vez con mayor fuerza la invocación y aplicación del principio *pro homine* o *pro persona* derivado de la exigencia de no interpretar de manera restrictiva los derechos y, en consecuencia, dar paso a la norma más favorable a la persona. Este principio deja en un lugar secundario el tema de la jerarquía normativa,¹⁵ pero hay que decir que tiene aplicación en particular en casos donde los derechos de la persona, no se enfrentan a los de otra u otras, pues en este último caso se debe proceder a la denominada *ponderación*.

Otra de las figuras técnicas de apoyo a la labor de los jueces es la denominada *interpretación conforme*, asociada en sus orígenes al papel que juega la Constitución como cúspide del ordenamiento jurídico de un Estado, cuyos contenidos determinan la validez del resto de las normas y la regularidad primaria de los actos de las autoridades. En este sentido, la Constitución en su carácter de norma jurídica, la norma de normas, debe ser atendida y considerada-por ende no ignorada o dejada de lado- por sus destinatarios, debe estar presente en los actos cotidianos de creación y aplicación del derecho.

Esta concepción dinámica de la Constitución, como referente y base de la vivencia cotidiana del derecho en un Estado, implica que la actuación de los operadores jurídicos de toda índole, además de apegarse a los ordenamientos inmediatos de donde derivan el fundamento de su actuar (por ejemplo, Códigos, Leyes o Reglamentos), busquen ajustarse, alinearse o conformarse a lo previsto a su vez en la Carta Magna.

Una variante más técnica y especializada del principio de interpretación conforme, surge alrededor del control judicial de la constitucionalidad de las leyes, en particular del modelo europeo continental de tipo concentrado. En la ameritada opinión de Fix-Zamudio:

La interpretación conforme se estableció en la doctrina y la jurisprudencia alemanas con el nombre original de *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, que puede traducirse como “la interpretación de las leyes de acuerdo con la constitución”, y ha tenido una importante divulgación en la justicia constitucional contemporánea, debido a que resuelve un problema que se plantea con la declaración general de inconstitucionalidad, en cuanto se traduce en la

¹⁵ Véase a este respecto, Pinto, Mónica. El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en la obra *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Argentina, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172.

anulación de las disposiciones legislativas, que en todo caso como produce una conmoción jurídica, ya que es necesario llenar el vacío que deja el ordenamiento que se considera inválido, el que no siempre es posible sustituirlo por la legislación anterior y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la ley fundamental.”¹⁶

Es en este contexto como principio técnico la denominada *interpretación conforme* es un requisito que agotar por parte de dichos Tribunales, antes de tener que decretar la invalidez normativa, y ante los duros y en ocasiones indeterminables efectos de esto en el resto del ordenamiento, atentos a la relación sistemática de las normas jurídicas que lo integran.

Los casos de monopolio exacerbado del control de constitucionalidad.

De acuerdo con el pensamiento de Fix-Zamudio¹⁷, todos los jueces en mayor o menor medida e independientemente de su denominación, categoría y autoridad, son en cierto sentido jueces constitucionales. Así, el problema que apuntamos deriva en principio de la negación en ocasiones de *facto* al rol de juez constitucional mencionado, que toca jugar en cierto sentido a todo órgano jurisdiccionales y que lleva a una falta de eficacia para los derechos humanos de fuente internacional.

Si los jueces ordinarios entienden agotada su misión o la misma se ve reducida a la aplicación de ley, sin tomar en cuenta los derechos humanos que tienen incidencia, tanto los expresados en la Constitución o en instrumentos internacionales, la eficacia de éstos se ve negada de inicio, aunque dicha situación pueda ser “corregida” en etapas procesales subsecuentes o de índole constitucional. Esta idea de que los jueces de cualquier tipo de jerarquía, cumplan con los derechos humanos, no riñe con las atribuciones de los tribunales o salas constitucionales, en los sistemas orientados al control *concentrado*, en especial cuando existen mecanismos como la *cuestión de inconstitucionalidad*¹⁸.

En los países cuyo sistema admite al control difuso, este problema tendría una incidencia menor, si los jueces se toman en serio sus atribuciones. Sin embargo, aún en este último caso, las atribuciones de control constitucional deben ampliarse a las de un *control de convencionalidad*,

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor. La Declaración General de Inconstitucionalidad, la Interpretación Conforme y el Juicio de Amparo Mexicano, en sus Ensayos sobre el Derecho de Amparo, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 956.

¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor. “El Juez ante la Norma Constitucional” en *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1993, p. 36; Cfr. Pérez Tremps, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 190-192.

¹⁸ Sobre la cuestión de inconstitucionalidad, puede consultarse el importante estudio: Corzo Sosa, Edgar. La cuestión de inconstitucionalidad, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

que abarque la contrastación de los actos, omisiones y las leyes frente a las disposiciones de fuente internacional incorporadas al ordenamiento.¹⁹

En ambos sistemas y sus versiones mixtas, si los jueces de cualquier nivel y materia competencia no adoptan la tarea del *control de convencionalidad*, ni siquiera aquellos tribunales o salas terminales de constitucionalidad, de nueva cuenta la garantía de los derechos de fuente internacional se ve comprometida, en especial cuando no poseen un derecho reflejo en el texto constitucional, que sea susceptible de aplicación.

Es así como en la actualidad la labor de garantía judicial de los derechos humanos, de fuente constitucional e internacional, han adquirido una enorme importancia y complejidad, pero de la cual depende la verdadera eficacia de los derechos humanos y el pleno reconocimiento de la dignidad humana, ese valor intrínseco que nos distingue como especie y nos brinda libertad, mi reconocimiento y respeto para ustedes, quienes están investidas e investidos de esa alta labor.

A manera de conclusión

La situación actual de la garantía jurisdiccional de la Constitución, en particular de los derechos humanos reconocidos en los diversos Estados ha derivado de una larga y compleja evolución que involucró la adopción de documentos constitucionales, como la consagración de los derechos de la persona en tales textos. La evolución de los textos constitucionales en tanto normas jurídicas, exigibles y aplicables, así como la necesidad de dar eficacia a los derechos previstos en las *normas fundamentales* llevó finalmente a depositar en los jueces la labor de decidir las controversias sobre aplicación de la Constitución, así como la salvaguarda de los derechos contenidos en esta.

En esta evolución han surgido modelos diversos como el difuso y después el concentrado, que tienen como objetivo común la prevalencia de la Constitución, así como de las libertades reconocidas por ésta. La segunda posguerra trajo consigo un elemento adicional que es la noción y reconocimiento internacional de la dignidad humana y los derechos humanos a través de los que se manifiesta; de esta manera el derecho constitucional de los derechos fundamentales, se ha complementado con el derecho internacional de los derechos humanos, que posee normas, organismos y procedimientos para la salvaguarda supranacional de los derechos de la persona.

¹⁹ Véase a este respecto, Rey Cantor, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Porrúa-IMDPC, 2009.

No obstante que en la actualidad parecería una obviedad referirse a la labor de los jueces en la garantía de los derechos humanos de fuente internacional, consideramos que ha pasado desapercibido una serie de cambios que hacen al día de hoy más compleja dicha tarea y la enfrentan a nuevos desafíos, que se suman a los que podemos calificar de *tradicionales*. La labor de los órganos jurisdiccionales es crucial en ambos sectores, el doméstico y el internacional, en principio porque al nivel interno son precisamente los órganos jurisdiccionales los que representan la garantía última de los derechos humanos, necesaria para acceder incluso a la garantía internacional de los derechos, en la que se determina la responsabilidad internacional del Estado en el cumplimiento de los compromisos adquiridos, a partir de un número cada vez mayor de tratados internacionales.

La labor jurisdiccional de protección de los derechos humanos no es algo sencillo y enfrenta, como señalamos diversas dificultades, en particular por las características de las normas constitucionales y de fuente internacional que consagran tales derechos, el número y acoplamiento jerárquico de dichas fuentes domésticas y supranacionales, así como la conjugación con un creciente cúmulo de precedentes jurisdiccionales. Es por ello que la labor jurisdiccional ha dejado atrás el escueto papel que le había asignado la corriente exegetica, lo que ha desarrollado nuevas figuras como son el control de convencionalidad, la interpretación conforme o el principio *pro persona*, a efecto de lograr de mejor manera la eficacia de los derechos humanos y cerrar la en ocasiones amplia brecha entre norma y realidad.

La labor de garantía jurisdiccional de los derechos humanos, de salvaguarda de los derechos y las libertades, es sin duda central en un Estado de derecho, forma parte consustancial de la vida democrática y la gobernanza, es por ello que dicha labor debe llevarse a cabo con pleno respeto a la autoridad, investidura, autonomía, independencia e imparcialidad, de que deben estar provistos los jueces y tribunales para llevar su función, pues de ello depende la legitimidad misma del Estado, su razón mayor de *ser* que es la realización en libertad de todas las personas.

Bibliografía

Barkhuysen Tom et. al. (ed). *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1999.

Buergenthal, Thomas. *et al. Manual Internacional de Derechos Humanos*, Caracas/San José, IIDH-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

Cançado Trindade, Antonio A. *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*. Colección Cuadernos de Derechos Humanos 3/95., Procurador de los Derechos Humanos, Guatemala, 1995.

- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama y Propuestas sobre la Aplicabilidad de los Derechos Fundamentales de los Grupos en Situación Vulnerable”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos Humanos, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001.
- Comisión Estatal De Derechos Humanos De Querétaro. Responsabilidad del Estado a través de los Organos Judiciales, ante la Inaplicabilidad de Tratados sobre Derechos Humanos, en *Crónica*, Número 4, México, CEHD, enero-marzo de 1994.
- Commonwealth Secretariat. Developing Human Rights Jurisprudence, Volume 5, Fifth Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms (Judicial Colloquium at Balliol College, Oxford 21-23 September 1992). Commonwealth Secretariat, London, 1993.
- Corzo Sosa, Edgar. La cuestión de inconstitucionalidad, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.
- Fix-Zamudio, Héctor, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1993, pp. 445-481.
- Fix-Zamudio, Héctor. “El Juez ante la Norma Constitucional” en *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1993.
- Fix-Zamudio, Héctor. Eficacia de los Instrumentos Protectores de los Derechos Humanos, en el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, UNAM, Vol. II, 2002, pp. 11-50.
- Fix-Zamudio, Héctor. La Declaración General de Inconstitucionalidad, la Interpretación Conforme y el Juicio de Amparo Mexicano, en sus Ensayos sobre el Derecho de Amparo, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.
- Gros Espiell, Héctor, “Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*, tomo II, México, UNAM, 1988, pp. 1025 y ss.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna. San José, IIDH, 1996, p. 29.
- Instituto Interamericano De Derechos Humanos-University Of The West Indies. Seminar for Caribbean Judicial Officers on International Human Rights Norms and the Judicial Function (Proceedings of the 1993 Barbados Seminar). Instituto Interamericano de Derechos Humanos-University of the West Indies, San José/Bridgetown, 1995.

Pérez Tremps, Pablo. Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

Pinto, Mónica. El principio pro homine: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en la obra La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Argentina, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172.

Requena López, Tomás. El Principio de Jerarquía Normativa, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

Rey Cantor, Ernesto. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos, México, Porrúa-IMDPC, 2009.

Sepúlveda, César, *Estudios sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos*, 2ª edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2000.

Derechos de Autor (c) 2024 Jorge Ulises Carmona Tinoco



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](#)

Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana

A constitutional vision of globalization from the Latin American perspective

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.144>



Para acceder al artículo completo en línea

Gerardo Eto Cruz

Universidad Nacional de Trujillo, Perú

Universidad San Martín de Porres, Perú

gerardoeto@gmail.com

Recibido: 07 de febrero de 2024

Aceptado: 06 de agosto de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: Ponencia del V Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional: Derecho Constitucional y Globalización, organizado por el Tribunal Constitucional de República Dominicana, del 20 al 21 de octubre de 2022.

Palabras clave: Constitucionalismo, globalización, Latinoamérica.

Abstract: *Presentation of the V International Congress on Constitutional Law and Justice: Constitutional Law and Globalization, organized by the Constitutional Court of the Dominican Republic, from October 20 to 21, 2022.*

Keywords: *Constitutionalism, globalization, Latin America.*

SUMARIO:

Introducción - Constitución y globalización - Las teorías sociológicas sobre la globalización - Las modernas tendencias del constitucionalismo latinoamericano. Estado de crisis, crisis de los estados y estados fallidos.

Introducción: Las declinaciones y mutaciones de las constituciones en Latinoamérica: El constitucionalismo clásico, el neoconstitucionalismo, el «nuevo constitucionalismo».

Ubicar una visión del constitucionalismo latinoamericano en el marco de la *posmodernidad*, nos lleva a reparar preliminarmente algunas ideas, a fin de contextualizar el fenómeno de lo que es la *globalización*, ámbito donde actualmente se viene desarrollando la actual dinámica constitucional a nivel planetario y en donde nuestra región no se encuentra exenta de su influjo; y por ello mismo, vienen perfilándose particulares características, no sólo a partir de su reflexión académica sino y, fundamentalmente, a través de su praxis y realidad, como son sus vigencias y su propia dinámica constitucional.

La primera idea que se debe tener en cuenta, no solo como una visión latinoamericana, sino cómo surgió del pensamiento político europeo es que el constitucionalismo surge para regular dos grandes y complejos temas: por un lado la pretensión de regular el ejercicio racional y legítimo del poder político; y, por otro lado, el de garantizarle a las personas que tengan y se le reconozcan un conjunto de atributos de derechos subjetivos hoy denominados derechos fundamentales en su versión nacional o derechos humanos en el plano internacional.

Subyace, por tanto, en el constitucionalismo una *concepción liberal* que surge, como es harto conocido en el siglo XVIII, y que estuvo precedida por una efervescente fuente doctrinaria de libres pensadores que cuestionaban el *antiguo régimen*. Por otro lado, claro está, el campo de aterrizaje normal de las libertades públicas, derechos individuales o derechos del hombre, fue precisamente en las constituciones de la *primera hora* que empezaron a reconocerse y positivarse. De esa fecha, han pasado más de 200 años y, en la línea del tiempo, hoy el reconocimiento de los derechos fundamentales probablemente atraviesa una *evolución sincrónica*¹ a la que se les identifica como derechos fundamentales de una primera hasta una *cuarta generación* precisamente en marco de la Cuarta Revolución Industrial².

Hoy se puede sintetizar que el constitucionalismo en todas las familias jurídicas a nivel planetario, pretende regular dos grandes estatutos que forman parte de la *pulsión* de la condición humana: el poder y las libertades ello, independientemente que a nivel globalizado, los escenarios no son idénticos dado que se presentan radicales diferencias en donde en diversos sistemas políticos, el poder se expresa en término de autocracias, dictaduras, populismos por un lado; y por otro, los derechos y las libertades no son precisamente de un mínimo de garantías que preconizan los textos constitucionales.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 2005, p. 65 y ss.

² SCHWAB, Klaus: *La cuarta revolución industrial*. Debate, Colombia, 2016

Así el constitucionalismo ha empezado a tener una serie de *declinaciones* y *mutaciones* que responden a los tiempos y a los escenarios que se presentan en diversas latitudes del planeta. Por lo que bien podríamos dar una panorámica de las siguientes declinaciones del constitucionalismo³ como son las siguientes:

a) *El constitucionalismo clásico.*

Se mantiene en diversas manifestaciones en la recepción del constitucionalismo latinoamericano y subyacen los diversos principios como la separación de poderes y ciertamente la influencia del iluminismo racionalista que aún pervive cada vez que se inicia un *escenario constituyente* en Latinoamérica, pues se piensa que una Constitución, fruto del constitucionalismo clásico y liberal, desencadenan los males de cada país, falacia que, como discurso político han venido pregonando el pensamiento marxista y se afirma que con un cambio de constitución, de carácter socialista o colectivista o del “socialismo del siglo XXI”; se solucionarán los males al establecerse un nuevo marco constitucional;

b) *El neoconstitucionalismo*

Esta corriente de pensamiento proveniente de los predios de filósofos que se han metido a los territorios del constitucionalismo, se han autoproclamado como “neoconstitucionalistas”, igualmente han calado en parte en Latinoamérica y si bien genéticamente es una evolución de la filosofía del constitucionalismo clásico, pretende generar nuevos enfoques y replantear algunos nichos cognitivos como son: i) *la constitucionalización de los derechos* que en rigor es una renovada visión de lo que siempre estuvo en la parte dogmática de las constituciones de la primera generación, pero bajo una interpretación de las *normas reglas* y las *normas principios* a partir de las bases contemporáneas de la argumentación jurídica; ii) *Una judicialización de los derechos* lo que significa la presencia de renovados instrumentos procesales que son los que van tener la virtud y la fuerza de desencadenar lo que hoy es la *jurisdicción constitucional* con sus procesos constitucionales de la libertad como son el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data, entre otros; y *la jurisdicción constitucional orgánica* en la que confluyen los procesos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia; iii) *La presencia de una jurisdicción supranacional* en la cual los derechos fundamentales afectados en las jurisdicciones domesticas hoy pueden ser revisadas a través de organismos jurisdiccionales supranacionales bajo el marco y sustento de tratados internacionales que comprometen el llamado *bloque de convencionalidad regional* y el *bloque de convencionalidad universal*. La presencia de esta “ola” filosófica ha calado en el pensamiento constitucional latinoamericano gracias a diversos teóricos europeos que plantean nuevas visiones, rompiendo el *constitucionalismo clásico* y generando una *judicialización de la política* y atribuyendo a los jueces roles competenciales vinculado a decisiones políticas; esta “ola” de

³ Seguimos aquí, a partir de una visión comparativa a PEGORARO, Lucio: y RINELLA, Ángelo (Directores): *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*. Tomo 2, Volumen A, 1era. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edit. Astrea y G. Giappichelli, 2018, p. 154 y ss. 159 y ss. y 161 y ss.

neoconstitucionalismo es parte de la propia globalización del pensamiento y de un cuestionamiento a las democracias bajo el escrutinio crítico de esta filosofía que pretende presentar un nuevo constitucionalismo para entender la realidad constitucional.

c) *El «nuevo constitucionalismo»*

Finalmente nos encontramos con una última corriente desencadenada en el mundo globalizado y que también lo viene recepcionando América Latina que es un presunto *nuevo constitucionalismo* que no refuta ni cuestiona al constitucionalismo clásico pero pretende transformarlo. Así, se plantea la siguiente distinción entre las dos categorías ya aludidas: «El neoconstitucionalismo es una corriente doctrinal producto de años de teorización académica, mientras que [...] El nuevo constitucionalismo latinoamericano es un fenómeno surgido en el extrarradio de la academia, producto más de las reivindicaciones populares y de los movimientos sociales que de planteamientos teóricos coherentemente armados. Y consiguientemente, el nuevo constitucionalismo carece de una cohesión y una articulación como sistema cerrado de análisis y proporción de un modelo constitucional»⁴.

En rigor, podríamos señalar que esta variante mantiene conexión con el neoconstitucionalismo pero se preocupa de la legitimidad democrática de las constituciones latinoamericanas. Así, una visión y mirada comparativa de los profesores Pegoraro y Rinella, señalan que: «el primer problema del constitucionalismo democrático es servir de traslación fiel de la voluntad constituyente del pueblo y establecer los mecanismos de relación entre la *soberanía*, esencia del poder constituyente, y la *constitución*, entendida en su sentido amplio como fuente del poder (constituido y, por lo tanto, limitado) que se superpone al resto del derecho y a las relaciones políticas y sociales»⁵.

Igualmente el espectro de visión de este nuevo constitucionalismo es que expresa y reivindica un carácter revolucionario al constitucionalismo democrático pretendiendo establecer mecanismo de emancipación de los pueblos; es decir se pretende instrumentalizar la presencia de escenarios de poderes constituyentes que van a reflejar el fundamento último de los futuros poderes constituidos o gobiernos permanentes. Esta nueva ola se ha gestado desde los años 90, básicamente a partir de la Constitución colombiana de 1991, incluso algunos reivindican a la Constitución brasileña de 1988 y en las que se encuentran también los textos constitucionales de Ecuador del 2008 y de Bolivia de 2009. Debemos aquí señalar que gran parte de este pensamiento constitucional llevado a la praxis, identifica a determinados académicos de la corriente de la Universidad de Valencia (Roberto Viciano y Roberto Martínez Dalmau) y que desde España, varios fueron los mentores de los formatos constitucionales que hoy están presentes en Latinoamérica. En suma, el

⁴ R. VICIANO PASTOR, R. Martínez Dalmau: «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal», en Rev. Gen. Der. Públ. Comp., N° 9, 2011, p. 7, citado por Pegoraro, Lucio y Rinella Angelo (Directores): *Derecho constitucional comparado*, Tomo 2, Vol. A, Sistemas constitucionales, Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 162.

⁵ PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo, op. cit. p. 162.

nuevo constitucionalismo predica las *constituciones revolucionarias* (Viciano Pastor y Martínez Dalmau), *Constituciones Transformadoras* (Boaventura de Sousa Santos, Viciano Pastor y Martínez Dalmau), *Constituciones Aspiracionales* (Mauricio García), entre otros epítetos que se esgrimen⁶. Las actuales versiones de estas corrientes se han pretendido institucionalizar en el reciente proyecto de plebiscito que fue en rigor un referéndum frustrado de la Constitución de Chile de 4 de septiembre de 2022; y el proyecto que pretende instaurar el actual régimen político izquierdista de Pedro Castillo en el Perú.

De nuestra parte, podemos señalar que tras las constituciones, hay una *concepción iluminista y racionalista* que se nos presentan como *metarrelatos* de profecías no cumplidas en la perspectiva que iniciara François Lyotard; y ello en la medida que en Latinoamérica aún pesa la *tipología* que aludía Karl Loewenstein: que nuestra región no tiene constituciones *normativas*, sino constituciones *nominales* que son las que se cumplen a medias porque el cuerpo electoral suele elegir a líderes con aliento populista que no respeta a la constitución de su país; y lo más grave aún muchas constituciones latinoamericanas son *semánticas* fruto de regímenes que treparon el poder y después de un prolongado tiempo pretenden legitimar *su* régimen institucionalizando el ropaje constitucional que lo impulsaron por la fuerza⁷.

Por lo tanto, una visión constitucional hoy de Latinoamérica en el marco de la globalización no arroja resultados halagüeños, proponemos, como veremos en este breve trabajo, una serie de características que hoy perfilan una visión constitucional Latinoamericana en el marco de los tiempos contemporáneos; pero pasemos brevemente a ubicar las categorías de Constitución y globalización, la primera que corresponde a la disciplina de la teoría constitucional y la segunda al pensamiento de la sociología contemporánea.

Constitución y globalización

El concepto «*globalización*», no proviene del mundo jurídico, sino de los predios de la sociología contemporánea y se ubica en el marco de la actual Cuarta Revolución Industrial (4RI) y, por otro lado, por diversos filósofos que han calificado los tiempos contemporáneos como de una «*posmodernidad*»⁸ e «*hipermodernidad*»⁹.

⁶ CORREA SOUZA DE OLIVEIRA, Fabio y LUIZ STRECK, Lenio: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de constituir un Derecho Constitucional Común”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, Madrid (2014), pp. 125-153

⁷ LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*. Trad. y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1982, pp. 218 y ss.

⁸ LYOTARD, Jean-François. *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. Buenos Aires: Minuit, 1987.

⁹ LIPOVETSKY, Guilles y CHARLES, Sébastien. *Los tiempos hipermodernos*. 3ª ed. Barcelona: Anagrama, 2016. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.

Con todo, aunque parte del horizonte se ubica en el marco de la globalización del mundo cognitivo o de las sociedades del conocimiento, la actual sociología ha planteado diversas formas de ver y entender el fenómeno de la globalización.

Los *demiurgos* de la globalización señalan que ella ostenta, en líneas generales las siguientes características:

- a) La internacionalización en distintos campos que vive el planeta como es la economía, la política, la cultura, etc., y en particular de los mercados financieros y de trabajo con la interdependencia creciente de los actores involucrados como son los Estados, las organizaciones internacionales, empresas, ONG, etc., que viene posibilitada a su vez por:
- b) El impacto de las *tecnologías de la información y comunicación*, y en particular de Internet, que permite la simultaneidad de las acciones y procesos en tiempo real; y
- c) La simetría en los intercambios, la desigualdad y la injusticia global, lo que permite hablar de una «interdependencia asimétrica»¹⁰.

Las teorías sociológicas sobre la globalización

En los predios de la sociología contemporánea se han presentado una serie de teorías en torno al fenómeno de la globalización; y aquí apenas pálidamente esbozaremos las más relevantes, a fin de poder engarzarlas en el plano de la *dinámica constitucional* en nuestra región; lo que sigue es una brevísima síntesis de la variedad de teorías existentes. Tomamos parte de nuestras reflexiones sobre las corrientes teóricas de la globalización¹¹. La globalización constituye un proceso histórico que explica y a la vez justifica una creciente aceleración de complejas relaciones que vive la civilización contemporánea y que tienen como notas características un aumento progresivo de la interconexión de la economía mundial y la proliferación de una serie de dinámicas de distinto orden: sociales, culturales y políticas y que repercuten en el plano internacional. La sociología contemporánea sigue interrogándose qué es la globalización. Así, las discusiones más puntuales giran en saber si la globalización es un fenómeno excepcional de nuestra historia más reciente, como plantea Giddens, o más bien si se trata de un fenómeno ya conocido que ha transitado épocas pasadas pero que actualmente se ha redimensionado. Igualmente sigue en permanente debate si existe una o varias globalizaciones en función a su impacto en el planeta. La

¹⁰ NOLLA, Javier y RODRÍGUEZ, Beatriz: *Teoría sociológica de la globalización*, Tecnos, Madrid 2010, p. 17;

¹¹ ETO CRUZ, Gerardo: “¿Las universidades son sociedades de conocimiento?”, en: *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica. A propósito de los 100 años del Grito de Córdoba*, Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego (Coordinadores). Lima, Grijley, Vol. 2, pp. 1331-1349.

sociología igualmente se interroga si acaso existe una o varias ideologías que sustentan este fenómeno, sustentada en la democracia liberal a nivel mundial¹².

- a) **Modernidad y globalización:** el planteamiento de esta teoría, esbozada por el sociólogo Anthony Giddens, autor de un monumental trabajo escrito al alimón con Philip W. Sutton (Cfr. *Sociología*, así como *Consecuencia de la modernidad*, *En defensa de la sociología* y *La política del cambio climático*) sostiene que, si bien la globalización es la expresión radical de la modernidad o las consecuencias de ella; el mundo actual en el ámbito de las sociedades posindustriales impone a la ciencia y la cultura un “enganche” a través de formatos de tecnologías que se aplican a la producción industrial. La globalización hoy se manifiesta a través de una integración sistémica donde existe una amplia conexión de sistemas de interacciones que cualquier reflexión “local” hoy colgado o expuesto a las redes sociales o a las grandes plataformas de internet permiten entrar en la era digital de la globalización. Giddens en su obra *Consecuencias de la modernidad* (1999) plantea dos ejes temáticos: «La contradicción principal de las sociedades capitalistas, que con diversas formulaciones a lo largo de sus obras suele girar en torno a la contraposición entre los principios estructurales de producción social y apropiación privada, y la ampliación de la importancia de la integración sistémica, al aumentar el volumen de las relaciones distanciadas, tanto en el tiempo como en el espacio, vinculadas de forma directa con el fenómeno de la globalización»¹³.
- b) **Sociedad del riesgo global:** quien esgrime esta teoría es el célebre sociólogo Ulrich Beck, autor de la sociedad del riesgo quien en su obra la “*modernidad reflexiva*” identifica a tres componentes: la era de una individualización, la presencia de una sociedad del riesgo y la globalización. Actualmente, las políticas estatales tienen una tendencia a tomar como sujetos a los individuos y no a los grupos. Y en el caso de la centralidad del riesgo, el sociólogo Beck ha planteado la tesis de que hoy las sociedades contemporáneas se ven en el espejo consigo misma y se ven frente a sus productos y creaciones. Anota el sociólogo que esta reflexión “alude a una modernidad que se desvanece. Inaugura esta teoría la posibilidad de una (auto) destrucción creadora para una época en su conjunto, en este caso, la época industrial. El “sujeto” de esta destrucción creadora no es la crisis, sino el triunfo de la modernización occidental. Esta teoría es una protesta –y refutación– contra la teoría del fin de la historia de la sociedad”¹⁴. Y en esta proliferación se manifiestan riesgos

¹² MORENO DEL RÍO, Carmelo: “Antiglobalismo” en MELLÓN, JOAN Antón y TORRENS, Xavier (Editores): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*; 3era edic., Tecnos Madrid, p. 577

¹³ NOYA, Javier y RODRÍGUEZ, Beatriz, *Op. cit.*, p. 31

¹⁴ BECK, Ulrich. Teoría de la modernización reflexiva, en GIDDENS, A. et al. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos Edit., 2011, pp. 223 y ss.

de índole personal como colectivo. Hoy efectivamente saltan a la vista catástrofes que pueden ser de distinto orden, como son los problemas que desencadenan las catástrofes nucleares¹⁵, caso emblemático fue lo ocurrido en Chernóbil¹⁶.

En otras palabras, el núcleo de una sociedad del riesgo ya no es la distribución de bienes, sino de las contingencias de males que pueden presentarse en los tiempos contemporáneos. Males que azotan los tiempos en diversos órdenes, como políticos, económicos, militares; riesgos locales, nacionales o transnacionales. Todo esto viene a colación en tanto las constituciones de la región latinoamericana enfrentan una serie de riesgos no sólo como parte del reparto de la sociedad de la externalización que nos habla el sociólogo Lessenich¹⁷, sino porque los regímenes políticos que se vienen instalando en gran parte de América latina no garantizan precisamente las libertades, el

¹⁵ *Chernobyl. Los 10 lugares más radiactivos del planeta*: Accidentes como Chernobyl y Fukushima demostraron que las plantas nucleares son peligros latentes. Sin embargo, hay otras causas que condenaron a ciertas zonas del planeta. La catástrofe ocurrida en la planta nuclear de Chernobyl marcó un antes y un después en cómo la humanidad tomaría la radiación. Desde ese abril de 1986, una zona radiactiva sería considerada uno de los mayores peligros para el ser humano. A continuación, hacemos un recuento de los lugares con mayor radiactividad en el mundo. Fukushima (Japón): el desastre de la planta nuclear de Fukushima fue una consecuencia del terremoto de 2011 y el posterior tsunami ocurrido en Japón, el cual dejó varios muertos y causó grandes pérdidas materiales. Aquella vez se colapsaron tres de los seis reactores y las fugas acabaron en los alrededores de la planta y en el mar, desde donde viajó un radio de 200 km. Se trata del peor accidente nuclear desde Chernobyl. El grado de impacto ambiental todavía es desconocido y durará muchos años antes de desaparecer. Chernobyl (Ucrania): han pasado ya 30 años desde el accidente en la planta nuclear de Chernobyl, y, sin embargo, esta zona ubicada al norte de Ucrania sigue siendo una de las zonas más radioactivas del planeta. Ese día se produjo un sobrecalentamiento del núcleo de uno de los reactores de la planta, tras unas pruebas de simulación del corte del suministro eléctrico. Esto derivó en una explosión de hidrógeno acumulado, lo que liberó gases tóxicos y materiales radioactivos. Esta liberación equivalió a más de 500 veces la bomba atómica de Hiroshima. En total, han sido 13 los países de Europa que han detectado radiactividad después del accidente. Mailuu-Suu (Kirguistán): en los años 40, esta zona del centro de Asia se vio alterada al hallarse grandes cantidades de uranio. Tras unos años en los que se extraía este material, la zona pasó a ser un gran vertedero de residuos de uranio. La población cercana se enfrenta a los peligros que suponen el consumo de agua del río contaminado y la situación en una región propensa a la actividad sísmica. Semipalatinsk (Kazajistán): se trata del lugar que ostenta el récord de más explosiones nucleares del mundo: 456 entre 1949 y 1989. Allí la URSS realizaba ensayos de la bomba atómica hasta que una explosión incontrolada produjo gran radiactividad que contaminó una zona extensa e inhabilitó las instalaciones. Siberia (Rusia): esta parte gélida en el este de Rusia alberga a Seversk, una de las zonas más radiactivas de la Tierra. Allí se almacenan residuos nucleares en grandes piscinas descubiertas, con un potencial riesgo de filtraciones a aguas subterráneas y contaminación a través del viento, que propaga los residuos a los alrededores. Además allí hubo varias explosiones de plutonio. Disponible en el siguiente link: <https://larepublica.pe/mundo/1482126-chernobyl-10-lugares-radioactivos-planeta>.

¹⁶ Vid. la obra de la Nobel de Literatura 2015, Svetlana Aleksíevich, quien en su libro “Voces de Chernobil. Crónicas del futuro, De Bolsillo, Barcelona, 2019, Traducción de Ricardo San Vicente”; narró la historia de las víctimas y los héroes anónimos que sacrificaron sus vidas para intentar frenar los efectos del desastre nuclear que afectó Ucrania en 1986. Fue llevado en el 2019 a la TV a una Serie por "HBO". Puede verse, igualmente el relato de LEATHERBARROW, Andrew: *Chernóbil 01:23:40. La verdadera historia del desastre nuclear que conmocionó el mundo*. Duomo Ediciones, Barcelona, 2019. Traducción de Miguel Alpuente y Marcelo E. Mazzanti.

¹⁷ LESSENICH, Stephan: *La sociedad de la externalización*. Traducción de Alberto Ciria, Herder, Barcelona, 2019

trabajo, la inversión, la seguridad jurídica que son los que, a la postre, generan una sociedad del progreso y no de desigualdad¹⁸.

c) *Sociedad global como sociedad-red*: ha sido el profesor español Manuel Castells el que ha reflexionado, dentro del marco de la posmodernidad, diversos trabajos en torno a las actuales sociedades de la información al que el autor lo califica como “*la sociedad red*”. Este investigador español esboza los orígenes de esta sociedad-red: “Durante las dos décadas que van de finales de los sesenta a finales de los ochenta, una serie de innovaciones científicas y tecnológicas han convergido constituyendo un nuevo paradigma tecnológico. El fundamento científico y técnico de dicho paradigma lo constituye la microelectrónica, que se ha ido desarrollando mediante los descubrimientos del transistor (1947), el circuito integrado (1957), el proceso planar (1959) y el microprocesador (1971). Los ordenadores, ayudados por los aumentos exponenciales de su potencia y por dramáticas reducciones en el coste por unidad de memoria, fueron capaces de revolucionar el procesamiento de la información, tanto en el hardware como en el software. La telecomunicación se convirtió en el vector clave para la difusión y máximo aprovechamiento de las nuevas tecnologías, permitiendo el desarrollo de las conexiones entre diferentes unidades de procesamiento para facilitar la formación de sistemas de información”¹⁹. El autor asume la idea con sustento empírico de la imponente presencia de los cambios sociales a partir de las nuevas tecnologías de la información; ello si bien ha generado algunas críticas del fuerte determinismo tecnológico, Castells afirma lo siguiente: “Por supuesto, la tecnología no determina la sociedad. Tampoco la sociedad dicta el curso del cambio tecnológico, ya que muchos factores, incluidos la invención e iniciativas personales, intervienen en el proceso de descubrimiento científico, la innovación tecnológica y las aplicaciones sociales, de modo que el resultado final depende de un complejo modelo de interacción. En efecto, el dilema del determinismo tecnológico probablemente es un falso problema, puesto que tecnología es sociedad, y esta no puede ser comprendida o representada sin sus herramientas teóricas”²⁰. Para el autor, estamos viviendo un nuevo mundo y necesitamos nuevas claves de interpretación para conocer nuestra realidad. Hoy, la sociedad red se nos presenta como una nueva estructura social dominante en la era de la información; por lo tanto, se trata de un fenómeno mundial y afecta a todos los pueblos y latitudes de todo el planeta. El concepto clave que esgrime el profesor español es la red como una nueva forma social, esto es, como “*un conjunto de nodos interconectados*”, el concepto no es “el punto en el que una curva se interfecta a sí misma”. Los nodos, por ende, juegan un rol fundamental, dado que son las que localizan las funciones primordiales de la red. Así, la red global es una red de redes de distinta

¹⁸ GALOR, Oded: *El viaje de la humanidad, Planeta*, Traducción de Olga García Arrabal, Barcelona, 2022

¹⁹ CASTELLS, Manuel. *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

²⁰ *Ibidem*, p. 35.

índole: sociales, políticas, económicas, etc.²¹ Más allá de estas expresiones conceptuales que acuña el sociólogo, la red se nos presenta así, como una metáfora para describir una nueva forma de la sociedad y de los que la integran: personas a nivel individual y grupal que se interconectan. Es determinante este marco teórico, dado que hoy la información científica forma parte de la sociedad red y ello genera un *poder simbólico*. Anota precisamente James Lull que “el poder simbólico es “la capacidad de utilizar formas simbólicas (...) para intervenir o influir en el curso de acciones o sucesos. Este tipo de poder a veces también está institucionalizado; el ejemplo más evidente es la capacidad comunicativa que tienen las organizaciones *massmediáticas*. Pero no solo las instituciones sociales ejercen el poder simbólico y sus correlativos poderes culturales, derivados de las acciones tácticas que realizan los actores culturales al construir su vida cotidiana”²². Este planteamiento tiene encaje en el marco de la sociedad red, dado que, a partir de las redes sociales, el *poder cultural* va a tener la capacidad de definir una situación desde el punto de vista cultural; y no solo ello, sino que va a producir en los individuos y grupos, formas de vida; o como anota Lull, “constelaciones de zonas culturales” que apelan a los sentidos, a las emociones y a los pensamientos de uno mismo y de los demás²³.

d) *Postmodernidad y globalización*: la tesis que originalmente planteara Lyotard fue que la posmodernidad es una crítica a la modernidad; y que esta se habría sustentado en grandes *metarrelatos* en torno a profecías no cumplidas. Frente a esta postura, se habrían generado nuevos paradigmas que tratan de entender la realidad en sus nuevos y complejos laberintos cognitivos. Enfoques como multiculturalismo, pluralismo, transversalidad, enfoque de género, entre otros, son los escenarios de reflexión frente a antiguas concepciones omnicomprensivas²⁴ y totalizadoras del racionalismo que ha tratado de entender la realidad, como diría Isaiah Berlin, en la concepción del erizo²⁵. La posmodernidad puede suministrar al mundo globalizado una serie de decepciones de los tiempos contemporáneos²⁶. Bauman, por ejemplo, esgrime su concepción de la modernidad líquida a partir del grado de movilidad de los sujetos sociales, entre el turista y el vagabundo. El primero no tiene barrera de distancias, se le han suprimido porque puede desplazarse lo más rápido y libre, es el dominante, tienen acaso una “*identidad cosmopolita*”. Bilbeny anota que “el cosmopolita no es un viajero cualquiera. Cada vez hay más viajeros, pero pocos son cosmopolitas.

²¹ Vid. Los monumentales trabajos: CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*. Vol. I: *La sociedad red*. Madrid: Siglo XXI, 2008; pp. 359 y ss; Vol. II: *El poder de la identidad*. México: Siglo XXI, 2009, pp. 91 y ss.

²² LULL, James. *Medios, comunicación, cultura. Aproximación global*. 2.ª ed. Buenos Aires: Amorrortu Edit., 2009, p. 98.

²³ *Ibidem*, p. 99.

²⁴ Puede verse nuestro trabajo: ETO CRUZ, Gerardo. *La transversalización del derecho constitucional*. Lima: Grijley Edit., 2022.

²⁵ BERLIN, Isaiah. *El estudio adecuado de la humanidad. Antología de ensayos*. Madrid: FCE., Editada por Henry Hardy y Roger Hausheer, 2009, pp. 347 y ss. Antecede prólogo de Noel Annan, introducción de Roger Hasheer. Traducción de Francisco González Aramburo, María Antonieta Neira y Hero Rodríguez Toro y Juan José Utrilla.

²⁶ FRANCO, Jean. *Una modernidad cruel*. México: FCE, 2016. Traducción de Víctor Altamirano.

Al llegar a su destino, el viajante profesional o el turista visitarán monumentos, museos, centros comerciales y puede que algún buen restaurante. Son los “centro de interés” que han repasado en su guía y se le recuerda en el hotel. Sin duda, son de “interés”. El cosmopolita tiene sus propias preferencias. Además de visitar un teatro o una catedral, le gustará ir, por ejemplo, a un mercado para saber de las costumbres del lugar; a un barrio de inmigrantes, para hacerse una idea más completa del medio social; o incluso a un cementerio, si quiere conocer el pasado de la ciudad. Y, por descontado, el cosmopolita, a diferencia de otros viajeros, hará lo posible por conocer en directo, conviviendo con ella, a la gente que habita el lugar que visita, y que es el mayor “centro de interés” de cualquier destino²⁷. Siguiendo la reflexión de Bauman, el viajero cosmopolita vive en el tiempo; el espacio no rige para ellos ya que las distancias no son pretextos para recorrerlas en forma instantánea. En este tipo de agentes sociales subyace la aceleración y la valoran; prima en ellos el tiempo, no el espacio. En cambio, en el vagabundo, este se encuentra atrapado en el espacio, mientras el tiempo discurre sin ningún sentido y cuando se les presentan adversidades y contingencias de supervivencia, a duras penas se sobreponen, pero encuentran muchas restricciones. Su tiempo es vacío, transcurre, pero “nunca pasa nada”. Mucho más reciente, vienen surgiendo otras perspectivas de enfoque de lo que ha reflexionado Bauman; hoy, por ejemplo, se habla del “*cosmopolitismo en las telecasas*”: “Las actuales telecasas están abiertas al mundo, y no solo al entorno social inmediato. Al ser formas sociales estructuralmente desterritorializadas, el teledinero, la televisión, el teléfono y la telemática posibilitan interrelaciones humanas instantáneas y a distancia. Frente a las casas clásicas, algunas de las cuales podían estar volcadas hacia la vida pública, pero entendida esta como vecindad, las telecasas se integran en redes de información y de comunicación que se despliegan por todo el planeta. Por consiguiente, es posible vislumbrar la aparición de una nueva forma de cosmopolitismo allí donde era menos previsible: en los hogares”²⁸. Sea que el turista, como viajero cosmopolita que tiene en su constructo la movilidad y aceleración, como el vagabundo, en donde el tiempo transcurre “y no pasa nada”, son dos metáforas que permiten apreciar que el mundo de los intelectuales e investigadores, como son en este caso, los que realizan el diálogo académico en los predios del derecho constitucional, pasa siempre por una regla inexorable: la comunicabilidad de recibir y transferir conocimiento, una vez procesado en su estructura mental, el flujo de información que recepciona, bien sea porque adquiere libros de sus “viajes”; o bien sea, porque sin moverse de su hogar, también adquiere y compra virtualmente lo que le interesa en nuestra disciplina constitucional. Lo importante en este enfoque es más bien que el académico constitucionalista, percibiendo un mundo acelerado digital, donde la sociedad de la información está en permanente flujo de renovación de información, asuma determinadas posturas críticas a las posiciones dominantes que son los paradigmas cognitivos. La posmodernidad se ha encargado de poner en evidencia que los nuevos enfoques y paradigmas pueden contribuir precisamente a los tiempos que hoy sustentan la hipermodernidad. Y, en ello, las investigaciones

²⁷ BILBENY, Norbert. *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*. Barcelona: Kairós Edit., 2007, p. 9.

²⁸ ECHEVARRÍA, Javier. *Cosmopolitas domésticos*. 2.ª ed. Barcelona: Anagrama Edit., 1995, p. 158.

académicas deben ubicarse en estos contextos sociológicos que venimos describiendo. En buena cuenta, no cabe hablar aquí de un pensamiento constitucional localista, o regionalista, o como se quiere llamar, un derecho constitucional latinoamericano; hoy, la reflexión académica, sea del lugar desde donde se gesta y desarrolla, se ubica o debe ubicarse desde la perspectiva local, nacional e internacional, dado que el mundo “globalizado” generado por la era digital de la 4RI permite mantener una comunicabilidad desde la reflexión académica del derecho constitucional.

e) Globalización y sistema-mundo: las actuales investigaciones en nuestra disciplina constitucional, así como de cualquier otra vertiente disciplinaria, no pueden estar abordadas y desarrolladas bajo los contextos que hoy rigen el planeta, y es que la división del trabajo, el comercio a escala mundial, las relaciones interestatales conectan con las investigaciones sobre la globalización. Hoy los sociólogos y los filósofos que vienen reflexionando sobre el acontecer contemporáneo, manifiestan que existe una interconexión no solo en el sistema económico mundial, sistema que tuvo su punto de quiebre con el derrumbe de la era de la Unión Soviética y que le llevó a Fukuyama a acuñar la célebre frase del “fin de la historia”; sino que la articulación de los sistemas económicos y los sistemas políticos han proliferado todo un *sistema-mundo* y cuyas reflexiones inaugurales fueron en parte desarrolladas por Wallerstein²⁹. Siguiendo la misma línea, pero desde otra perspectiva, Lipovetsky y Juvín afirman que la globalización también es una cultura y que se viene consolidando y crece desmesuradamente una suerte de cultura de “tercer tipo”, esto es “una hipercultura transnacional” que la han bautizado como “cultura-mundo”.

Al interrogarse qué significa cultura-mundo, los autores responden que se trata de la revolución tecnológica de la información y la comunicación, la organización de vastas redes mediáticas transnacionales, la ampliación de industrias culturales que canalizan una creciente cantidad de bienes idénticos hacia un mercado globalizado. Igualmente quiere significar un mundo en que las operaciones culturales desempeñan un papel cada vez más decisivo en el orbe comercial propiamente dicho, a través del diseño, la estética, los creadores de todo género: la economía cultural es la economía de las “industrias creativas”. Anotan que la cultura no es ya solo una superestructura sublime de signos, sino que remodela el universo material de la producción y el comercio³⁰.

Mirando en perspectiva, estos pensadores franceses señalaban que la cultura antes ordenaba la vida con claridad, lo que daba sentido a la existencia encuadrándola en un conjunto de divinidades, reglas y valores de sistemas simbólicos, en cambio hoy la cultura-mundo funciona al revés, pues no cesa de desorganizar nuestro *está-en-el* mundo, las conciencias y las existencias. Debido a los tiempos acelerados, el humano tiene en su entorno una vida que está en crisis,

²⁹ WALLERSTEIN, I. *El moderno sistema mundial*. Vol. 1. Madrid: Siglo XXI, 1979.

³⁰ LIPOVETSKY, Guilles y JUVIN, Hervé. *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama Edit., 2011, pp. 14. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.

desestabilización, faltas de coordinadas estructuradas. Iglesia, familia, ideologías, políticas, relaciones entre los sexos, consumo, arte, educación: ya no hay ni un solo dominio que escape al proceso de desterritorialización y desorientación³¹. A todo ello, Terry Eagleton, crítico literario inglés, carga las tintas con demoleadoras opiniones, sosteniendo lo siguiente: “A partir del viejo mundo industrial, con su burdo lenguaje ha evolucionado el capitalismo de rostro cultural que tenemos ahora. El papel de las llamadas industrias “creativas”, el poder de las nuevas tecnologías culturales, la importancia de los signos, las imágenes, marcas e iconos, el espectáculo, el estilo de vida, la fantasía, el diseño y la publicidad: “todo esto se supone que atestigua la aparición de una forma ‘estética’ de capitalismo, en transición de lo material a lo inmaterial. Sin embargo, lo que esto significa es que el capitalismo ha incorporado la cultura a sus propios fines materiales, no que haya caído bajo la influencia de lo estético, lo gratuito, lo que proporciona deleite o plenitud. Por el contrario, este “estetizado” modo de producción capitalista ha resultado ser más inexorablemente instrumental que nunca. La «creatividad» con la que Marx y Morris denotaban lo contrario de la utilidad capitalista es puesta al servicio de la adquisición y la explotación”³².

Globalización y sistema-mundo son dos conceptos de los predios sociológicos que igualmente vinculan al derecho constitucional, específicamente en su vertiente comparativa; porque a partir de estas concepciones, se puede comprender la marcha y desarrollo de nuevos escenarios constitucionales que impactan en la región latinoamericana.

f) Imperio global: los sociólogos Antonio Negri y Michael Hardt trabajaron al alimón a fines de los 90 el libro “*Imperio*”, cuya publicación aparece recién en el 2000. Se trata de un monumental estudio en torno al análisis de la evolución del capitalismo y de los movimientos sociales, su enfoque dimana de los predios de la sociología contemporánea, con aliento axiológico propio de la filosofía política. Para estos sociólogos, el Imperio es el sujeto político que regula los cambios globales, el poder soberano que gobierna el mundo; y en este proceso de globalización la soberanía de los Estados-naciones, si bien sigue efectiva, ha venido declinando, por lo que hoy poseen menos poder. La hipótesis que esgrimen estos politólogos es que “hoy la soberanía ha tomado una nueva forma, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos bajo una única lógica de mando. Esta nueva forma global de soberanía es lo que llamamos imperio”³³. Los autores plantean una distinción entre lo que es el imperio y el imperialismo. El primero se presenta hoy en el marco de la globalización económica, como una nueva forma de distribución del poder, en tanto que el imperialismo constituye un sistema centralizado y basado en el control de las fronteras; Hardt y Negri postulan la idea de que el imperio es “un aparato

³¹ LIPOVETSKY, Guilles y SERROY, Jean. *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*. Barcelona, Anagrama. pp. 85 y 102.

³² EAGLETON, Terry. *Cultura*. Barcelona: Edit. Taurus, 2017, p. 168, Traducción de Belén Urrutia.

³³ HARDT, Michael y NEGRI, Antonio. *Imperio*. Cambridge, Massachussets: Edic. de Harvard University Press, 2000. Traducción de Eduardo Sadier.

descentralizado y desterritorializador del dominio que progresivamente incorpora la totalidad del terreno global dentro de sus fronteras abiertas y en permanente expansión” y que “maneja identidades híbridas, jerarquías flexibles e intercambios plurales a través de redes de mando adaptables”³⁴.

Muy al margen de estas propuestas en torno a las teorías de la globalización, un hecho que debe quedar siempre en claro es que el fenómeno constitucional sea en el territorio donde se desarrolle como *régimen político*, hoy forma parte de los escenarios globalizados; pero los grandes “imperios” observarán desde una perspectiva si dicho régimen constitucional de un determinado país se ubica dentro de los estándares de las democracias liberales, o si acaso se presentan bajo regímenes que pueden tener determinadas singularidades de legitimidad, si las constituciones son acaso provisionales o estables, si acaso se ubican en los ciclos constitucionales del momento, como son las actuales corrientes latinoamericanas de las constituciones taumatúrgicas.

g) Ciudades globales: finalmente, otra de las propuestas y enfoques en torno al entendimiento del mundo de la hipermodernidad globalizada, contexto en el cual puede también en parte ubicarse las actuales corrientes constitucionales latinoamericanas, se encuentra en las reflexiones sociológicas de las grandes ciudades que hoy son la expresión de metrópolis o ciudades globales que constituyen los centro de gravitación del manejo del poder y del influjo cultural; pieza clave del rol de estas mega ciudades son los roles en la economía global, enclave de las finanzas y de las empresas; no se trata de una explicación arquitectónica, sino que son ciudades donde el fenómeno de la “desnacionalización” forma parte de un proceso en la que, geográficamente dicha metrópoli, formalmente se ubican territorialmente en un determinado Estado, pero su rol y eje de desarrollo es de carácter transnacional, dado que allí se juega y se localizan las piezas claves de la economía globalizada. Desde luego, en estas ciudades, la presencia de la producción inmaterial que llega, o se produce allí, va a ser igualmente una producción ubicada en la vanguardia a la que el académico y científico no puede desdeñar.

Un claro ejemplo de ciudad global es Nueva York, centro y eje de las finanzas, de la vanguardia en la cultura, en la moda, en la cinematografía, entre otros; un lugar global que es descrito así en medios también globales como Wikipedia, cuyo texto transcribimos: “Nueva York está considerada como una ciudad global, por sus influencias a nivel mundial en los medios de comunicación, en la política, en la educación, en la arquitectura, en el entretenimiento, las artes y la moda. La influencia artística y cultural de la ciudad es de las más fuertes del mundo. En esta ciudad se encuentra la sede central de la Organización de las Naciones Unidas, lo que también la convierte en un importante punto de las relaciones internacionales. La enorme relevancia de la ciudad a todos los niveles la convierte, juntamente con Londres, Tokio y París, en una de las

³⁴ HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *op cit*, p. 14.

ciudades más destacadas e influyentes del planeta. La ciudad se compone de cinco boroughs (a veces traducido como ‘condado’, ‘distrito’ o ‘comuna’), cada uno de los cuales coincide con un condado: Bronx, Brooklyn, Manhattan, Queens y Staten Island. Con más de 8,4 millones de neoyorquinos en un área urbana de 830 kilómetros cuadrados (320 mi²), Nueva York es la segunda ciudad con más densidad de población de los Estados Unidos, detrás de Unión City, Nueva Jersey, localizada al otro lado del río Hudson. La ciudad tiene muchos lugares y edificios reconocidos por todo el mundo. Por ejemplo, la estatua de la Libertad, ubicada en la isla homónima, y la isla de Ellis, que recibió a millones de inmigrantes que llegaban a Estados Unidos a finales del siglo XIX y comienzos del XX. Wall Street ha sido uno de los principales centros mundiales de finanzas desde la Segunda Guerra Mundial y es la sede de la Bolsa de Nueva York. La ciudad también ha concentrado a muchos de los edificios más altos del mundo, entre los que se encuentran el edificio *Empire State*, el *One World Trade Center*, el edificio Chrysler, el 432 *Park Avenue*, la *Trump Tower*, el edificio Seagram y las torres gemelas del *World Trade Center*, que fueron derribadas en los atentados del 11 de septiembre del 2001. La ciudad también es la cuna de muchos movimientos culturales estadounidenses, como por ejemplo el renacimiento de Harlem en literatura y artes visuales, el expresionismo abstracto (también conocido como Escuela de Nueva York) en pintura, y hip hop, break dance, 10 punk y Tin Pan Alley en música. En el 2005, se hablaban casi 170 idiomas en la ciudad, y el 36% de su población había nacido fuera de los Estados Unidos. Con su metro en funcionamiento las 24 horas del día, el movimiento de tráfico y gente es constante”³⁵. Una ciudad global donde también florecen negocios globales, por ejemplo, la cadena de televisión por suscripción *Home Box Office* (HBO) tiene su sede en Nueva York, desde donde transmite series millonarias y mundialmente famosas como *Juego de Tronos*; y cuya transmisión *online* o *streaming* alcanza los confines más insospechados del mundo entero.

Desde luego, este breve recorrido es apenas un pálido esbozo de las corrientes, tendencias, o pensamientos en torno a la globalización, contexto en el cual los modelos del derecho constitucional a nivel comparado, ofrecen una serie de singularidades³⁶.

Siguiendo aquí a David Held, podemos señalar que la globalización identifica cuatro líneas de cambio:

- a) Se trata de una expansión de las actividades sociales, políticas y económicas a través de fronteras, regiones y continentes; pero que no ocurre en término aleatorios u ocasionales; sino en forma intensiva;

³⁵ Vid. la búsqueda de “Nueva York” en el sitio web de Wikipedia. Disponible en el siguiente link: https://es.wikipedia.org/wiki/Nueva_York.

³⁶ Al respecto, pueden verse dos clásicos trabajos de FERRER, Aldo: *Historia de la globalización. Orígenes del orden económico mundial*, FCE, México 1998, y el Tomo II titulado: *Historia de la globalización II. La Revolución Industrial y el Segundo Orden Mundial*. FCE, México 2000

- b) La globalización se caracteriza por el creciente tamaño de redes y flujos comerciales, inversiones, finanzas, intercambios culturales;
- c) La globalización puede vincularse a una aceleración de interacciones y procesos a nivel global, debido a que la evolución de los sistemas de transporte y comunicaciones mundiales aumenta la velocidad en difundir ideas, bienes, información, capitales, personas;
- d) Cualquier hecho que surja en un lugar del planeta, por la profundización de los efectos de las interacciones globales, dicho evento lejano puede causar un gran impacto en otros lugares, dado que se vive una interconectabilidad del mundo³⁷

Es evidente que la globalización, al margen de las explicaciones sociológicas que predicen sus teóricos, ha generado una compleja metamorfosis de las formas contemporáneas de Estado, siendo uno de los principales factores de crisis la globalización de la economía y de las comunicaciones, pues los Estados nacionales no tienen capacidad ni respuestas a una serie de imprevisiones constitucionales que se mueven a escala mundial, como son los factores de la economía internacional que influyen en todos los países. El mercado mundial, su economía, generan reglas que permean los ordenamientos constitucionales de cada nación; aún no hay fórmulas que las democracias constitucionales puedan ejercer determinados controles del mercado global. Apenas si pueden depender de las directivas de grandes instituciones globales como son el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio. No obstante, las normas supranacionales en materia de derechos humanos, constituyen un estándar mínimo donde se preserva la jurisdicción supranacional, que igualmente es otra manifestación de la aldea globalizada de este mundo cada vez más desterritorializado³⁸.

Más allá de esta expresión de naturaleza polisémica y de una amplia ambigüedad el sociólogo Ulrich Beck sintetizaba parte de los escenarios que puede significar el fenómeno de la globalización que aquí transcribimos:

- «- *organizaciones transnacionales* como el Banco Mundial, la Iglesia católica, asociaciones internacionales de sociólogos, McDonald, Volkswagen, los cárteles de la droga, la mafia italiana y las nuevas organizaciones internacionales no gubernamentales actúan de manera paralela o de mutuo acuerdo;
- *problemas transnacionales* como el cambio climático, las drogas, el sida, los conflictos étnicos o las crisis monetarias determinan el orden del día político;

³⁷ HELD, David: *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*. Alianza Editorial. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski, Madrid, 2012, pp. 38 y 39.

³⁸ PEGORARIO, Lucio y RINELLA, Ángelo: *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*, Tomo 2, Vol. A, Astrea, 2018, p. 147-148

- *eventos transnacionales* como los mundiales de fútbol, la guerra del Golfo, las elecciones presidenciales americanas o las novelas de Salman Rushdie conmueven -o cuanto menos remueven-la opinión pública a través de la televisión por satélite en países y continentes muy distintos;
- surgen «*comunidades*» *transnacionales* fundadas, por ejemplo, en la religión (islam), la ciencia (expertos), el estilo de vida (pop y ecología), el parentesco (familias), orientaciones políticas (movimientos ecológicos, boicot de productos), etc., y
- *estructuras transnacionales*, como modos de trabajo, producción y cooperación, bancos, corrientes financieras, conocimientos técnicos, etc., crean y estabilizan relaciones de cooperación o de crisis por encima y más allá de las fronteras»³⁹.

No obstante que desde los predios del derecho constitucional autores como Gomes Canotilho ya hablan de *constitucionalismo global* y *constitucionalismo social*⁴⁰, nosotros concebimos que una Constitución entraña, desde sus orígenes, una idea que se ha tornado globalizada en los estados contemporáneos, porque en todos los países la Constitución va a pretender regular esos dos grandes estatutos del poder y de la libertad; por ello es que acaso la norma jurídica perfila e identifica un concepto global del mundo, porque en todas las latitudes del planeta se manifiestan esas mismas pretensiones, aún en los sistemas que no son del mundo occidental, pues en todo estado, existe una norma que siempre va a regular el manejo del estado y del gobierno y va a ordenar y garantizar las libertades. Por tanto, una Constitución entraña una idea global, en tanto ella está presente en todas las geografías de todos los estados sin excepción. Esto también es una manifestación jurídica de la idea de globalidad, globalismo y globalización; lo que no impide que un texto constitucional o las tendencias o corrientes tengan determinadas particularidades en esta aldea globalizada.

Las modernas tendencias del constitucionalismo latinoamericano: Estado de crisis, crisis de los estados y estados fallidos.

El siglo XXI, no debe ser estudiado a partir de una evolución lineal o sincrónica de los fenómenos que ocurren en el actual mundo globalizado; sino desde una perspectiva diacrónica; esto nos debe llevar a ver las tendencias, corrientes o características que se han venido desencadenando progresivamente y en otros casos en forma acelerada en la región de América Latina.

³⁹ BECK, Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Trad. de Bernardo Moreno y M.A. Rosa Borrás, Paidós, Barcelona 2017, pp. 62-63.

⁴⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson 2002, p. 45 y ss.

Por lo pronto cabe destacar, siguiendo a Zygmunt Bauman que, a nivel planetario se viene viviendo un *estado de crisis* categoría que identifica contradicciones endémicas y la presencia de ciertas dosis de incertidumbre en donde no se sabe cuáles deben ser las «medidas correctas» que corresponden impulsar los Estados contemporáneos en esta hipermodernidad contextualizada en una aceleración bajo los tiempos de esta Cuarta Revolución Industria. Sumado a lo que plantea Bauman, bien cabe señalar que aparte del *estado de crisis* se vive en América Latina una *crisis de los estados* que no es conceptualmente lo mismo que la categoría esbozada por el sociólogo polaco, sino que los perfiles y las características de nuestra región identifican una *permanente crisis política interna* generadas en diversos conflictos derivados en los últimos tiempos de un renacimiento ideológico de corrientes populistas de manufactura marxista⁴¹ empeñados en desencadenar una presunta refundación de los estado latinoamericanos que signifiquen una emancipación del estado liberal y la reconfiguración de lo que se viene denominando el pensamiento o el socialismo del siglo XXI.

En esta dinámica conflictiva, muchos de estos países de un estado de crisis que se vive a nivel global sumado a la crisis de los estados que forma parte de la región, han terminado por desencadenar diversos *estados fallidos*⁴² con diversas variantes de intensidad. Hoy no solo podemos identificar a países como Haití, sino a la vecindad ideológica con los regímenes de Venezuela, precedido por Cuba, Nicaragua, entre otros países que precisamente determinados académicos provenientes básicamente de España, los identifican apologeticamente como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, corriente que no es más que un movimiento político que trata de instalarse en los estados para replantear escenarios constituyentes con miras a la toma del poder.

Lo que aquí, esgrimimos son ciertos enunciados que, sin pretensiones apodícticas, identifican las actuales tendencias del constitucionalismo latinoamericano; cabe aclarar que, cuando hablamos de este constitucionalismo de nuestra región, comprendemos tanto el pensamiento o la doctrina constitucional latinoamericana, como a su propia realidad (realidad constitucional), expresada en sus vigencias, mutaciones, y hasta desconstitucionalizaciones que hoy forman el escenario de nuestra región⁴³.

Veamos pues en líneas generales las presentes características:

⁴¹ MUDD, Cas y ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal: *Populismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid 2019; DELSOL, Chantal: *Populismos. Una defensa de lo indefendible*, Ariel, Barcelona 2016; RIVERO, Ángel, ZARZALEJOS, Javier y DEL PALACIO, Jorge (Coordinadores): *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*; CASSAGNE, Juan Carlos: *El Estado Populista*, Editorial B de F, Madrid 2017; PAULA BIGLIERI, Luciana Cadahia: *Siete ensayos sobre populismo*, Herder,

⁴² CHOMSKY, Noam: *Estados fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia*, No ficción, Barcelona, 2017.

⁴³ Una apreciación de vigencias constitucionales, dinámica constitucional, mutaciones constitucionales y desconstitucionalización puede verse en el clásico trabajo de BIDART CAPOS, Germán: *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia en el derecho constitucional*. Tomo I, Ediar, Argentina 1964, pp. 133, 136, 138 y 141 y ss.

1. Existencia de una crisis del constitucionalismo latinoamericano como consecuencias de nuevos paradigmas que han empezado a ser parte de la propia realidad. Aquí podemos señalar, siguiendo a Thomas Kuhn⁴⁴ que el paradigma del constitucionalismo ha empezado a confrontar nuevos derroteros no sólo desde su propio pensamiento académicos de sus integrantes; sino de la propia realidad latinoamericana. Así, gran parte de la región vienen instalándose proyectos de regímenes que, desde el Grupo de Sao Paulo como de Puebla, donde confluyen heterodoxos movimientos marxistas, guerrilleros, y hasta terroristas reciclados en nuevas fachadas, auspician socavar las bases de una democracia constitucional republicana. Muestras palpables de ello se ha manifestado en Ecuador, Bolivia y liderados desde la dictadura decana de América Latina como es Cuba, siguiendo Venezuela y se ha instalado en otros regímenes como Perú, Chile, Colombia y probablemente retorne Lula Da Silva en Brasil. Estos movimientos políticos, todos sin excepción, siempre buscan desencadenar escenarios constituyentes, a fin de establecer estas constituciones que reivindicán diversos aspectos (pueblos originarios: Colombia, Ecuador, Bolivia, Venezuela), identidades plurinacionales, diálogos interculturales (Bolivia, Ecuador), derechos de la naturaleza (Ecuador) y de los animales (Bolivia) estos derechos no tienen necesariamente por qué ser cuestionados, porque responden a un replanteamiento desde la orilla latinoamericana, pero todo esto viene sumado a propuestas como son la perpetuación del poder a través de los modelos de reelección presidencial, sumado a los fenómenos de los fraudes electorales y políticas públicas populistas que nunca desencadenarán un estado de desarrollo.

2. La idea ciertamente falaz que las constituciones liberales son las causantes de los males y las constituciones del socialismo del siglo XXI son la solución de los problemas; esto significa que las constituciones de techos ideológicos socialistas, permitirían afirmar una democracia colectiva estatista, corporativista frente al egoísmo liberal donde se manifiestan las graves injusticias sociales. Esta posición, resulta falaz, puesto que los males de un país no se deben a los textos constitucionales que rigen a nuestra región; sino a su clase dirigente; y estimar que un cambio de constitución llevará a solucionar los problemas es asumir un constitucionalismo iluminista, racionalista de que un mero cambio de normatividad fundante, cambiaría la situación social y económica de un país. Es claro que la verdad empírica de lo que fue el socialismo del siglo XX en Europa, sobre todo de la antigua URSS y sus satélites de la Europa del Este, así como las experiencias que se desarrollaron en otros hemisferios como China, Vietnam, Corea del Norte, Camboya, Afganistán, Etiopía, Angola, Mozambique entre otros regímenes que abrazaron los proyectos comunistas, terminaron por yugular las libertades y saldos de millones de muertos por los regímenes de terror y represión⁴⁵.

⁴⁴ KUHN, Thomas S.: *La estructura de las revoluciones científicas*. Ensayo preliminar de Ian Hacking. Traducción e introducción de Carlos Solís, FCE, 4ta edición, México, 2015

⁴⁵ COURTOIS, Stéphane et al: *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*; 3era edición, Arzalia Madrid, 2021

3. La presencia de escenarios constituyentes como factores de refundación de las nuevas repúblicas⁴⁶. Hace mucho tiempo hemos sostenido que el Poder Constituyente ostenta un complejo archipiélago teórico y que se nutre de distintos ríos que confluyen en un amplio e intrincado territorio del constitucionalismo contemporáneo. Así, el Poder Constituyente tiene múltiples conexiones con otros dominios que, en líneas generales son:

- a) El origen fundacional de los Estados modernos;
- b) La reforma de la Constitución⁴⁷ y con él, se ubica también el tema de las mutaciones constitucionales⁴⁸ y no sólo en su expresión formal del Poder Constituyente Derivado, sino como Poder Constituyente Originario en formal material,
- c) El Poder Constituyente, guarda conexidad con el tema de la interpretación constitucional⁴⁹, por un lado, y nos atrevemos a sostener, con el propio fundamento de la defensa de la Constitución⁵⁰;

⁴⁶ Este acápite lo tomamos de nuestro trabajo: «La Constitución como la causante de los males y la solución de los Problemas una falacia política que asola Latinoamérica», en: *Libro de ponencias del XV Congreso Iberoamericano de derecho constitucional. Constitucionalismo: democracia a la defensiva. En homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, coordinador Jorge Luis Cáceres Arce, Fondo editorial Universidad Católica Sanata María, Tomo I, Arequipa 2022, pp. 278 y ss.

⁴⁷ DE VEGA, Pedro: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos; Madrid 1995;

⁴⁸ JELLINEK, George: *Reforma y Mutación Constitucional*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú, trad. de Cristian Forster, CEC, Madrid 1991. DAU-LIN, Hsu: *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁴⁹ A.J. RICHARDS, David: “La intención de los constituyentes y la interpretación constitucional”; en RCEC, N° 1, Set-Diciembre, 1988; p. 141-171; Raúl CANOSA USERA: Interpretación constitucional y Fórmula Política, CEC, Madrid, 1988 (Prólogo de Pablo Lucas Verdú); p.50 y ss.; MARMOR, Andrei: *Teoría analítica del derecho e interpretación constitucional*. Traducción y estudio preliminar de Jorge Luis Fabra y Juan Gabriel Acosta, Ara Editores, Lima 2011, p. 306 y ss. GUASTINI, Riccardo: *Interpretación, Estado y Constitución*, Ara Editores, Lima, 2010, p. 236 y ss. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: “Reformar interpretando. La jurisdicción constitucional como poder de reforma constitucional”, en ALÁEZ CORRAL, Benito (Coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*. Foro y Debates. Universidad de Oviedo, CEPC, Madrid, 2020, pp. 441-468

⁵⁰ Al respecto, puede verse una bibliografía básica tales como: KELSEN, Hans: “Las Garantías Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, en Anuario Jurídico. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1974; pp. 471-515 (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán).

Del mismo Kelsen: “¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?” (Estudio preliminar de Guillermo Casió, traduc. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin), Tecnos Madrid 1995; Kelsen, Hans: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Liminar de Luis Cervantes Liñán y edición al cuidado de Domingo García Belaunde. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima 2017; recientemente se ha publicado una nueva compilación de las reflexiones en KELSEN, Hans: *Escritos sobre la justicia constitucional*. Presentación de Manuel Atienza, traducción de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos, Madrid, 2021; SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución* (Prólogo de Pedro de Vega), trad. de Manuel Sánchez Sarto, Tecnos, Madrid 1983. Igualmente, a Rodolfo REYES: *La Defensa Constitucional*, Espasa Calpe, Madrid, 1934, vid, Específicamente p. 125 y ss. AA.VV.: *La Constitución y su Defensa*, UNAM, México 1984 y más modernamente: FIX ZAMUDIO, Héctor: *Introducción al estudio de la Defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2da. Edic. UNAM, México 1998; en la misma línea: FIX-ZAMUDIO, Héctor: *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*. Liminar de Eduardo Ferrer Mac-Gregor y

- d) El Poder Constituyente igualmente se vincula con el complejo tema de la soberanía, como lo han planteado, entre otros y en forma orgánica, Ignacio Burgoa y Bidart Campos⁵¹;
- e) Otros, en cambio, vinculan la temática del Poder Constituyente en la *transición política*, según la singularidad con que se desarrolló en la escena de cada país⁵².

Actualmente América Latina viene atravesando por un renacimiento de «refundar las repúblicas latinoamericanas»; apelando a la problemática de cambiar los sistemas de constituciones liberales por proyectos de corte socialista; esto es lo que ha ocurrido recientemente con el proyecto de referéndum de la Constitución de Chile⁵³ que abortó el modelo socialista o lo que planteara en su momento Allan R. Brewer-Carías y Carlos García sobre el régimen de facto que supuso la convocatoria a la Asamblea Nacional Constituyente del 2017⁵⁴ en Venezuela; lo que significó como apunta Franco Pérez una “perversión del poder constituyente originario”⁵⁵; por otro lado la problemática ha desencadenado que en los Tribunales Constitucionales empiece a desarrollarse el control constitucional de las reformas a la Constitución⁵⁶ lo que entraña sus límites al propio Poder Constituyente⁵⁷; hay quienes vienen planteando la reforma constitucional como un cambio en la propia continuidad de la constitución, tesis que plantea recientemente Javier Tajadura⁵⁸ y otros que plantean los mecanismos de referéndum para la reforma de las Constituciones⁵⁹; hay otros académicos que vienen reflexionando que la presencia del Poder Constituyente derivado debe significar una concordia, un dialogo y un consenso; y que muchas veces puede abortar en la

Alberto Saíd, Porrúa, Edición facsimilar de 1955, México 2015; GARCIA BELAUNDE, Domingo: *De la jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional* (nota introductoria y edición al cuidado de José Palomino Manchego).

⁵¹ BURGOA, Ignacio: *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, duodécima edic., México 1999, p. 189-279 y en forma específica p. 238 y ss. BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional* T. I, Edic. Ediar, Buenos Aires. 1961, p. 157-206, específicamente p. 162 y ss.

⁵² TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*; tercera edic. renovada. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992, Vol. I p. 5-26

⁵³ CHIA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (Editores): *Propuesta para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago 2020.

⁵⁴ BREWER-CARIÁS y Carlos García Soto (Compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Bogotá 2017

⁵⁵ FRANCO PÉREZ, Antonio-Filiu: “Uso y perversión del poder constituyente originario en Venezuela (1999-2019)”, en ALÁEZ CORRAL, Benito (Coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, op. cit., p. 263-286.

⁵⁶ RODRÍGUEZ Gaona, Roberto: *El control constitucional de la reforma a la Constitución. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*. Dykinson, Madrid 2006

⁵⁷ COLOMBO MURUA, Ignacio: *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*. Prólogo de Jorge Reinaldo A. Vanossi, Editorial Astrea, Buenos Aires 2011; RAMÍREZ CLEVEZ, Gonzalo: *Los límites a las reformas constitucionales y las garantías límites del Poder Constituyente. Los derechos fundamentales como paradigma*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá 2003.

⁵⁸ TAJADURA TEJADA, Javier: *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons, Madrid 2018.

⁵⁹ SÁENZ ROYO, Eva: *El referéndum en España. Debates Constitucionales*, Marcial Pons, Madrid 2018.

instauración de una dinámica de discordias⁶⁰; y en fin otros autores plantean el permanente tema académico y político de quienes son los sujetos titulares morales y de facto del ejercicio del Poder Constituyente⁶¹; y otros que han esgrimido en su momento la problemática teórica de la teoría del Poder Constituyente *in abstracto*⁶².

De nuestra parte creemos que el escenario peruano muy al margen del trabajo reciente de Guillermo Mardon⁶³ constituye un falso dilema el debate de una reforma constitucional bajo un proyecto de auspiciar una reforma total de la Constitución «con olor, color y sabor a pueblo» expresión que balbuceara en su momento el presidente Pedro Castillo con su propuesta presidencial hacia una nueva Constitución bajo el marco de cambiar radicalmente el sistema político liberal que mantiene el modelo peruano. Una reforma debe pasar necesariamente por el mecanismo de un poder constituyente derivado como es lo que establece el actual art. 206 de la Constitución; en el caso se auspiciare una asamblea constituyente serán los preludios de los tambores de guerra de la instauración, de mantenerse el actual régimen de Pedro Castillo, de un proyecto hacia el socialismo del siglo XXI; es decir un proyecto hacia la quiebra del modelo constitucional republicano incorporándose el Perú al club de los modelos del fracaso y de la ruina como son los vecinos de diversos países que han abrazado esta opción que supone restricción de libertades y de la estafa de una felicidad colectiva como profecía que nunca se ha cumplido en los proyectos socialistas.

4. La instalación de una concepción taumátúrgica de Constitución⁶⁴; por lo pronto, nosotros sin pretendemos entrar en una tipología más de lo que es o debe concebirse en torno a lo que es una constitución, bien podemos señalar que se puede identificar una suerte de identificación de ella, a partir de ciertos presupuestos en torno a la forma cómo se le concibe a una norma fundamental.

Taumaturgia es aquella “Facultad de realizar prodigios” y que por lo general son sucesos extraños que exceden los límites de la naturaleza, como son hechos sobrenaturales, milagros. Lo taumátúrgico, está vinculado a las capacidades humanas que pueden detentarlo un mago, un santo, un rey; también se atribuyen estos prodigios a objetos, en el campo religioso a las reliquias. En el caso de una constitución, se puede identificar a este documento político, como una concepción taumátúrgica de que, al contarse con un texto idealizado por quienes pretenden imponerlo, por sí y ante sí, va a tener ese hechizo mágico de mejorar los males que existen en un país. El texto constitucional será así la panacea que abrirá una cartografía de ruta en un sistema político, y con

⁶⁰ ALZAGA, Óscar: *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid 2011

⁶¹ SAUQUILLO, Julián: *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 2018; NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert: *Entre lo viejo y lo nuevo. El sujeto constituyente*. Trotta, Madrid 2017

⁶² ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Poder Constituyente y otros ensayos*, Edit. Normas Legales, Trujillo 2002; RECASENS SICHES, Luis: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*. Javier Morata Editor, Madrid 1931.

⁶³ MARDON ZÁRATE, Guillermo: *¿Reforma o revolución. Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Editorial Grijley, Lima 2021.

⁶⁴ Vid. igualmente nuestro trabajo ya citado «La Constitución como la causante de los males y la solución de los problemas: Una falacia política que asola Latinoamérica». *Op. cit.* 275-278

sus nuevos postulados, principios, valores e instituciones políticas que se establezcan en la realidad del país cambiará para mejor. Es probable que una constitución de concepción taumatúrgica, sólo opere bajo los marcos de quienes están detentando el poder, que son la renovación mística de la liquidación de una tradición de gobiernos, y la instauración de un nuevo ciclo de gobierno. Subyace en ella, parte de una concepción racionalista, iluminista como lo fue bajo los antiguos ideales de la revolución francesa que cerraba el ciclo del antiguo régimen de las monarquías. En efecto, una breve evolución del Estado moderno durante los últimos quinientos años, permite apreciar diversas formas de organizaciones política previas, y lo más probable es que en la mente de los que inauguraban sus proyectos de *voluntad política*, abrigaban una concepción taumatúrgica de concebir que la voluntad y *decisión política*⁶⁵, se plasmaría en la realidad, sea del viejo mundo gótico, del renacimiento y lo propio con el advenimiento de los Estados modernos⁶⁶. Hay igualmente en una constitución taumatúrgica el concepto de *constitución dirigente* que planteaba José Joaquim Gomes Canotilho. Es decir, aquella constitución que es fruto de un testamento histórico de un poder constituyente que establece un conjunto de programas y lineamientos de gobiernos de lo que a futuro debe implementarse. Se trata de un texto en oposición a las constituciones principistas, sino programáticas. Este tipo de constituciones son como arquetipo la brasileña de 1988, la portuguesa de 1976, la mexicana de 1917. Las constituciones taumatúrgicas tienen mucha dosis de utopías no realizables y que, probablemente, Gomes Canotilho en parte rompe y supera esta vieja concepción que manejara en su momento⁶⁷. Sin embargo, sus planteamientos de reflexión siguen siendo moralmente permanente, pues sostiene que la Teoría de la Constitución debe seguir siendo la instancia crítica de un constitucionalismo reflexivo que evite dos unilateralidades: a) el peso del discurso de la metanarratividad, que hoy sólo podría subsistir como reliquia de una utopía del sujeto del dominio y de la razón emancipatoria; y b) la desestructuración moral de los pactos fundadores escondidos, muchas veces, en un simple esquema procesal de la razón cínica económica-tecnocrática. Si bien, Gomes Canotilho ha replanteado sus reflexiones en torno a la concepción de la constitución dirigente⁶⁸; ello no impide señalar que la constitución taumatúrgica, tiene mucho de estas concepciones, en la medida que el texto constitucional, por arte de una presunta eficacia en modificar la realidad que regula, dicha realidad es modificada por el imperio de la norma constitucional. Así, los valores que ella pregona, el hechizo de su eficacia cambiará la realidad. Pero es evidente que solo son quimeras normativas, porque simplemente la constitución taumatúrgica está sólo en las mentes de quienes confunden el *desiderátum* de sus mentes, con lo que es la propia realidad.

⁶⁵ SCHMITT, Karl: *Teoría de la Constitución*, Alianza universidad. Presentación y versión española de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García Pelayo, Madrid 1992, pp. 92 y ss.

⁶⁶ CÁRDENAS GRACIA, Jaime: *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional de México, México, 2017, p. 47 y ss.

⁶⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim: “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, Número 43, Enero-Abril, 1995; pp. 9-23.

⁶⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson 2002

5. Desde la perspectiva global, la tesis de Fukuyama sobre el fin de las ideologías socialistas (fin de la historia) en Latinoamérica se han convertido en un renacimiento de estas banderas ideológicas autocalificadas desde organizaciones como el Foro de Sao Paulo y el encuentro de Puebla como el socialismo del siglo XXI. Si bien el siglo XX, significó la liquidación del fascismo y nacional socialismo que fueron los saldos de la Segunda post Guerra Mundial; la tesis que planteara el pensador Francis Fukuyama a partir del derrumbe del Muro de Berlín, significaba igualmente el ocaso de la ideología marxista leninista a la cual a partir de ese verano de 1989 multitud de ciudadanos pacíficamente gestaba el final de la ideología en occidente, es decir el pensamiento del socialismo. Hoy se aprecia el retorno de lo que habría sido la defunción de la ideología socialista⁶⁹ y es probable que desde la región latinoamericana y desde la propia democracia liberal a la cual ingresan actores políticos de concepción socialista, han dinamitado las democracias liberales sin golpes violentos ni revoluciones preconizadas por la praxis marxista leninista, de ahí que autores como Levitsky y Ziblatt⁷⁰ hablan de cómo mueren las democracias instaurándose regímenes autoritarios populista y de banderas ideológicas de una nueva izquierda renovada bajo nuevos formatos con nuevos paradigmas que el liberalismo no ha podido enfrentar en los tiempos contemporáneos. En la misma línea reflexiona el pensador Noah Harari⁷¹.

6. Se vive en Latinoamérica lo que en el siglo XX ya lo transitó Europa: El discurso de odio y el renacimiento de los viejos conflictos que desencadenaron las independencias de Latinoamérica.

Una de las características de los rasgos latinoamericanos en términos sociológicos y jurídicos es la dinámica del *discurso de odio* que se impulsan en diversos países desencadenando graves consecuencias de protestas violentas como ha ocurrido en su momento en Chile, Colombia y que se ha pretendido impulsar en el Perú en menor escala; el odio como sostiene la Real Academia española es «la antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea». Se trata de un sentimiento humano y que en términos cronológicos afirma su presencia en el siglo XX con las experiencias de los regímenes totalitarios de Italia y Alemania; y así en muchos países se les identifica como delitos de odio aquellos que tiene lugar por motivos racistas, antisemitas, ideológicos o religiosos por la orientación sexual, alguna enfermedad o discapacidad y, en general, por cualquier otro hecho discriminatorio⁷². Lo peligrosos de este discurso es que es una realidad creciente y cambiante y está tomado nuevas formas de difusión en los marcos de la actual era digital de la 4RI; más allá de lo que en esencia el discurso de odio es desencadenar un atentado contra la dignidad humana, su mensaje ofensivo y denigratorio genera una movilización en el campo político, recrudesciendo sentimientos presuntamente superados como son los que se mantenían en los orígenes de las independencias de las repúblicas latinoamericanas. Hoy estos discursos

⁶⁹ BELL, Daniel: *El final de la ideología*, Alianza Editorial, Madrid 2015.

⁷⁰ LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel: *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Cuarta edición, Bogotá 2021.

⁷¹ NOAH HARARI, Yuval: *21 lecciones para el siglo XVI*, Traduc. de Joandomenec Roc, Debate, Lima 2018, p.22.

⁷² VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco: *La democracia y el discurso del odio: Límites constitucionales a la libertad de expresión*. Dykinson, Madrid, 2020 p. 37 y ss.)

encendidos bajo el líder populista lo utilizan para legitimar su proyecto totalitario populista y con manifiesto sesgo de una ideología que ha renacido en los predios de la región. Bien podríamos sostener que este discurso se ubica en los predios de la desconstitucionalización y que forma parte también de lo que Alan Wolfe denominó «la maldad política»⁷³.

7. Judicialización de la política. Es otra característica donde las Alta Cortes ejercen el control sobre los demás órganos de los poderes públicos; lo propio se vive una politización de la justicia donde los diversos actores políticos pretenden influir en las decisiones jurisdiccionales para proteger sus intereses generándose un complejo drama que en los últimos tiempos como parte de la política criminal de los Estados viene criminalizando actuaciones políticas que resultan ser ciertamente discutibles. Si bien debe recordarse que los orígenes de este debate fueron desarrollados en el periodo de entre guerras entre la célebre polémica que sostuvo Kelsen⁷⁴ vs Schmitt entorno a quien debería ser el defensor de la Constitución⁷⁵.

8. Presencia de la instalación de un populismo penal mediático. En efecto, a raíz del fenómeno Odebrecht, la reacción estatal frente al crimen organizado y al lavado de activo ha generado una *hiperpenalización* o *hipercriminalización* de los delitos de la sociedad contemporánea en donde se manifiesta un derecho penal de mínimas garantías sumado a *prisiones preventivas* y a una prensa justiciera que condena mediáticamente menoscabando la presunción de inocencia; a ello se suma una espectacularización de la justicia, fundamentalmente penal bajo los escenarios televisivos donde los actores protagonizan en las audiencias públicas de los proceso penales una transformación del proceso penal a un espectáculo judicial populista y telemediático⁷⁶. Este es parte de otro escenario de la realidad constitucional de diversos países de América latina.

9. Presencia de un permanente conflicto y enfrentamiento entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Si bien este tipo de conflicto es parte del juego de un sistema democrático se observa en diversos países de la región un conflicto que linda con las crisis políticas internas donde el Ejecutivo no cuenta con mayoría parlamentaria generándose una afectación a la propia gobernabilidad cotidiana; pues mientras el jefe de estado distrae su tiempo en defenderse en sede parlamentaria de acusaciones o juicios políticos (*impeachment*); lo propio el parlamento trata también de preservar mecanismo de defensa para eventualmente no terminar siendo disuelto por el

⁷³ WOLFE identifica las siguientes variedades de maldad política: el terrorismo, la limpieza étnica, matar a las personas por motivo de raza, etnia o religión en lugar de desplazarlos (genocidio) y el mal por el mal (counterevil). Wolfe, Alan: *La maldad política. Qué es y cómo combatirla*, Traducción de Anna Herrera, Galaxy Gutenberg, Barcelona 2013, pp. 34-41.

⁷⁴ KELSEN, Hans: *Escritos sobre justicia constitucional*, presentación de Manuel Atienza, trad. de Juan Luis Requejo Pagés, Tecnos, Madrid 2021. KELSEN, Hans: *Sobre la jurisdicción constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Edición al cuidado de Domingo García Belaunde, Santo Domingo 2018.

⁷⁵ Schmitt, Carl y KELSEN, Hans: *La polémica Schmitt/Kelsen. Sobre la Justicia constitucional: El defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio preliminar de Giorgio Lombardi, Trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid 2009.

⁷⁶ FLÁVIO GOMEZ, Luiz Y DE SOUSA DE ALMEIDA, Débora: *Populismo penal mediático*, Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 34 y ss.

Congreso como es lo que ocurre en países como Perú, Ecuador en donde aún se mantiene parte de las democracias republicanas.

10. Decaimiento del constitucionalismo liberal democrático republicano y la gestación de nuevos techos de regímenes políticos con ideología socialista. En los últimos tiempos la vecindad latinoamericana evidencia que su cuerpo electoral viene optando por corrientes populistas de izquierda fuera de los estados fallidos como Cuba, Nicaragua y Venezuela, se viene incorporando a esta corriente regímenes políticos como Bolivia, Argentina, Perú, Chile, Colombia, México y lo más probable que Brasil nuevamente se incorpore en estos proyectos auspiciados a nivel de grupos internacionales organizados en el movimiento de Sao Paulo y de Puebla; lo cual constituye un reto para las democracias liberales tanto como para los actores políticos cuya confrontación puede definir sombríos futuros de Latinoamérica dado que estos movimientos bajo las banderas de nuevo constitucionalismo latinoamericano vienen asumiendo el discurso académico y una praxis política cuyos retos están ya en los escenarios actuales.

11. La globalización y la era digital de la 4RI y su influencia en América Latina. Igualmente otros factores externos que condicionan las vigencias, las mutaciones y las desconstitucionalizaciones en los diversos países latinoamericanos es actualmente la globalización de nuevos fenómenos como las *Fake News*,⁷⁷ la posverdad⁷⁸, espectacularización de la política (política pop), la prensa mercenaria, la corrupción estructural que son diversos factores negativos que igualmente asola América Latina.

12. En el campo de la jurisdicción constitucional: breve balance crítico. La región latinoamericana viene recepcionando categorías del pensamiento europeo, en especial de Alemania y España conceptos indeterminados como la relevancia y trascendencias constitucional, que les lleva a denegar a los justiciables sendos procesos de amparo; por otro lado se observa una mala praxis de la justicia ordinaria de apelar a medidas cautelares de *prisiones preventivas*⁷⁹ como reglas siendo solo una excepción con abierto menoscabo a la *presunción de inocencia* y a la doctrina convencional de la Corte IDH; igualmente se aprecia una presencia masiva de violaciones de sectores vulnerables desencadenados por *estado de cosas inconstitucional, estado de cosas inconvencionales* así como otros fenómenos más complejos como violaciones de los derechos humanos a través de complejas patologías como la inconstitucionalidad por omisión e *inconvencionalidad por omisión*⁸⁰.

⁷⁷ ALANDE, David: *Fake news: La nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos para desestabilizar la democracia*, Deusto, España 2019.

⁷⁸ D'ANCONA, Matthew: *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla*, Alianza Editorial, Madrid, 2019

⁷⁹ ETO CRUZ, Gerardo: *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo, Lima 2021

⁸⁰ ETO CRUZ, Gerardo: *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*, San Bernardo, Lima 2021

13. *El ius constitutionale commune latinoamericanum.* Otra característica que se ha venido reivindicando desde los predios académicos es una consolidada doctrina desde la propia región latinoamericana y que, así como Peter Häberle hablaba de un derecho constitucional común europeo que fue introducido en la discusión en 1991 «lo circunscribe a un aspecto parcial del estado constitucional europeo, el cual se alimenta del pensamiento del derecho común y de los principios, sin pretender ni velar la pluralidad de culturas jurídicas nacionales»⁸¹.

Así el profesor Armin von Bogdandy ha señalado que la idea del *ius constitutionale commune latinoamericanum* tiene una génesis desde 1974 fecha en que se fundara el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y que se trataría de un proyecto de evolución y de transformación hacia un nuevo derecho público en la región latinoamericana⁸². Este derecho constitucional común latinoamericano se sustenta en dos grandes vigas el diálogo académico y el diálogo jurisdiccional.

13.1. Sobre el diálogo académico: formantes, criptotipos y derecho mudo. Este diálogo se viene manifestando en la reflexión académica de los juristas y académicos que cultivan la ciencia del derecho constitucional y que institucionalmente se encuentran organizados en Asociaciones Nacionales de Derecho Constitucional y confluyen muchos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional que institucionalmente convoca cada cuatro años a un encuentro Iberoamericano y, a la fecha, se vienen realizando quince Congresos Iberoamericanos de Derecho Constitucional. La sede del Instituto es México; recientemente el último congreso se ha realizado en el Perú en la ciudad de Arequipa entre los días 22 al 24 de septiembre del 2022. Aquí, nos vamos a permitir adentrarnos muy brevemente en los escenarios cognitivos de los académicos del derecho constitucional, sobre todo, a partir de la cartografía de ruta que tienen en su reflexionar en torno a esta disciplina. Al respecto, América Latina hoy se ha convertido en una disruptiva presencia de una lava incandescente de producción académica que hoy da vértigo; sin embargo en esta reflexión académica se presentan profundas complejidades en el escenario del mundo académico que son los que, a postre, generan el pensamiento constitucional latinoamericano. Aquí siguiendo a Pegoraro y a Rinella, ambos autores sostienen que el constitucionalista doméstico se mueve sobre operaciones conceptuales exclusivamente interna de arriba hacia abajo es «*top-down*»; el comparatista construye categorías conceptuales que le permiten clasificar e individualizar analogías y diferencias. Es por tanto su trabajo *bottom-up* de abajo hacia arriba. Núcleo pétreo del estudio comparativo es el derecho extranjero. En esta ruta ponen en paralelo que entre el constitucionalista interno sus operaciones conceptuales son las mismas que el estudioso del

⁸¹ HÄBERLE, Peter: *El estado constitucional*, Astreas, Traducción e índice de Héctor Fix-Fierro y estudio introductorio de Diego Valadés, Buenos Aires 2007, pp. 162-163

⁸² VON BOGDANDY, Armin: «*ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual», en: *ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2014, pp. 4 y ss.

derecho extranjero con una excepción para los dos: que si ambos persiguen clasificar categorías más amplias, se trataría de una fase *strictu sensu* de un Derecho comparado de verdad.

Tras el horizonte del derecho comparado, hay elementos ocultos pero que están allí, subyacentes en esta disciplina y son los *formantes*, criptotipos y *derecho mudo*. Es así cómo, el pico de intensidad en el espectro del derecho en un país, está identificado --y eso lo tienen presente los operadores de todo sistema jurídicos-, por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, a esta suma de factores se le denomina *formantes*. Igualmente siguiendo los autores Pegoraro y Rinella a Sacco, en el entramado se encuentran los *criptotipos* que son aquellas reglas que existen y son de naturaleza relevante pero que el sistema jurídico no los ha formulado, ni sabrían tampoco cómo formularlos. En realidad, constituyen un conocimiento tácito. Sacco los describe como aquellos modelos implícitos que se encuentran presentes en los sistemas jurídicos y que actúan en el *constructo* de los juristas. Es más, resulta que los criptotipos son las formas en cómo mentalmente los juristas conciben el mundo jurídico; y por lo tanto, les resulta más difícil librarse de ellos que de las reglas jurídicas propias de su sistema jurídico.

El «*derecho mudo*», según Rodolfo Sacco alude a «aquellas reglas que existen y son relevantes pero que el operador no formula (aunque quisieran no sabrían cómo)»⁸³; en realidad, se trata de reglas que el hombre practica sin ser consciente de ello. En el ideal epistémico se trata de un conocimiento tácito vinculado a lo interdisciplinario.

En el derecho comparado hoy una pregunta inquietante: ¿Qué se puede comparar? ¿lo que es similar o lo que es diferente? Así, siempre el diálogo académico versará desde planos comparativos; los expertos sostienen que la comparativa gira en torno a la homogeneidad entre ordenamientos o entre instituciones pertenecientes a ordenamientos diferentes. Así, la *macrocomparación* agrupa ordenamientos/sistemas homólogos en clases distintas por diferencias. En cambio en la *microcomparación* ella tiene por objeto instituciones particulares, actos, procedimientos, funciones, entidades, derechos, poderes, deberes etc., que operan o están previstos en dos o más ordenamientos jurídicos. Al fin y al cabo, anotan, los citados autores todos los sistemas son comparables entre ellos, a condición de comprender, antes que las analogías, las diferencias de fondo⁸⁴. Todo esto es parte de la presencia, no cabe duda, de la globalización que hoy existe en el planeta tierra, donde en la reflexión académica no se encuentra exento de su influjo, tal como hemos podido apreciar en torno a las diversas teorías que existen en torno a la globalización y porque la globalización entraña también el mundo cultural que hoy se vive en la posmodernidad⁸⁵.

13.2. *Sobre el diálogo jurisdiccional*. El diálogo jurisdiccional es la otra base que permite hablar de la presencia de un derecho constitucional común latinoamericano y que comprende una suerte

⁸³ PEGORARO, Lucio y RINELLA, Angelo (Directores): *op. cit.* pp. 19-24

⁸⁴ *Loc. Cit.* p. 24.

⁸⁵ HERRERA GÓMEZ, Manuel: *Elementos para el análisis de la cultura postmoderna*, Tecnos, Madrid 2007.

de *diálogo jurisdiccional vertical* que más que como diálogo es la verticalidad de las sentencias emitidas por la Corte IDH, cuyas sentencias convencionales vinculan a todos los países de la región, configurándose con otros tratados el llamado «Bloque de convencionalidad regional»; lo propio esto ocurre a nivel europeo, donde el “*diálogo jurisdiccional vertical*” lo emite los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y por otro lado, el *diálogo jurisdiccional horizontal* que ocurre en términos pacíficos y de recepciones recíprocas cuando un Tribunal, Sala o Corte constitucional de América Latina, emite un fallo que se convierte en arquetipo y modelo para las demás Cortes, generándose una pacífica retroalimentación. En suma esta es una de las características muy sublimes que puede exhibir el basto movimiento que caracteriza igualmente a nuestro constitucionalismo de Latinoamérica y que incluye al Caribe y a toda la región del sur⁸⁶.

oooooooo

Con todo, América Latina mantiene sus *venas abiertas* como señalaba Eduardo Galeano y sigue siendo un inmenso territorio en donde la realidad sigue desbordando y superando las fantasías literarias; pero esta vez ya no solo de un *macondo* idealizado por el célebre Gabo⁸⁷, sino porque los populismos, autocracias, ideologías delirantes de extrema derecha y de extrema izquierda, mantienen en permanente tensión y acoso a las constituciones latinoamericanas⁸⁸, confirmándose que la constitución viene a ser un *metarrelato* de profecías no cumplidas y que es obligación de cada sistema político preservar las democracias, a fin de que bajo el imperio de las libertades, las personas busquen su propia felicidad, preservándosele a través de los procesos constitucionales y con los tribunales constitucionales que, a 100 años de su creación⁸⁹, no deben ser 100 años de soledad, sino de un garantismo donde las utopías se conviertan en realidades en esta parte de nuestra patria grande que es la región latinoamericana.

⁸⁶ Brito Melgarejo, Rodrigo: *Diálogo entre tribunales constitucionales*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2010; Bustos Gisbert, Rafael: *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012; Pegoraro, Lucio (coordinador): *Glosario de Derecho Público Comparado*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012; Ayala Corao, Carlos: *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; Burgorgue-Larsen, Laurence: *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; Von Bogdandy, Armin, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores): *Ius constitucionales commune en Derechos Humanos en América Latina*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013; Bagni, Silvia (coordinadora): *Justicia constitucional comparada*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2014.

⁸⁷ VARGAS LLOSA, Mario: *García Márquez: historia de un deicidio*, Novena edición, Alfaguara, Lima 2021

⁸⁸ SAGUÉS, Néstor Pedro: *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales, Querétaro, 2016

⁸⁹ ASTUDILLO, César y ETO CRUZ, Gerardo (Coordinadores): *Centenarios de los Tribunales Constitucionales*, Tomo I, Estudios históricos, teóricos y comparados, Thomson Reuters, México 2021.

Bibliografía

- ALANDE, David: *Fake news: La nueva arma de destrucción masiva. Cómo se utilizan las noticias falsas y los hechos alternativos 'para desestabilizar la democracia*, Deusto, España 2019.
- ALZAGA, Óscar: *Del consenso constituyente al conflicto permanente*, Trotta, Madrid 2011
- ASTUDILLO, César y ETO CRUZ, Gerardo (Coordinadores): *Centenarios de los Tribunales Constitucionales, Tomo I, Estudios históricos, teóricos y comparados*, Thomson Reuters, México 2021.
- BECK, Ulrich. Teoría de la modernización reflexiva, en GIDDENS, A. et al. *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos Edit., 2011.
- BECK, Ulrich: *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Trad. de Bernardo Moreno y M. A. Rosa Borrás, Paidós, Barcelona 2017.
- BELL, Daniel: *El final de la ideología*, Alianza Editorial, Madrid 2015.
- BERLIN, Isaiah. *El estudio adecuado de la humanidad. Antología de ensayos*. Madrid: FCE., Editada por Henry Hardy y Roger Hausheer, 2009.
- BILBENY, Norbert. *La identidad cosmopolita. Los límites del patriotismo en la era global*. Barcelona: Kairós Edit., 2007.
- BREWER-CARÍAS y Carlos García Soto (Compiladores): *Estudios sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional convocatoria en 2017*, Editorial Temis, Bogotá 2017
- BURGOA, Ignacio: *Derecho Constitucional Mexicano*, edit. Porrúa, duodécima edic., México 1999, p. 189-279 y en forma específica p. 238 y ss. BIDART CAMPOS, Germán: *Derecho Constitucional T. I*, Edic. Ediar; Buenos Aires. 1961, p. 157-206, específicamente p. 162 y ss.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime: *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional de México, México, 2017, p. 47 y ss.
- CASSAGNE, Juan Carlos: *El Estado Populista*, Editorial B de F, Madrid 2017.
- CASTELLS, Manuel. *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*. Madrid: Alianza Editorial, 1995.
- CHIA, Eduardo A. y QUEZADA, Flavio (Editores): *Propuesta para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Facultad de Derecho Universidad de Chile y Friedrich Ebert-Stiftung, Santiago 2020.
- CHOMSKY, Noam: *Estados fallidos: el abuso de poder y el ataque a la democracia*, No ficción, Barcelona, 2017.

- COLOMBO MURUA, Ignacio: *Límites a las reformas constitucionales. Teoría de las cláusulas pétreas*. Prólogo de Jorge Reinaldo A. Vanossi, Editorial Astrea, Buenos Aires 2011.
- CORREA SOUZA DE OLIVEIRA, Fabio y LUIZ STRECK, Lenio: “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de constituir un Derecho Constitucional Común”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, Madrid (2014).
- COURTOIS, Stéphane *et al*: *El libro negro del comunismo. Crímenes, terror, represión*; 3era edición, Arzalia Madrid, 2021
- D’ANCONA, Matthew: *Posverdad. La nueva guerra contra la verdad y cómo combatirla*, Alianza Editorial, Madrid, 2019
- DAU-LIN, Hsu: *Mutación de la Constitución*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.
- DE VEGA, Pedro: *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos; Madrid 1995;
- DEL SOL, Chantal: *Populismos. Una defensa de lo indefendible*, Ariel, Barcelona 2016;
- EAGLETON, Terry. *Cultura*. Barcelona: Edit. Taurus, 2017, Traducción de Belén Urrutia.
- ECHEVARRÍA, Javier. *Cosmopolitas domésticos*. 2ª ed. Barcelona: Anagrama Edit., 1995.
- ETO CRUZ, Gerardo. *La transversalización del derecho constitucional*. Lima: Grijley Edit., 2022.
- ETO CRUZ, Gerardo: “¿Las universidades son sociedades de conocimiento?”, en: *Autonomía Universitaria y Constitución en Iberoamérica. A propósito de los 100 años del Grito de Córdoba*, Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego (Coordinadores). Lima, Grijley, Vol. 2, pp. 1331-1349.
- ETO CRUZ, Gerardo: *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la teoría de la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión*, San Bernardo, Lima 2021
- ETO CRUZ, Gerardo: *Problemas contemporáneos del control convencional*, San Bernardo, Lima 2021
- FLÁVIO GOMEZ, Luiz Y DE SOUSA DE ALMEIDA, Débora: *Populismo penal mediático*, Saraiva, São Paulo, 2013, pp. 34 y ss.
- FRANCO PÉREZ, Antonio-Filiu: “Uso y perversión del poder constituyente originario en Venezuela (1999-2019)”, en ALÁEZ CORRAL, Benito (Coord.): *Reforma constitucional y defensa de la democracia*, op. cit., p. 263-286.
- FRANCO, Jean. *Una modernidad cruel*. México: FCE, 2016. Traducción de Víctor Altamirano.

- GALOR, Oded: *El viaje de la humanidad, Planeta*, Traducción de Olga García Arrabal, Barcelona, 2022.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim: “¿Revisar la/o romper con la Constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 15, Número 43, Enero-Abril, 1995; pp. 9-23.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim: *Teoría de la Constitución*. Madrid, Dykinson 2002.
- HÄBERLE, Peter: *El estado constitucional*, Astreas, Traducción e índice de Héctor Fix-Fierro y estudio introductorio de Diego Valadés, Buenos Aires 2007, pp. 162-163
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio. *Imperio*. Cambridge, Massachussets: Edic. de Harvard University Press, 2000. Traducción de Eduardo Sadier.
- HELD, David: *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*. Alianza Editorial. Traducción de Dimitri Fernández Bobrovski, , Madrid, 2012.
- HERRERA GÓMEZ, Manuel: *Elementos para el análisis de la cultura postmoderna*, Tecnos, Madrid 2007.
- JELLINEK, George: *Reforma y Mutación Constitucional*. Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú, trad. de Cristian Forster, CEC, Madrid 1991.
- KUHN, Thomas S.: *La estructura de las revoluciones científicas*. Ensayo preliminar de Ian Hacking. Traducción e introducción de Carlos Solís, FCE, 4ta edición, México, 2015
- LESSENICH, Stephan: *La sociedad de la externalización*. Traducción de Alberto Ciria, Herder, Barcelona, 2019.
- LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel: *Cómo mueren las democracias*, Ariel, Cuarta edición, Bogotá 2021.
- LIPOVETSKY, Guilles y CHARLES, Sébastien. *Los tiempos hipermodernos*. 3.^a ed. Barcelona: Anagrama, 2016. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.
- LIPOVETSKY, Guilles y JUVIN, Hervé. *El occidente globalizado. Un debate sobre la cultura planetaria*. Barcelona: Anagrama Edit., 2011. Traducción de Antonio-Prometeo Moya.
- LIPOVETSKY, Guilles y SERROY, Jean. *La cultura-mundo. Respuesta a una sociedad desorientada*. Barcelona, Anagrama.
- LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*. Trad. y estudio por Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1982.
- LULL, James. *Medios, comunicación, cultura. Aproximación global*. 2.^a ed. Buenos Aires: Amorrortu Edit., 2009.

- LYOTARD, Jean-François. *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*. Buenos Aires: Minuit, 1987.
- MARDON ZÁRATE, Guillermo: *¿Reforma o revolución. Los dilemas del debate para una reforma constitucional en el Bicentenario*, Prólogo de Domingo García Belaunde, Editorial Grijley, Lima 2021.
- MORENO DEL RÍO, Carmelo: “Antiglobalismo” en MELLÓN, JOAN Antón y TORRENS, Xavier (Editores): *Ideologías y movimientos políticos contemporáneos*; 3era edic., Tecnos Madrid.
- MUDD, Cas y ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal: *Populismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid 2019.
- NOAH HARARI, Yuval: *21 lecciones para el siglo XVI*, Traduc. de Joandomenec Roc, Debate, Lima 2018, p.22.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert: *Entre lo viejo y lo nuevo. El sujeto constituyente*. Trotta, Madrid, 2017.
- NOLLA, Javier y RODRIGUEZ, Beatriz: *Teoría sociológica de la globalización*, Tecnos, Madrid 2010.
- ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo: *Poder Constituyente y otros ensayos*, Edit. Normas Legales, Trujillo 2002.
- PAULA BIGLIERI, Luciana Cadahia: *Siete ensayos sobre populismo*, Herder,
- PEGORARIO, Lucio y RINELLA, Ángel: *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*, Tomo 2, Vol. A, Astrea, 2018.
- PEGORARO, Lucio: y RINELLA, Ángel (Directores): *Derecho constitucional comparado. Sistemas constitucionales*. Tomo 2, Volumen A, 1era. Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edit. Astrea y G. Giappichelli, 2018.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 2005.
- R. VICIANO PASTOR, R. Martínez Dalmao: «El nuevo constitucionalismo latinoamericano: Fundamentos para una construcción doctrinal», en Rev. Gen. Der. Públ. Comp., N° 9, 2011, p. 7, citado por Pegoraro, Lucio y Rinella Angelo (Directores): *Derecho constitucional comparado*, Tomo 2, Vol. A, Sistemas constitucionales, Astrea, Buenos Aires, 2018.
- RAMÍREZ CLEVEZ, Gonzalo: *Los límites a las reformas constitucionales y las garantías límites del Poder Constituyente. Los derechos fundamentales como paradigma*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá 2003.

- RECASENS SICHES, Luis: *El poder constituyente. Su teoría aplicada al momento español*. Javier Morata Editor, Madrid 1931.
- RIVERO, Ángel, ZARZALEJOS, Javier y DEL PALACIO, Jorge (Coordinadores): *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*;
- RODRÍGUEZ Gaona, Roberto: *El control constitucional de la reforma a la Constitución. Cuadernos “Bartolomé de las Casas”*. Dykinson, Madrid 2006
- SÁENZ ROYO, Eva: *El referéndum en España. Debates Constitucionales*, Marcial Pons, Madrid 2018.
- SAGUÉS, Néstor Pedro: *La Constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales, Querétaro, 2016
- SAUQUILLO, Julián: *La reforma constitucional. Sujetos y límites del poder constituyente*, Tecnos, Madrid 2018.
- SCHMITT, Carl y KELSEN, Hans: *La polémica Schmitt/Kelsen. Sobre la Justicia constitucional: El defensor de la Constitución Versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Estudio preliminar de Giorgio Lombardi, Trad. de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Brie, Tecnos, Madrid 2009.
- SCHMITT, Karl: *Teoría de la Constitución*, Alianza universidad. Presentación y versión española de Francisco Ayala, Epílogo de Manuel García Pelayo, Madrid 1992.
- SCHWAB, Klaus: *La cuarta revolución industrial*. Debate, Colombia, 2016
- TAJADURA TEJADA, Javier: *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*. Marcial Pons, Madrid 2018.
- TORRES DEL MORAL, Antonio: *Principios de Derecho Constitucional Español*; tercera edic. renovada. Servicios de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1992, Vol. I p. 5-26
- VALIENTE MARTÍNEZ, Francisco: *La democracia y el discurso del odio: Límites constitucionales a la libertad de expresión*. Dykinson, Madrid, 2020 p. 37 y ss.)
- VARGAS LLOSA, Mario: *García Márquez: historia de un deicidio*, Novena edición, Alfaguara, Lima 2021
- VON BOGDANDY, Armin: «*ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual», en: *ius constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, Armin Von Bogadandy, Héctor Fix-Fierro, Mariela Morales Antoniazzi (Coordinadores), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2014.
- WALLERSTEIN, I. *El moderno sistema mundial*. Vol. 1. Madrid: Siglo XXI, 1979.

Derechos de Autor (c) 2024 Gerardo Eto Cruz



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](#)

Argumentación constitucional y lenguaje de la sentencia¹

Constitutional argumentation and language of the judgment

DOI: <http://orcid.org/0000-0002-7986-3233>



Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

Universidad del País Vasco

javier.ezquiaga@ehu.es

Recibido: 30 de agosto de 2024

Aceptado: 30 de septiembre de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: En el estudio son presentadas algunas ideas y reflexiones acerca de la relación entre la argumentación jurídica, específicamente la que realizan los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad (la que se denominará *argumentación constitucional*), y la *calidad* y *claridad* del lenguaje usado en la motivación de la sentencia. Son dos las ideas principales que se pretenden desarrollar: el (lento, pero) paulatino abandono del formalismo judicial, la transición del juez formalista al juez argumentador, requiere de un cambio lingüístico, que está aún menos avanzado que el primero; y la claridad en la expresión, unida a una estructura adecuada, no es una cuestión estilística, sino un requisito necesario de la argumentación jurídica racional, para cumplir con el deber constitucional de motivación de la sentencia, intrínseco a un poder judicial democrático.

Palabras clave: argumentación, lenguaje, claridad, sentencia.

Abstract: *The article presents some ideas and reflections about the relationship between legal argumentation, specifically that carried out by the jurisdictional bodies of constitutionality control (which will be called constitutional argumentation), and the quality and clarity of the language used in the motivation of the sentence. There are two main ideas that I intend to develop: a) the (slow, but) gradual abandonment of judicial formalism (the transition from the formalist judge to the argumentative judge), requires a linguistic change, which is even less advanced than the first; b) clarity in expression, together with an adequate structure, is not a stylistic issue, but a necessary requirement of rational legal*

¹ El presente texto es resultado de las conferencias que impartí los días 4 y 6 de junio de 2024 en las ciudades de Quetzaltenango y Antigua en el *Congreso Internacional de Derecho Constitucional: "Garantías constitucionales y defensa del orden constitucional"* organizado por Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad. Quiero agradecer al Magistrado Presidente Nester Mauricio Vásquez Pimentel y a mi amigo José Pablo Pacheco Samayoa, Director Ejecutivo del IJC, su invitación y la cálida hospitalidad que me dispensaron durante esas interesantes jornadas. Un agradecimiento especial a mi tocayo Francisco Javier Urizar Pérez, Editor de *Opus Magna Constitucional*, por abrirme las puertas de la Revista.

argumentation, to comply with the constitutional duty of motivating the sentence, intrinsic to a democratic judicial power.

Keywords: *argumentation, language, clarity, Judgement.*

Sumario:

Introducción – Qué no va a ser objeto de análisis – El impacto del lenguaje jurídico del paso del juez formalista al juez argumentador – Causas de la falta de claridad de la sentencia – Función del lenguaje oscuro de la sentencia – El lenguaje claro como parte de los requisitos de la argumentación judicial – Conclusiones y recomendaciones - Referencias

Introducción

El objeto de este estudio es presentar algunas ideas y reflexiones acerca de la relación entre la argumentación jurídica, específicamente la que realizan los órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad (la que voy a denominar *argumentación constitucional*), y la *calidad* y *claridad* del lenguaje usado en la motivación de la sentencia. Voy a ser crítico (aunque, espero, que, al mismo tiempo, constructivo y propositivo) con la forma de las resoluciones judiciales en nuestra cultura jurídica, pero dejando constancia desde el inicio de varios factores.

En primer lugar, que debido al peso de la tradición (o, simplemente de los hábitos) no solo no es sencillo cambiar el modo de practicar la profesión, sino que el mantenimiento de las formas y el lenguaje otorga seguridad al ejercerla. Por otro lado, en muchos países la principal escuela judicial, sin despreciar las escuelas oficiales que están realizando un gran trabajo formativo, son las ponencias de los jueces o magistrados donde conocen la función jurisdiccional como secretarios, letrados u oficiales las personas que más adelante se convertirán en los nuevos jueces.

En segundo lugar, que esos cambios, que seguramente todos los operadores jurídicos consideran razonables y deseables, chocan con un círculo vicioso entre litigantes, jueces, fiscales, abogados al servicio de la Administración y otros profesionales del Derecho, que justifican aferrarse a un lenguaje caduco, arcaico y difícil de entender porque los otros lo emplean.

En tercer lugar, y a pesar de lo dicho, creo que se ha avanzado mucho en la calidad, tanto formal como sustantiva, de la motivación de la sentencia. En ocasiones puede pensarse que la teoría contemporánea de la argumentación jurídica (la que Manuel Atienza denominaría teoría *estándar*) (2005, pp. 105 y ss. y 203 y ss.; 2013, pp. 30-31), las docenas de cursos en los que es presentada y los miles de trabajos en los que se ha configurado y desarrollado, es una simple moda, un toque de modernidad que ha llegado a una rancia judicatura. Sin embargo, gracias a ella las sentencias en Latinoamérica en general, y en Guatemala en concreto, en el Organismo Judicial, y en la Corte de Constitucionalidad en especial, son mejores, pronunciadas por jueces y magistrados más conscientes de que sus resoluciones son instrumentos fundamentales del estado de Derecho y de la democracia, y ellos servidores públicos que no deben olvidar que su poder proviene del pueblo

(arts. 141 y 152 de la Constitución de Guatemala) y que sus sentencias “se pronuncian siempre en nombre del pueblo de la República de Guatemala” (art. 390 del Código Procesal Penal).

Por último, si a todo ello añadimos la importante carga de trabajo que habitualmente soportan nuestros jueces y tribunales, la implementación de cambios lingüísticos, argumentativos o de estructura de la sentencia no es tarea fácil.

Hay dos ideas principales que pretendo desarrollar:

a) Considero que el (lento, pero) paulatino abandono del formalismo judicial que tanto daño ha hecho a los poderes judiciales de Latinoamérica (me atrevería a decir que, incluso, a la propia justicia), dicho de otro modo, la transición del juez formalista al juez argumentador, requiere de un cambio lingüístico, que está aún menos avanzado que el primero.

b) La claridad en la expresión, unida a una estructura adecuada, no es una cuestión estilística, sino un requisito necesario de la argumentación jurídica racional, para cumplir con el deber constitucional de motivación de la sentencia, intrínseco a un poder judicial democrático². El administrativista español y Director de la Academia de la Lengua, Santiago Muñoz Machado, ha afirmado con rotundidad (en relación al lenguaje legislativo, pero directamente aplicable al judicial) que “la claridad ha acabado

² Aunque la Constitución guatemalteca no contempla expresamente el deber de motivación de las decisiones judiciales, la Corte de Constitucionalidad lo ha considerado incluido en la tutela judicial efectiva reconocida (implícitamente, también) en el art. 12 de la Constitución:

“[...] la fundamentación o motivación es un proceso de causalidad lógica, que sirve de enlace para demostrar que unos hechos inicialmente presuntos han sido realmente realizados, y que conduce necesariamente a la solución del caso concreto. La debida fundamentación funge también como garantía del justiciable de que la decisión asumida no ha sido adoptada de manera arbitraria. En consecuencia, es obligatorio fundamentar las decisiones judiciales, circunstancia que deriva de las garantías del debido proceso consagradas en los artículos 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como instrumento internacional parte del Bloque de Constitucionalidad”. (Corte de Constitucionalidad. Expediente 1157-2020. Fecha de sentencia: 03/08/2020). La misma idea se reitera, por ejemplo, en las siguientes decisiones:

“Incurrir en violación al principio de fundamentación de las resoluciones judiciales, consagrado en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Corte Suprema de Justicia, Cámara Civil, cuando al emitir el fallo de casación, omite realizar el análisis fáctico-jurídico que de conformidad con el Artículo 630 del Código Procesal Civil y Mercantil le corresponde, lo que redundará en violación al derecho a la tutela judicial efectiva.” (Corte de Constitucionalidad. Expediente 2928-2019. Fecha de sentencia: 11/06/2020).

“[el] principio de fundamentación de las resoluciones judiciales contenido en el Artículo 12 de la Constitución [...] consiste, esencialmente, en que la decisión dictada por autoridad competente debe contener una argumentación lógica y estructurada de los motivos en que base su pronunciamiento, en atención a las constancias que se presentaron en la controversia que antecede, los cuales serán producto del análisis lógico jurídico de los hechos sometidos a su conocimiento, a la luz de los preceptos legales aplicables al caso concreto, aunado a los argumentos expresados por las partes procesales en sus respectivos escritos. Es decir, la fundamentación de los fallos consiste en encuadrar los pronunciamientos legales a las disposiciones aplicables al caso concreto, atendiendo cada una de las posturas fijadas por las partes –acogiéndolas o desestimándolas– función que se complementa con la indicación expresa de los argumentos que permitieron arribar a la conclusión final asumida [...]” (Corte de Constitucionalidad. Expediente 2047-2019. Fecha de sentencia: 29/07/2020).

consagrándose como requisito de validez de las normas y no como una simple cortesía. Una ley desordenada, imprecisa y que use un lenguaje oscuro, que no puede ser entendido por un operador razonable, ha de ser considerada inválida cuando vulnera o limita los derechos de los destinatarios de sus mandatos” (2017, pp. XXVII y XXVIII)³, afirmando, incluso, que *un lenguaje oscuro es un lenguaje corrupto* (Muñoz Machado, 2016).

Resulta en cierta medida sorprendente que el lenguaje en la argumentación jurídica, la forma en la que es expresada, ha estado presente en la teoría de la argumentación en sus inicios (por ejemplo, en Aristóteles o Quintiliano), en los regeneradores de la *nueva* argumentación (por ejemplo, Perelman o Viehweg) y en la teoría estándar contemporánea. Fijándonos en esta última y en algunos de sus autores más representativos, encontramos frecuentes referencias al *lenguaje de la argumentación*, pero no demasiadas al *lenguaje en la argumentación*. Pondré algunos ejemplos.

La teoría de la argumentación de Toulmin (2007, p. 30), centrada en los argumentos justificatorios utilizados para apoyar argumentaciones, advierte de que en la justificación de una conclusión se debe empezar presentando el problema por medio de una pregunta clara (Toulmin, 2007, p. 36). Por otro lado, al estudiar cómo funcionan los argumentos, relaciona su validez con su estructura, propugnando esquemas de análisis más transparentes, en los que se muestre de manera más explícita y clara cuáles son las razones en las que se apoya (Toulmin, 2007, p. 130). Finalmente, deja clara la dependencia al señalar que “evidentemente el razonamiento no podría existir en ausencia de lenguaje” (Toulmin, Rieke, Janik, 1984, p. 201). Por su parte Alexy, aunque se focaliza sobre todo en las características del lenguaje objeto de la argumentación jurídica, incluye entre las reglas fundamentales del discurso práctico general que los hablantes no usen la misma expresión con distintos significados (Alexy, 1997, pp. 185 y ss.). De manera similar, Wróblewski (1990, pp. 359 y ss.; 1989, pp. 97 y ss.) se fija, en un plano más general, en las características de los lenguajes del discurso jurídico y sus tipos. Tal vez Peczenik (2008, p. 46), que incluye como un elemento de la racionalidad lógica que la conclusión sea lógicamente consistente y lingüísticamente correcta⁴, y Van Eemeren y Grootendorst (2004, p. 195), que incluyen como décima regla para una argumentación ideal que la formulación de los argumentos sea lo más clara y comprensible posible (*Language Use Rule*)⁵, son los que más han tratado la claridad del lenguaje como un requisito de la argumentación.

³ Esta exigencia de claridad, especialmente cuando se trata de leyes con contenido limitativo de derechos, recuerda Muñoz Machado, ha sido resaltada en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional español (por ejemplo, STC 133/1987, STC 6/1991, STC 25/2002) y, en aplicación del art. 7 del Convenio Europeo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos exigiendo una redacción precisa para las normas sancionadoras (por ejemplo, en Müller y otros c. Suiza de 24 de mayo de 1988, Kokkinakis c. Grecia de 25 de mayo de 1993, G. c. Francia de 27 de septiembre de 1995, Larissis y otros c. Grecia de 24 de febrero de 1998) (Muñoz Machado, 2023, p. 589).

⁴ “Una ‘justificación’ basada en premisas inconsistentes o lingüísticamente incorrectas carece obviamente de valor”.

⁵ “La Regla 10, la regla de uso del lenguaje, tiene como objetivo evitar malentendidos resultantes de formulaciones poco transparentes, vagas o equívocas e inexactas, descuidadas o sesgadas interpretaciones: los que debaten no pueden

No es fácil buscar una explicación a la poca atención que, al establecer las reglas de una argumentación racional, ha merecido el uso cuidadoso y lo más claro posible del lenguaje. La respuesta más probable es que esa condición sea simplemente considerada una obviedad: el Derecho es lenguaje, pero la argumentación jurídica también (Perelman y Olbrechts-Tyteca, 1989, p. 40). Incluso la argumentación probatoria, la argumentación sobre los hechos, es una argumentación sobre el *relato* de los hechos. En definitiva, se argumenta sobre lenguaje (y, en ese sentido, es un metalenguaje) y su resultado es también lingüístico, se expresa por medio de otro texto. Por ese motivo una buena argumentación requiere una buena expresión lingüística.

No se olvide que, por definición, cuando se argumenta es que ha surgido una duda o una discrepancia, por ejemplo, acerca del significado de un enunciado normativo, justificando la elección de uno entre los posibles. Muchas veces la causa del problema será lingüística derivada de la indeterminación del lenguaje jurídico, pero, aunque otras veces su origen sea sistémico o funcional (Wróblewski, 1985, pp. 37-46), el objeto de la argumentación interpretativa es siempre un texto y el resultado de la interpretación también. Por ese motivo, si los enunciados interpretativos (los que dicen que el enunciado E tiene el significado S) son tan indeterminados como los enunciados interpretados, la argumentación ha fracasado (de manera similar a si una definición deja la misma indeterminación que el término definido); y si las razones aportadas como justificación del significado atribuido, que también están lingüísticamente formuladas, no están bien expresadas, tampoco serán convincentes ni persuasivas, por lo que la argumentación también habrá fracasado.

Es preciso aclarar en este punto que, en principio, el objeto de la interpretación, de la argumentación que justifica el significado de un enunciado, es un texto a través del que su autor (el legislador) pretende expresar un mensaje; en el caso de los enunciados normativos, una norma jurídica. Pero sucede en ocasiones que, como consecuencia de los acuerdos políticos en sede parlamentaria para la aprobación de la iniciativa legislativa, el consenso solo se produce sobre el texto objeto de discusión, pero no sobre su significado, es decir, sobre la norma jurídica que expresa, que se está promulgando. En estos casos, los métodos o argumentos interpretativos tendentes a identificar la voluntad o intención del legislador fracasan, ya que simplemente no existe (o coexisten varias), por lo que pueden ser consideradas verdaderas delegaciones al juez (específicamente al tribunal constitucional) para que determine la norma que el enunciado objeto de interpretación expresa. Es decir, una verdadera invitación a participar en el proceso legislativo o en la sistematización de un ordenamiento jurídico complejo, fruto de diferentes autores y épocas⁶.

utilizar ninguna formulación que sea insuficientemente clara o confusamente ambigua, y no pueden malinterpretar deliberadamente las formulaciones de la otra parte” (Van Eemeren y Grootendorst, 2018, pág. 61).

⁶ Un buen ejemplo serían las reformas en materia de DDHH y las cláusulas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos (Ezquiaga, 2013; Ezquiaga, 2016; Ezquiaga, 2020; y Ezquiaga 2022). En estos casos, la interpretación no puede ser considerada la comprensión de un texto, ni la traducción de un texto en otro, sino auténtica creación de normas jurídicas (Guastini, 2004, pp. 81 y 262-266).

Aunque pueda parecer extraño, este tipo de acuerdo puramente lingüístico también se produce en el seno de órganos judiciales colegiados para obtener la mayoría (a veces la unanimidad) que permita la aprobación del proyecto de sentencia. Si en el ámbito legislativo es una práctica (seguramente inevitable, pero) criticable, en el ámbito jurisdiccional lo es aún más, ya que debería ser función de la sentencia aclarar el lenguaje de los textos promulgados por los órganos parlamentarios⁷.

En todo caso, y como más adelante desarrollaré, la claridad de la sentencia la entiendo en un sentido amplio, y no limitada al estilo o la expresión lingüística. Ese es, desde mi punto de vista, un error frecuente los estudios y movimientos sobre el lenguaje jurídico claro, que se centran fundamentalmente en esa cuestión. Desde luego que es un aspecto que debe ser abordado y corregido, pero la claridad de la decisión judicial requiere más. Del mismo modo que la claridad del lenguaje en el plano legislativo es insuficiente sin una adecuada técnica legislativa, la de la sentencia no se logra solo eliminando palabras o expresiones arcaicas, término o aforismos en latín o un lenguaje enfático. Eso es lo fácil. Requiere también precisión, una estructura adecuada y el orden debido en la exposición de las razones que la justifican. Por eso es un elemento sustancial de la argumentación jurídica y, por tanto, de la motivación de la decisión judicial.

Resulta, por tanto, paradójico e inexplicable, que no se actúe con decisión para cambiar la situación actual cuando, por ejemplo, en España, el 84 % de las quejas en relación con la administración de justicia es que no se entiende a los jueces (CGPJ, 2008). De alguna manera, la inexcusabilidad de la *ignorancia* de la ley se ha convertido en inexcusabilidad de su *incomprensión*, cuando la única justificación de la primera es que la ley sea comprensible (Plaza Romero, 2024, p. 79). Incluso el principio *iura novit curia* (la presunción de conocimiento del Derecho por parte de los jueces) es sostenido y aplicado, aunque el lenguaje legislativo sea incomprensible y, por tanto, imposible de conocer (Ezquiaga, 2000). Tal vez la explicación de esta falta de atención y solución

⁷ Un ejemplo, resultado de la extraña sinceridad del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de México Arturo Zaldívar, lo ofrece la sentencia en la contradicción de tesis 293/2011:

“la mayoría de mis compañeros se pronunciaron a favor del criterio de que cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debería estar a lo que indica el texto constitucional.

En este escenario, entendí que era necesario hacer un esfuerzo por acercar mi posición a la de mis compañeros Ministros, con la intención de llegar a un punto de encuentro que nos condujera a establecer un criterio que consolidara la vigencia de un catálogo constitucional de derechos como parámetro de control de la regularidad de todas las leyes y actos jurídicos, y a la vez brindara certeza a los operadores jurídicos. Por esa razón, tomé la decisión de modificar el proyecto, pero sin desvirtuar el sentido de la propuesta original.

En esta línea, la nueva propuesta consistió en mantener el reconocimiento del rango constitucional de los derechos humanos, independientemente de que su fuente de reconocimiento fuera un tratado internacional, al tiempo que se introdujo una cláusula que establece que “cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”. **Por lo demás, con la finalidad de evitar desacuerdos adicionales, no se incorporó ninguna justificación o explicación de dicha cláusula, de tal manera que los cambios al proyecto fueron en realidad mínimos”.**

del problema reside en que el uso de ese lenguaje “técnico” es considerado algo natural, inevitable, que otorga precisión al discurso jurídico y del que, muy frecuentemente, se siente orgullo gremial.

Qué no va a ser objeto de análisis

Las cuestiones relacionadas con el lenguaje jurídico, incluso las que tienen que ver específicamente con su claridad, son muy numerosas e imposibles de abordar en este espacio. Por eso, antes de entrar de lleno en materia, se imponen algunos *descartes*, algunos aspectos que no van a ser objeto de estudio.

1. *Solo se va a tomar en consideración la argumentación interpretativa y no la factual*, es decir, la construida para justificar la valoración de la prueba de los hechos. Diré, sin embargo, que en el relato de los hechos basado en las pruebas practicadas el uso de un lenguaje oscuro es aún más injustificable que en la argumentación interpretativa, ya que el carácter técnico-jurídico de los conceptos y su imposible vulgarización no puede servir de excusa⁸.

2. *Solo se va a analizar el lenguaje judicial, el lenguaje de la sentencia, y no el legislativo*. También aquí dos aclaraciones. En primer lugar, por mucho que se mejore la calidad del lenguaje y la técnica legislativa, nunca podrán eliminarse las dudas y discrepancias interpretativas, ya que, por un lado, la textura abierta es una característica intrínseca de cualquier lenguaje no formalizado, y, por otro, porque aquéllas no tienen únicamente una causa lingüística. En segundo lugar, La claridad del lenguaje de la sentencia es un requisito todavía más importante que el del legislador, ya que, una de las funciones de la decisión judicial es, precisamente, determinar y resolver las indeterminaciones y oscuridades del discurso legislativo.

3. *No van a ser objeto de estudio las denominadas sentencias “en formato de lectura fácil”* (CGPJ, 2008; SCJN, 2022). En muchos sistemas judiciales del mundo han ido proliferando versiones simplificadas de las sentencias con un lenguaje adaptado para personas con dificultades de comprensión lectora. Sin despreciar en absoluto la importancia de este movimiento por la sensibilidad que muestra hacia esas personas con capacidades diferentes, esta práctica se queda en una especie de populismo judicial y representa una cierta hipocresía cuando olvida que la gran mayoría de la población (y, en ocasiones, incluso el mundo jurídico) también tiene dificultades para la comprensión del lenguaje de las decisiones judiciales. Además, la sentencia en formato de lectura fácil no sustituye a la tradicional, sino que existe porque esta se mantiene, con el riesgo de que la simplificación implique alterar los significados de la sentencia clásica: téngase en cuenta que la

⁸ “En la práctica constitucional, al menos en la española, mientras en el tratamiento de la cuestión de hecho se ha pecado por, a veces, escandaloso defecto; en el de la derecho ha sido bastante normal lo contrario, es decir, el exceso. Al extremo de que no es infrecuente que concurra una sobreadundancia de información legislativa perfectamente inútil (...)”. Lo mismo pasa con la jurisprudencia, “acumulada en ocasiones en las sentencias, meramente *ad pompan*, en absurdas exhibiciones de una banal erudición enciclopédica *de disco duro*” (Andrés, 2015, p. 282).

elaboración de la versión en formato de lectura fácil implica una interpretación del texto de la sentencia y la expresión de su significado en otro lenguaje diferente. Por otro lado, de lo que se trata es de simplificar la expresión por medio de un lenguaje más claro, no los contenidos ni la justificación. El lenguaje judicial claro es un instrumento para cumplir mejor el deber de motivación de la sentencia, no para hacerlo menos exigente.

4. *Se va a abordar el análisis de la cuestión desde una concepción pragmática de la argumentación.* Situando mi análisis en el marco de las concepciones de la argumentación elaborado por ATIENZA, mi perspectiva sería fundamentalmente la pragmática, es decir, la que “contempla la argumentación como un tipo de actividad lingüística” (Atienza, 2013, p. 111). Sin embargo, como él mismo advierte, esta concepción no es incompatible con la formal y la material, ya que “los criterios de corrección material presuponen los formales, esgrimir un argumento válido desde el punto de vista de la lógica tiene un gran valor retórico, etc.” (Atienza, 2013, p. 113). El asunto que se está analizando es buen ejemplo de esa interdependencia, ya que un lenguaje claro y preciso es necesario desde las tres dimensiones: el uso de un lenguaje adecuado, con la menor indeterminación posible, es requisito para expresar y comunicar el mensaje normativo (sea legislativo o judicial), lo que se quiere transmitir, y de ese modo persuadir (y, por lo tanto, justificar la decisión) de manera más eficaz.

En la magnífica y extensa obra de Manuel ATIENZA sobre la argumentación jurídica, no hay, salvo equivocación por mi parte, un estudio en el que se proceda al análisis específico del papel del lenguaje en ella, aunque, como acabamos de ver con la concepción pragmática, sí constantes referencias al mismo. Curiosamente, donde aparece con más frecuencia y de manera más explícita su opinión acerca del papel del lenguaje en la argumentación es en algunos de sus “decálogos”, por los que muestra un especial gusto (Atienza y Lozada, 2009; Atienza, 2006; Atienza 2011; y Atienza, 2016). Tal vez la explicación podamos encontrarla en el propio concepto de “decálogo” (“conjunto de normas o consejos que, aunque no sean diez, son básicos para el desarrollo de cualquier actividad”, según la Real Academia de la Lengua), y la idea de que considera el lenguaje un aspecto fundamental de la argumentación.

El principal problema de los decálogos es que, casi siempre, están expresados de manera muy sintética, sin que cada uno de los puntos sea demasiado desarrollado. A pesar de ellos, intentaré elaborar un decálogo (en realidad, un *decadecálogo* o *metadecálogo*, un “decálogo de decálogos”) que exprese la concepción de ATIENZA sobre la argumentación y el lenguaje, del que tomaré algunas ideas para ser desarrolladas en los siguientes apartados (Atienza, 2006, pp. 473-475; Atienza, 2007, pp. 79 y ss.; Atienza, 2011, pp. 199-201; Atienza, 2013, pp. 14, 50, 109, 152-154, 681):

1. Argumentar es siempre una acción relativa al lenguaje, a un lenguaje caracterizado por la necesidad de dar razones.

2. El lenguaje oscuro, evasivo y enfático es propio del formalismo.
3. La comprensión de la argumentación es requisito para evaluarla.
4. Un criterio de racionalidad básico de la argumentación es que sea comprensible.
5. La redacción, como última etapa de la argumentación, tiene una fuerte interrelación con las demás fases.
6. La escritura permite ver la fortaleza o debilidad de argumentos, provoca nuevas ideas, muestra si es sostenible una tesis...
7. Deben tenerse en cuenta los rasgos de legibilidad de un texto: estilo llano y eficaz, prevenir la ambigüedad y la vaguedad, párrafos organizados, orden en la frase, palabras adecuadas, puntuación correcta y evitar los errores gramaticales.
8. La claridad es lingüística, pero también precisión, orden y concisión.
9. Debe argumentarse pensando en una persona de cultura media: que le resulte comprensible, como una exigencia pragmática.
10. Cuidado con las falacias *in dictione*, dependientes del lenguaje.

Sobre esa base, desarrollaré mi propia idea sobre la relación necesaria entre la argumentación jurídica y el lenguaje con el que se expresa, en cuatro puntos: el impacto en el lenguaje jurídico del paso del juez formalista al juez argumentador; las causas de la falta de claridad del lenguaje jurídico; la función que desempeña esa oscuridad; y la importancia para la argumentación jurídica del lenguaje de la sentencia.

El impacto en el lenguaje jurídico del paso del juez formalista al juez argumentador

Como consecuencia del gran desarrollo de la argumentación estos últimos decenios y la proliferación de cursos, conferencias y libros sobre la materia, más en Latinoamérica que en Europa, en ocasiones se olvida para qué sirve la argumentación jurídica. Por eso es conveniente recordar que, al menos en el caso de los órganos de tipo jurisdiccional (incluyendo, por tanto, a los tribunales de control de constitucionalidad como la Corte de Constitucionalidad), es un instrumento para cumplir (mejor) el deber de motivación de las decisiones judiciales.

La Constitución de Guatemala, a diferencia de otras (art. 120.3 de la Constitución española; art. 16 de la Constitución de México; o art. 139.5 de la Constitución del Perú, por poner algunos ejemplos), no establece explícitamente el deber de motivación de las resoluciones judiciales. No obstante, esa es la evidente consecuencia de un buen número de preceptos constitucionales: la tutela

judicial efectiva⁹; para determinar si se ha cumplido con el deber constitucional de impartir justicia de conformidad con la Constitución y las leyes y de sujeción del juez a ellas (art. 203); como garantía del derecho al recurso y a que otro tribunal revise la decisión¹⁰; como garantía de la publicidad de los actos de la administración y del control de la función estatal¹¹; y, finalmente, como garantía del derecho de defensa¹². Sin embargo, en el plano legal son muchas las referencias al deber judicial de motivación:

- Es un deber de jueces y magistrados la administración de justicia “razonada” (art. 28 de la Ley de la Carrera Judicial).
- Para evaluar el desempeño profesional tomando en cuenta la motivación de los autos y sentencias (art. 32 de la Ley de la Carrera Judicial).
- Los autos y sentencias deben contener “una clara y precisa fundamentación de la decisión”, expresando los motivos de hecho y de derecho, de tal manera que toda resolución sin fundamentación “viola el derecho constitucional de defensa y de la acción penal” (art. 11 Bis del Código Procesal Penal).
- La sentencia contendrá “Los razonamientos que inducen al tribunal a condenar o absolver” (art. 389 del Código Procesal Penal).

⁹ “pues las partes intervinientes en la causa pueden conocer los motivos reales por los cuales su pretensión ha sido acogida o no, apreciar con plenitud qué circunstancias y elementos de hecho y de derecho ha tenido en cuenta el tribunal al juzgar el caso concreto, percibir si sus alegaciones han sido o no estimadas y advertir qué valor ha sido conferido a los distintos elementos de prueba propuestos [7 de marzo de 2007 (expediente 2628-2006): considerando II].

“El derecho a la tutela judicial comprende la obligación de los jueces o tribunales de emitir resoluciones fundamentadas” [13 de julio de 2011 (expediente 1719-2011), Considerando I].

¹⁰ “garantiza el derecho a recurrirlos, puesto que, sólo en virtud de ésta, el interesado estará en posibilidades de determinar contra qué criterios o conceptos debe dirigir su impugnación permitiendo al tribunal de alzada conocer el sustento fáctico y jurídico que prevaleció en la labor intelectual del a quo [7 de marzo de 2007 (expediente 2628-2006): considerando II].

¹¹ “mediante la fundamentación de sus resoluciones, los órganos jurisdiccionales hacen públicas las razones por las cuales fallan en determinado sentido, garantizando así la publicidad de los actos de la administración, como exige en su texto el artículo 30 constitucional, permitiendo con ello el control que los habitantes han de ejercer respecto de la función estatal, pues, en último término, es de aquéllos de quienes deviene la potestad -traducida en facultades y atribuciones- de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado, como se deduce del contenido de los artículos 141 y 152 de la Constitución Política de la República” [7 de marzo de 2007 (expediente 2628-2006): considerando II].

¹² “es evidente que resulta inútil garantizar a las partes el derecho de alegar, proponer pruebas, rebatir los alegatos y controlar la prueba de la contraparte, si el tribunal, al tomar su decisión, no valora ni atiende los argumentos y elementos de convicción aportados al proceso por aquéllas. En ese sentido, la única manera de determinar si efectivamente el tribunal ha tomado en cuenta tales cuestiones es mediante la fundamentación de su decisión, la que ha de ser formulada de manera que sea factible apreciar los motivos por los cuales aquél ha arribado a determinadas conclusiones sobre la base, precisamente, de los argumentos y pruebas incorporados al proceso [7 de marzo de 2007 (expediente 2628-2006): considerando II].

“la falta de una debida fundamentación al resolver una petición, transgrede los derechos de defensa” [13 de julio de 2011 (expediente 1719-2011), Considerando II].

- La falta de motivación o la motivación contradictoria habilitan la apelación especial (art. 394 del Código Procesal Penal).
- La motivación como principio de observancia en toda resolución (art. 29 de la Ley de amparo, exhibición personal y de constitucionalidad).

A pesar de ese amplio reconocimiento constitucional y legal, durante mucho tiempo ese deber de motivación de la decisión judicial se ha entendido en un sentido puramente formal, que casi se cumplía simplemente apelando a la (claridad) de la letra de la ley y a la jurisprudencia. Para esa concepción de la motivación el modelo judicial es el que el profesor Luis Aguiar de Luque denominó el “juez monje” (Aguiar, 2014, p. 345), representado en el protagonista de una novela corta escrita por Andrea Camilleri y titulada “El juez Surra”. Así lo sintetiza Luis Aguiar (2014, pp. 348-349):

“El autor sitúa su historia en la Sicilia del último tercio del siglo XIX recién estrenada la unidad italiana. Su protagonista, el Juez Surra (...), es un juez venido del norte, de la Italia rica, para presidir el órgano judicial más relevante de la isla pero absoluto desconocedor de la singular realidad social de Sicilia, una sociedad predominantemente rural, regida por valores tradicionales y caracterizada sobre todo por la existencia de una tupida trama de favores y lealtades, dirigida en la sombra por los miembros de la Cosa Nostra, cuyas conductas no siempre se caracterizan por moverse dentro de los márgenes que la ley permite, por decirlo suavemente.

El Juez Surra vive solo (su familia ha quedado en el norte), apenas conoce el dialecto que se habla en la región con la consecuencia de que no se entera de lo que le dicen ni de lo que de él se dice en su entorno, es ingenuo e ignora por completo los peligros que cotidianamente le acechan. Pero es precisamente este aislamiento del entorno social en el que vive lo que convierte al Juez Surra en el mejor aplicador de la ley, el juez más justo que Sicilia había conocido, lo que le permitirá salir triunfante de su combate contra las extorsiones que hasta entonces habían sido pacíficamente admitidas, logrando que en la vida de la ciudad (...) impere la primacía de la ley como regla por excelencia de convivencia”.

Un juez, como se ve, burocratizado, aparentemente sometido únicamente al imperio de la ley, ajeno a la realidad social y que entiende la independencia casi como un aislamiento físico del entorno. Para este modelo judicial la sentencia, propio del Estado absolutista, es un simple *acto de autoridad* que se justifica por sí misma como expresión del poder soberano, y el lenguaje de la misma ofrece poco interés; basta con que esté claro el fallo para que lo cumpla el destinatario.

Aunque en nuestros sistemas aún quedan algunos restos de esta concepción de la función judicial y de la sentencia (por ejemplo, las fórmulas de encabezamiento de la sentencia ubicando el origen de la autoridad del juez fuera de la jurisdicción –“en nombre de su majestad el Rey”, “en nombre del pueblo”, “por la autoridad que me confiere la Constitución”–; o el uso del verbo en primera persona en la parte dispositiva de la sentencia convirtiendo una sentencia impersonal en

un acto de autoridad del juez –“debo condenar y condeno”, “debo absolver”–), con el Estado liberal la sentencia se transforma en un *acto de aplicación* del Derecho y la motivación como un requisito para mostrar la vinculación del juez a la ley. Esa es la razón de que el interés de la motivación se centre en la *quaestio iuris*, en las cuestiones de Derecho, relegando la *quaestio facti*, las cuestiones de hecho, a la “íntima convicción” o a la “apreciación conjunta” de las pruebas. El modelo de juez es el de servidor público, dentro de la burocracia estatal, homogéneo políticamente gracias a la uniformidad de los valores que sostiene (y por lo tanto excluyente) y cuyas decisiones por ello son previsibles (dando certeza a la decisión judicial). Para esta concepción de la función judicial y de la sentencia el lenguaje de esta adquiere una nueva importancia e incorpora una serie de caracteres que aún perduran en nuestra cultura jurídica: lenguaje impersonal, lenguaje “técnico”, fruto de la “tradicción” que es reivindicada, estandarizado, ocultador de la complejidad, distorsionador de la sintaxis y la gramática, y plagado de arcaísmos, tecnicismos y latinismos.

Ese modelo liberal y burocratizado, generador del formalismo en la aplicación del Derecho, se encuentra de pronto con una serie de cambios que provocan la crisis de esa manera de entender la función judicial. El marco general de esa nueva situación es consecuencia de lo que Luigi Ferrajoli ha denominado “la dimensión constitucional” y social de nuestras democracias (Ferrajoli, 2013, pp. 61 y ss.; Ferrajoli, 1992; Ferrajoli, 2013; Cárcova, 1995); por ejemplo, alude a “la creciente demanda del sistema político, respecto de un mayor protagonismo judicial” y a “un notorio aumento de la *complejidad* social y, consecuentemente, de la extensión y variedad de los problemas que son sometidos a la decisión de los jueces”, entre los que menciona, por un lado, la mayor demanda de justicia por violación de derechos constitucionales en materia de trabajo, medio ambiente, protección del consumidor, nuevas tecnologías o bioética, por citar algunos, y, por otro, el control penal sobre los poderes públicos (Ferrajoli, 2013, p. 32). Más específicamente, habría que mencionar otras causas que inciden en esa crisis del modelo formalista, como la consideración de la Constitución como norma defendida por órganos jurisdiccionales de control de constitucionalidad, con instrumentos para los que el formalismo carece de respuesta como las sentencias interpretativas y la interpretación conforme; o las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos integradas en el bloque de constitucionalidad usado como parámetro del control de convencionalidad¹³.

Como consecuencia de esos cambios, la razón del deber de motivación de la sentencia cambia, ya que pasa de ser un instrumento para controlar la sujeción del juez a la Constitución y a la ley, a ser también el medio que permite el control del ejercicio de un poder que proviene del pueblo (art. 152 de la Constitución de Guatemala), que es de donde obtiene su legitimidad. Para esta concepción de la motivación su función extraprocesal¹⁴ y, por consiguiente, el lenguaje en el

¹³ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ (2015, p. 403) lo ha definido como “la patente inadecuación de la envoltura (nunca exclusivamente) formal de las actuaciones judiciales al modelo constitucional que se supone de referencia”.

¹⁴ “A la función *endoprocesal* tradicional, según la cual la motivación de la sentencia está encaminada a facilitar la impugnación y el juicio sobre la impugnación, se ha añadido una función *extraprocesal*: la motivación representa, de

que está expresada asume un papel protagonista. La sentencia pasa de ser, primero, un acto de autoridad y, después, un acto de aplicación, a ser un *acto de explicación* del Derecho propio de la actual sociedad deliberativa (Gómez Martínez, 2015, pp. 18 y ss.). Por medio de la sentencia el juez interviene en el debate público (Habermas, 2006, p. 131), por lo que el poder que representa debe ser explicado y justificado, y su decisión objeto de debate (y de crítica) puesto que conforma la opinión pública. Ello conlleva, por ejemplo, la exigencia de que también sea objeto de motivación la prueba de los hechos o la ponderación de los principios en los casos difíciles. En definitiva, al aparecer como destinatarios de la sentencia no solo las partes del proceso sino también la ciudadanía en general, su lenguaje debe igualmente cambiar para ser comprensible por el ciudadano medio.

Pues bien, este cambio de paradigma en la manera de entender la motivación de la sentencia exige un cambio en el lenguaje judicial. En el magnífico libro de Eduardo García de Enterría *La lengua de los derechos* (2001, pp. 28 y ss.) analiza con mucha lucidez el cambio lingüístico que acompañó a la Revolución francesa, hasta el punto de recordar que René Balibar la consideró una “revolución lingüística”.

Esa revolución lingüística en el ámbito judicial solo puede llevarla a cabo un nuevo modelo de juez, algunas de cuyas principales cualidades serían las siguientes¹⁵:

1. Consciencia de que desempeña un poder, un gran poder y, además, como lo denominó Montesquieu, un poder terrible que las garantías limitan, pero nunca completamente (Montesquieu, 1906, XI-4). Como señala Ferrajoli, por eso será más legítimo cuanto más limitado (Ferrajoli, 2013, p. 9). El Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez se atreve incluso a señalar que el juez debe tener una permanente “mala conciencia”, que le debe llevar al autocontrol en el ejercicio de ese poder para que no se convierta en ilegítimo (2015, p. 366).
2. Reconocimiento y aceptación de que es un individuo, una persona, por tanto, cultural, social, religiosa y políticamente condicionado, y que las opciones morales inevitablemente están presentes en alguna medida en su decisión, por lo que debe actuar con la máxima honestidad intelectual presentándolas como tales y justificándolas, sin disfrazarlas de opciones técnicas y neutras.
3. Habitado a vivir en la duda, en la relatividad, en el espacio de los grises: la verdad procesal siempre es incierta y la posibilidad de error permanente, por lo que siempre debe estar

hecho, la garantía de control del ejercicio del poder judicial fuera del contexto procesal, por lo tanto, por parte del *quibus de populo* y de la opinión pública en general. Esto se deriva de una concepción democrática del poder, según la cual su ejercicio debe ser controlable siempre desde el exterior” (Taruffo, 2009, p. 38).

¹⁵ Reconstruyendo libremente algunas ideas al respecto de Luigi Ferrajoli (2013), François Ost (1993) y Perfecto Andrés Ibáñez (2015).

abierto a escuchar y atender las razones en sentido opuesto, empleando como armas para la decisión el pluralismo, la flexibilidad, los matices, la graduación, el relativismo.

4. Toma siempre en cuenta de la singularidad del caso concreto para darle una respuesta adecuada, sin forzarlo para que encaje en categorías generales o en machotes preelaborados, y siempre con un exquisito respeto de la igualdad.
5. Escrupulosa consideración hacia las partes, con absoluta reserva acerca de los datos y hechos conocidos a lo largo del proceso, y con una moderada y prudente relación con los medios de comunicación.
6. Acérrima defensa de su ámbito constitucional de independencia, evitando las amistades “peligrosas”, y rechazando cualquier posibilidad de sospecha acerca de la instrumentalización política de la jurisdicción, o de provecho propio o de terceros de la decisión.

Pues bien, se ha avanzado mucho en la calidad de la motivación de la sentencia, tanto de la valoración de los hechos como de la interpretación del Derecho, pero mucho menos en la calidad del lenguaje utilizado, por lo que sigue muy vigente la queja de la magistrada Manuela Carmena “cómo vamos a pretender que nos obedezcan si no nos comprenden”.

Causas de la falta de claridad de la sentencia

Obviamente, la falta de claridad en el lenguaje judicial tiene unas causas y su mantenimiento una explicación por la función que desempeña. A eso van a dedicarse los dos próximos apartados.

Aunque la claridad en la expresión suela ser considerada un objetivo deseable en la mayoría de los actos de comunicación, hay contextos en los que, por diferentes motivos, la oscuridad es buscada. Habría que citar aquí, por ejemplo, algunos estilos literarios que, como el de Góngora (2000), hace gala precisamente de una expresión especialmente difícil de comprender:

“Demás que honra me ha causado hacerme oscuro a los ignorantes, que esa es la distinción de los hombres doctos, hablar de manera que a ellos les parezca griego, pues no se han de dar piedras preciosas a los animales de cerda”.

Pues bien, algo de esto sucede en el Derecho y, específicamente, en el lenguaje judicial, en el que el uso de un estilo oscuro, difícil de entender y solo accesible para los iniciados no es un resultado inevitable de su carácter técnico y especializado, sino un objetivo conscientemente perseguido. Las causas de ese fenómeno son múltiples y variadas, pero me fijaré en cuatro.

1. *El gran peso que la tradición sigue teniendo en el Derecho.* La formación en las Facultades de Derecho es, la mayoría de las veces, reproductora de los saberes tradicionales, raramente cuestionadora de los mismos y solo excepcionalmente vanguardia en la formulación de nuevas perspectivas y conocimientos. Como consecuencia de ello, el lenguaje empleado, no solo se ha formado a lo largo de varios cientos de años, sino que ese pedigrí es considerado un valor a conservar.
2. *El sistema de reclutamiento y formación judicial.* Como consecuencia de la actividad profesional en el organismo judicial antes de la incorporación como juez la ponencia a la que alguien ha sido adscrito se convierte en su verdadera escuela judicial, de tal modo que la formación se sustenta en buena medida en la imitación. Si a ello se añade que los sistemas de acceso, sea el de oposición o el de concurso, valoran sobre todo el manejo (también en el plano lingüístico) del Derecho *ya existente*, y el conocimiento de la jurisprudencia, se entenderá que los cambios, también sustantivos, pero sobre todo de estilo, estructura y expresión, se producen muy lentamente. Cabría esperar que los jueces jóvenes que acceden al organismo judicial se convirtieran en motores de esas transformaciones, pero, además de los elementos ahora señalados, la propia inseguridad intrínseca a la inexperiencia hace que se aferren muchas veces a lo aprendido, incluido el lenguaje, sin atreverse a ir implantando nuevas formas de ejercicio de la función jurisdiccional.
3. *La pretensión de que trabajar con el Derecho es aplicar un método científico: el método jurídico.* Esa idea está detrás del manejo de un lenguaje artificialmente oscuro, que se considera de imposible vulgarización por su carácter especializado; esa falsa postura que considera que lo intelectualmente elevado debe ser comprendido con esfuerzo.
4. *La causa de la oscuridad del lenguaje jurídico no está en el inevitable empleo de términos técnicos.* Existen muchos ámbitos del saber en los que la terminología propia es mucho más extensa y desarrollada que en el Derecho. Pensemos en la medicina o, en general, en las ciencias duras, donde, a pesar de ser conocimientos muchos más especializados, son capaces de explicar con términos comunes lo que entre colegas se expresa con un lenguaje mucho más técnico: un buen médico o un buen científico son capaces de explicar con palabras vulgares un diagnóstico o un acontecimiento de la naturaleza. El problema del Derecho es que el fenómeno es el inverso: la sentencia muchas veces es una traducción (complejizada) al lenguaje jurídico de algo que podría decirse mucho más fácilmente. En ocasiones se invoca como justificación del uso del lenguaje técnico-jurídico la precisión que proporciona, olvidando que, muy frecuentemente, los conceptos varían con las escuelas y las modas en cada momento histórico, y que siempre es una fuente de indeterminación la coexistencia en el Derecho

de los términos jurídicamente tecnicados, con esos mismos términos en su significado vulgar.

Función del lenguaje oscuro en la sentencia

Estos últimos años, muchas veces de forma paralela a otras medidas democratizadoras y de profundización del estado de Derecho, se ha avanzado mucho en un mejor uso del lenguaje legislativo y del ejecutivo (tanto en el ejercicio de la potestad reglamentaria, como en el lenguaje administrativo), por medio de guías, protocolos o manuales de técnica legislativa que, a pesar de ser normalmente solo recomendaciones que no afectan a la validez normativa, van poco a poco mejorando la calidad expresiva de los textos normativos. Sin embargo, esos (todavía ligeros) cambios han llegado de una manera mucho más tenue al lenguaje judicial. Desde luego que esa lentitud en la transformación del modo de expresión de la sentencia no es casual o fruto de la dejadez o la torpeza, sino que desempeña importantes funciones, a veces no explicitadas, en el modo de entender la función jurisdiccional. Señalaré algunas.

1. Ser una vía de aceptación entre el grupo de iniciados:

En el ámbito judicial, como en otros muchos, el lenguaje no es solo un instrumento de comunicación, sino que adquiere un fuerte valor simbólico. En el Derecho en general, pero de manera muy específica en el contexto judicial (incluyendo a los jueces, pero también a litigantes, fiscales, notarios, forenses, peritos y otros profesionales que intervienen en la aplicación judicial del Derecho) se da ese fenómeno de una manera muy marcada. Montolío (2012, pp. 67-68) llama a ese colectivo una “comunidad de práctica”, que no solo exige para aceptar a los nuevos integrantes destreza en la jerga forense, sino que la fortalece por medio de la retroalimentación entre sus miembros: los abogados litigantes y fiscales se excusan en el lenguaje judicial para emplearlo, y los jueces en el de los otros actores procesales.

Andrés Ibáñez (2015, p. 396) recuerda cómo ya Ihering advirtió de la relación mágica y fetichista de la jurisprudencia con la palabra expresándolo así:

el lenguaje judicial, al convertirse en jerga, con frecuencia impenetrable, deja de ser un instrumento eficaz de comunicación de contenidos, se autonomiza y se separa de este fin primordial para alzarse como barrera y obstáculo a la recíproca comprensión de los que necesitan y tendrían que entenderse. (Andrés, 2015, p. 394)

Finalmente, el periodista Alex Grijelmo (2023), comentando expresiones como “traer causa”, que frecuentemente es empleada en el preámbulo de las leyes, indica:

Se acude a esas expresiones cuando se pretende encampanarse para marcar su pertenencia profesional, o para que el pueblo al que van dirigidas las leyes se empequeñezca ante unos términos que le suenan tan ajenos.

2. Favorecer la aplicación de la inexcusabilidad de la ignorancia:

La implacable regla de que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, presente en todos los sistemas jurídicos contemporáneos de nuestra cultura jurídica (por ejemplo, en el art. 3 de la Ley del Organismo Judicial) adquiere una nueva versión como consecuencia del lenguaje empleado en la sentencia: *la incomprensión de la ley no excusa de su cumplimiento* (Ezquiaga, 2000). Este corolario del tradicional principio de la inexcusabilidad de la ignorancia es el que permite lograr una aplicación del Derecho más eficaz y unidireccional; y trasladar toda la responsabilidad al justiciable, pero sacrificando principios importantes del funcionamiento de un poder judicial democrático.

3. Permite presentar al órgano judicial fundamentalmente como un poder, la función jurisdiccional como un ejercicio de autoridad y al justiciable como un súbdito:

El uso de un lenguaje elevado, plagado de formalismos, frases hechas, expresiones en latín y arcaicas, cultismos innecesarios, con párrafos y frases largas, en el que abundan los gerundios y el futuro de subjuntivo, separa (por elevación) al organismo judicial del resto de la ciudadanía: unos (los que saben, los que incluso conocen las claves de la justicia) mandan, y los demás obedecen, aunque no comprendan lo ordenado. El lenguaje se convierte así, del mismo modo que otros muchos símbolos de la administración de justicia (como los espacios solemnes y recargados; las togas, birretes y pelucas; su representación como mujer ciega con balanza y espada, los crucifijos o los malletes) (Andrés, 2015, pp. 381 y ss.) en un elemento más de aislamiento de un poder judicial amenazante y alejado de los ciudadanos.

4. Dificulta (y a veces impide) el control social del ejercicio de la función jurisdiccional:

La manera de entender la relación del juez con el justiciable que acaba de ser expuesta en el punto anterior, refleja un modelo judicial autoritario y burocrático, incompatible con los rasgos de un poder judicial democrático propio de un estado de Derecho, en el que debe primar el carácter del juez como servidor público que, ejerce desde luego un poder, pero consciente de que el mismo proviene del pueblo (art. 152 de la Constitución de Guatemala), de que es una delegación de la soberanía popular (art. 141 de la Constitución de Guatemala), de cuyo ejercicio debe dar cuenta a los ciudadanos por medio de sentencias claras, que sean entendibles por ellos para posibilitar el control social de las mismas y ser así un ejercicio legítimo y legitimado del poder delegado (Ezquiaga, 2012, pp. 25 y ss.).

Una decisión con una redacción oscura y un lenguaje arcaico y difícil de entender es radicalmente antidemocrática o, al menos, incompatible con un poder judicial propio de un Estado

democrático de Derecho. Debe tenerse presente que el tipo de lenguaje empleado selecciona a los destinatarios, al auditorio al que se habla, al que va dirigido. Una expresión excesivamente técnica, innecesariamente oscura, solo permite, en el mejor de los casos (y, a veces, ni eso) un control de la decisión judicial *burocrático*, interno al sistema judicial, realizada por pares. Una sentencia clara permite ese control social consecuencia del origen del poder en nombre del cual se dicta, y que le da su legitimidad¹⁶.

Es cierto, en relación con esta cuestión, que el destinatario de la decisión judicial es plural y diverso: el justiciable, el ciudadano (en ambos casos y en la mayoría de los casos sin formación jurídica), los abogados de las partes (incluidos los fiscales del Ministerio Público) y los magistrados que eventualmente deben resolver los recursos presentados a la misma (incluido el recurso de amparo ante la Corte de Constitucionalidad). No es sencillo, desde luego, acertar con un lenguaje y estilo de sentencia que pueda tener en cuenta a todos ellos, pero seguramente la solución debe ir en sentido contrario a la actual. En lugar de sacrificar la comprensibilidad del ciudadano lego en Derecho en favor del lenguaje (presuntamente) especializado, debería optarse por un lenguaje sencillo, accesible al ciudadano con una formación media, con las tecnicismos imprescindibles para no perder precisión jurídica (que, además, en la mayoría de los casos podrán ser definidas o explicadas). De cualquier modo, como ya se ha indicado más arriba, el problema de las dificultades de comprensión de la decisión judicial no reside en el (inevitable) uso de términos técnico-jurídicos que, como se acaba de decir, pueden ser definidos y son una parte mínima del lenguaje judicial. La causa principal de la incomprensión es la parte no técnica de la sentencia, cuando se usa el lenguaje común, que es la mayor parte del texto. Es ese mal uso del habla común, sin respeto de las reglas y usos del lenguaje hablado por el ciudadano medio en un espacio y tiempo concreto, complicando innecesaria y artificialmente lo que podría decirse de otro modo, lo que hace oscura la decisión judicial.

Cuando, como sucede con los órganos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, aunque no solo en ellos, la decisión posee muchas veces un impacto político y sus destinatarios son, en consecuencia, los actores políticos, el acierto en el uso del lenguaje se convierte, por un lado, en más difícil, pero, por otro, en más necesario, debido a la lectura interesada que, desde las diferentes posiciones, va a hacerse de la decisión, factor que complica aún más la comunicación.

5. El lenguaje oscuro se convierte en un “diafragma semántico” que permite ocultar o evadir las razones reales de la decisión:

Cuando el lenguaje de la sentencia es oscuro se convierte en lo que Taruffo denominó un *diafragma semántico*, una pantalla o velo que facilita que no sean transparentes las razones reales

¹⁶ Ideas plasmadas en el Art. 18 del Código Iberoamericano de Ética Judicial: “La obligación de motivar las decisiones se orienta a asegurar la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales”.

de la decisión, los motivos que la justifican, o dando la apariencia de que la sentencia está sustentada en razones que la justifican sin que sea así (2006, p. 73).

Estas dos últimas funciones detectadas en el uso de un lenguaje no claro en la decisión judicial (impedir el control social y esconder las razones de la decisión) no son cuestiones de estilo o de consideración con el justiciable, sino que inciden de lleno en el núcleo de la argumentación jurídica y dan lugar a motivaciones que no satisfacen los requerimientos de una sentencia democrática.

El lenguaje claro como parte de los requisitos de la argumentación judicial

En los apartados anteriores se ha intentado mostrar que la justificación del empleo en la decisión judicial de un lenguaje accesible para el ciudadano de cultura media no está solo en obvias razones de una comunicación eficaz. Están implicados aspectos estructurales de funcionamiento de un poder judicial propio de un Estado democrático de Derecho: la motivación clara, concisa y bien estructurada otorga su legitimidad al organismo judicial, permite cumplir con la interdicción de la arbitrariedad y facilita el control de la decisión, tanto el *endoprocesal* (por parte del Tribunal revisor del eventual recurso contra la misma), como el *extraprocesal* (por parte de la ciudadanía, la academia y los medios de comunicación) (Taruffo, 2009, p. 38).

Cuando se aborda la necesidad de un lenguaje jurídico claro suelen invocarse otros principios que la justifican, como la seguridad jurídica, la certeza o el acceso a la justicia, que implican, desde mi punto de vista, una excesiva confianza en que mejorando el lenguaje legislativo y judicial se elimina la indeterminación en el Derecho. Es preciso advertir de inmediato de que esta acompaña a cualquier lenguaje no formalizado, que las causas de la indeterminación no solo son lingüísticas (como la vaguedad y la ambigüedad), sino también sistémicas (como las antinomias o las redundancias) y funcionales (como la alternativa entre la voluntad del legislador y la realidad social) (Wróblewski, 1985, pp. 37-46), y de que hay otras fuentes de indeterminación dependientes del sentimiento de justicia del juez y de las concepciones dogmáticas que maneje (Guastini, 2012, p. 40 y ss.). Por tanto, propugnar un lenguaje claro no es en absoluto buscar un modo de eliminar la indeterminación legislativa o judicial, sino, en el caso que estamos analizando, transmitir más nítidamente el sentido de la decisión.

En definitiva, la claridad, entendida en un sentido amplio incorporando un lenguaje claro y preciso, una estructura y un orden adecuados, y una dimensión proporcionada al problema resuelto, es un elemento fundamental de la argumentación judicial (y jurídica, en general) que debería ser incorporado de una manera más sistemática y estructural a la teoría de la argumentación.

Realizar esa tarea sobrepasa ampliamente los fines de este estudio, pero podrían aportarse las siguientes ideas como punto de partida:

1. *La sentencia resuelve conflictos, pero es también un acto de comunicación* y muchas de ellas (sobre todo las de los principales tribunales) tienen una función simbólica, ejemplar y didáctica, para otros órganos jurisdiccionales, para el mundo jurídico en general e, incluso, para la ciudadanía. No solo deben resolver conforme al Derecho *en abstracto*, sino también explicar el Derecho *en concreto*.
2. *La claridad en la expresión no es una cuestión de estilo*, sino un requisito para que la argumentación sea persuasiva y cumpla con el deber constitucional de motivación de la sentencia.
3. *El lenguaje de la sentencia es “cerrado”*, no puede discutirse ni someterse a debate (salvo el académico), y con posibilidades muy limitadas de solicitar aclaración de su sentido, por lo que la claridad del lenguaje judicial es aún más importante que la del legislador, ya que su función debería ser concretizar el sentido de los enunciados legislativos. En aquéllos sistemas judiciales en los que está establecida la jurisprudencia vinculante en forma de *tesis* (como en México) o de *súmulas* (como en Brasil) la importancia de la claridad en la formulación de los criterios obligatorios es aún mayor.
4. *La necesidad de expresar con claridad las razones que avalan una decisión mejora la calidad de la argumentación y de la motivación en general*. El hecho de tener que exponer de manera comprensible la justificación de los diferentes aspectos decididos en la sentencia se convierte en un límite frente a opciones, por ejemplo, interpretativas, que no pueden ser adecuadamente motivadas (Ezquiaga, 2014). Lo que no pueda ser justificado (claramente) con buenas razones no debe formar válidamente parte de la motivación.
5. *La falta de claridad de la decisión (de su lenguaje y de su estructura) debería ser considerada una causa de revocación o de inconstitucionalidad* por insuficiente motivación de la sentencia, y constituir base suficiente para otorgar, por ejemplo, el amparo. Poco a poco los tribunales constitucionales van dando pasos en esa dirección, pero, más que como una exigencia de la motivación de la decisión judicial, en relación al lenguaje legislativo, como causa de invalidez de los enunciados normativos¹⁷.

¹⁷ Por ejemplo, con la sentencia Köbler del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que para establecer cuándo se produce una infracción manifiesta del Derecho de la Unión Europea que justifique la presentación o no de una cuestión prejudicial, el juez nacional debe tener presente “el grado de claridad y precisión de la norma”. En España ese control por parte del Tribunal Constitucional lo ha basado en los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, que “exigen que la norma sea clara para que los ciudadanos sepan a qué atenerse ante la misma” (STC 150/1990, de 4 de octubre, f.j. 8), pero advirtiendo que no es un juez de la calidad técnica de las leyes. La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha establecido también que “la autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar leyes con expresiones y conceptos claros, precisos y exactos” (Sentencia 1060/2013, en amparo directo en revisión 2543/2020. Los tribunales franceses invocan para exigirlo el principio de igualdad ante la ley y los alemanes el principio del estado de Derecho del que se deduce un mandato de certeza en la

Conclusiones y recomendaciones

Sería imposible en este momento realizar un elenco de los *principales defectos de expresión de la sentencia* en nuestra cultura jurídica, ni de la manera de corregirlos, pero me atreveré a realizar una síntesis¹⁸:

1. Uso de términos solo conocidos por los juristas y que no han sido incorporados al lenguaje común.
2. Uso de términos y expresiones de uso común pero que en el lenguaje jurídico adquieren un nuevo significado.
3. Empleo de términos anacrónicos y sobreabundancia del latín jurídico.
4. Giros retóricos innecesarios y obsoletos.
5. Expresiones oscuras y redundantes.
6. Redacción barroca.
7. Lenguaje arcaico:
8. Distorsión de la sintaxis y la gramática: ausencia de puntos y aparte, oraciones subordinadas, gerundios, o tiempos verbales en desuso.
9. Lenguaje sobrecargado y apelmazado.

Para terminar, realizaré algunas *sugerencias argumentativas basadas en la claridad del lenguaje y estructura de la sentencia* que considero elementos importantes para una adecuada motivación de la decisión judicial:

1. El argumento ha de ser explícito, claro y en lenguaje inteligible.
2. El estilo no debe sobreponerse a la claridad: cuidado con los sinónimos para mejorar la redacción que puedan ser tomados como conceptos diferentes. Como advirtió Azorín (1957 p. 47): “más vale ser censurado por un gramático que no ser entendido”.
3. Diferenciar cuidadosamente los argumentos de las conclusiones que justifican.

ley. Finalmente, la *Corte Costituzionale* italiana, en su sentencia 110/2023 estableció que una ley radicalmente oscura es incompatible con la Constitución: “una norma radicalmente oscura vincula de manera solo aparente al poder administrativo y judicial, violando el principio de legalidad y de separación de poderes; y crea inevitablemente las condiciones para una aplicación desigual de la ley, violando el principio de igualdad de trato que constituye el corazón de la garantía consagrada en el artículo 3 de la Constitución”.

¹⁸ Coinciden en los principales defectos del lenguaje jurídico y, específicamente judicial, Bayo (2000, pp. 35-76), Montolío (2002, pp. 79 y ss.), Muñoz Machado (2017, pp. 4 y ss.), Prieto (1991, pp. 152 y ss.), Andrés (2015, pp. 397 y ss.), Cazorla (2007, pp. 26 y ss.), Carretero y Fuentes (2019, pp. 8 y ss.), y Ordoñez (2002, pp. 150 y ss.).

4. Separar los argumentos principales de los auxiliares y negativos.
5. Emplear los recursos tipográficos de los procesadores de texto (no subrayar, sino usar la cursiva o la negrita) y las marcas metalingüísticas (listas numeradas en líneas separadas).
6. Tener claros y explicitar los elementos que componen un argumento (Toulmin, 2003, p. 130).
7. Mantener permanentemente clara la distinción entre el texto objeto de interpretación promulgado por el legislador (la disposición normativa), de su significado como resultado de la interpretación decidido por el juez (la norma jurídica).

En conclusión, he intentado mostrar que el deber de motivación solo puede cumplirse de manera adecuada con una argumentación clara tanto en su expresión lingüística como en su estructura. Por ese motivo, los órganos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad deberían tener en cuenta este aspecto de manera más decidida para anular sentencias con una motivación oscura y desordenada.

Asimismo, he planteado que el lenguaje judicial claro no es una cuestión de estilo o de deferencia con los destinatarios de la sentencia, sino un requisito de una adecuada argumentación. Pienso, por todo ello, que el modelo judicial propio del Estado democrático, abandonando el formalismo y la burocracia y propiciando el juez argumentador, requiere también de un cambio en el lenguaje de la sentencia. De lo contrario estaremos admitiendo lo que Jacques Derrida (1992, p. 143) denominó la *violencia del lenguaje* sobre la persona juzgada:

Es injusto juzgar a alguien que no comprende la lengua en la que la ley está escrita o en la que la sentencia es pronunciada. Podríamos multiplicar los ejemplos dramáticos de situaciones de violencia donde se juzga en un idioma que la persona o el grupo de personas juzgadas no comprenden muy bien o quizás no comprenden en absoluto.

Si he logrado ser convincente en mi exposición, la gran pregunta es por qué cuesta tanto acometer esos cambios en nuestros sistemas judiciales. La razón creo que, sencillamente, está en que escribir claro no es sencillo y en nuestra formación jurídica no hemos aprendido a hacerlo. Desde luego, es mucho más difícil expresarse con claridad y de manera ordenada y sintética, ya que hay que tener claro lo que se quiere decir, hay que planificar la estructura y el orden del texto antes de comenzar a redactar, hay que expresarse bien y hay que adaptar la forma de expresión a los destinatarios.

Ya en el Quijote el Maese Pedro advertía a su ayudante o trujamán: “llaneza, muchacho, no te encumbres que toda afectación es mala” (Cervantes, 1605, segunda parte, cap. XXVI).

Termino ya con una referencia al recientemente fallecido escritor Paul Auster (2024). En una entrevista recordaba a su amigo Edmon Jabès para quien el ideal de cualquier escritor es la subversión, cambiar la manera de mirar la vida, y el medio más potente para lograrlo es la claridad: puedes ser un poeta de vanguardia, destruir la sintaxis, destruir la gramática y lanzar las palabras sobre la página como un acto revolucionario. Pero eso no tiene ningún efecto sobre nadie en el mundo. Pero piensa en Kafka. ¿Quién escribe de manera más clara que Kafka? Y sin embargo, él nos desorienta siempre. Es el poder de la claridad.

Trasladando esas ideas al Derecho, debemos tomar en cuenta que las normas jurídicas y las decisiones judiciales no son solo instrumentos de control social, sino que desempeñan también una función promocional como instrumentos de transformación hacia una sociedad más justa e igualitaria. Para lograrlo la colaboración e implicación del organismo judicial es fundamental, pero la de la Corte de Constitucionalidad es imprescindible. Para actuar como agente activo para la transformación social, para construir una sociedad más justa y para construir en definitiva una democracia de mejor calidad, la claridad de sus decisiones es un requisito básico de transparencia, de rendición de cuentas y de control popular.

Reitero que la claridad de la motivación de la sentencia, por medio de una adecuada argumentación, es una condición ineludible, tanto para quien acude a la Corte de Constitucionalidad, porque de otro modo no obtendría una tutela judicial efectiva, como para la ciudadanía en general y su consideración sobre la posición institucional de la Corte.

He pretendido justificar, con todo este estudio, que una sentencia clara y bien estructurada es un requisito de la argumentación jurídica, pero, lo que es más importante, un medio para reforzar la confianza en el organismo judicial y en la Corte de Constitucionalidad. En definitiva, una vía para consolidar y mejorar nuestras democracias.

Quizás con un punto de exageración literaria, Albert Camus dijo en *La peste* (2010, p. 237) que “he llegado a comprender que todas las desgracias de los hombres provienen de no hablar claro. Entonces he tomado el partido de hablar y obrar claramente, para ponerme en buen camino”. No me atrevo a afirmar lo mismo en relación a los jueces. Me conformo con haber hablado claro en mi exposición para ponerme en el buen camino.

Referencias

AGUIAR DE LUQUE, L. (2014). ¿Puede el juez ser partícipe de los procesos de cambio social? Del juez monje al juez constitucionalmente comprometido. En L. Burgorgue-Larsen, A. Maués y B. Sánchez Mojica (coords.), *Derechos humanos y políticas públicas. Manual*. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

- ALEXYS, R. (1997). *Teoría de la argumentación jurídica* (Trad. de M. Atienza e I. Espejo). Madrid: CEC.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2005). *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM.
- ATIENZA, M. (2006). Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador. En *Doxa* (29), pp. 473-475.
- ATIENZA, M. (2007). *El Derecho como argumentación* (2ª ed.). Barcelona: Arien.
- ATIENZA, M. (2011). Cómo desenmascarar a un formalista. En *Isonomía* (34), pp. 199-201.
- ATIENZA, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- ATIENZA, M. (2016). *La guerra de las falacias*. Lima: Grijley.
- ATIENZA, M. y LOZADA PRADO, A. (2009). *Cómo analizar una argumentación jurídica*. Quito: Cevallos.
- AUSTER, P. (2024). Entrevista en La Grande Librairie, 1 de mayo de 2024. En *France TV*.
- AZORÍN (1957). Estilo oscuro, pensamiento oscuro. En *Un pueblecito. Riofrío de Ávila*. Madrid: Espasa Calpe.
- BAYO DELGADO, J. (2000). El lenguaje forense: estructura y estilo. En *Estudios de Derecho Judicial. Lenguaje forense* (32), pp. 35-76.
- CAMUS, A. (2010). *La peste* (Trad. R. Chacel). Barcelona: Edhasa.
- CÁRCOVA, C.M. (1995). Los jueces en la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenéutica controlada. En *Jueces para la democracia* (24), pp. 32-37.
- CARRETERO GONZÁLEZ, L.M. y FUENTES GÓMEZ, J.C. (2019). La claridad del lenguaje jurídico. En *Revista del Ministerio Fiscal* (8).
- CAZORLA PRIETO, L.M. (2007). *El lenguaje jurídico actual*. Zizur Menor: Aranzadi.
- CERVANTES SAAVEDRA, M. de (1605). *El ingenioso hidalgo Don Quixote de la Mancha*. Madrid: Juan de la Cuesta. Disponible en <https://cvc.cervantes.es/literatura/clasicos/quijote/edicion/parte1/portada/default.htm>
- CGPJ (2008). *Décimo barómetro del CGPJ. Encuesta a población general sobre la Administración de Justicia*. En <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del->

[Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Encuestas/Encuestas-a-la-Poblacion/X-Barometro--Encuesta-a-poblacion-general-sobre-Administracion-de-Justicia.](#)

- CGPJ (2020). Sentencias de lectura fácil. Disponible en https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fe1dc432ea0/?vgnextoid=56797c88264f5710VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnnextlocale=es_ES.
- DERRIDA, J. (1992). Fuerza de ley: el “fundamento místico de la autoridad”. En *Doxa* (11), pp. 129-191.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2000). *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2012). El deber de fundar y motivar la decisión judicial como instrumento para la rendición de cuentas a los ciudadanos. En AA.VV., *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II Congreso Internacional de argumentación jurídica*, México D.F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 25-43.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2013). Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales. En Joel Reyes e Iván Castillo, coords., *5 años de Jornadas Académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, Morelia: TEEM, pp. 18-47.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2014). La argumentación jurídica en la toma de decisión. En *Revista Vasca de Administración Pública* (99-100), pp. 1309-1330.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2016). Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas. En *Revista Iberoamericana de Argumentación* (13).
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2020). Argumentación y derechos: las cláusulas constitucionales de adecuación al Derecho internacional. En F. J. Ansuátegui Roig (Ed.) *Argumentación y constitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 93-138.
- EZQUIAGA GANUZAS, F.J. (2022). Los límites de la interpretación conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos. En *Revista Garantismo y Derechos Humanos* (11), pp. 57-80.
- FERRAJOLI, L. (1992). El Derecho como sistema de garantías. En *Jueces para la democracia* (16/17), pp. 61-69.
- FERRAJOLI, L. (2013). Nueve máximas de deontología judicial. En *Jueces para la democracia* (77), pp. 7-13.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2001). *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (2ª ed.). Madrid: Civitas.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C. (2015). El difícil lenguaje de las sentencias. En *Jueces para la democracia* (84), pp. 9-24.
- GÓNGORA, L. de (2000). *Obras completas* (ed. de Antonio Carreira). Vol. 2. Madrid: Fundación José Antonio de Castro (Epistolario de Góngora: Respuesta de don Luis de Góngora a la Carta que le escribieron en razón de las soledades) [disponible en https://obvil.sorbonne-universite.fr/corpus/gongora/gongora_epistolario].
- GRIJELMO, A. (2023). Traer causa. En *El País*. 21 de mayo de 2023.
- GUASTINI, R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán : Giuffré.
- GUASTINI, R. (2012). El escepticismo ante las reglas replanteado. En *Discusiones* (11), pp. 27-57.
- HABERMAS, J. (2006). *Entre naturalismo y religión* (Trad. de P. Fabra, D. Gamper, F.J. Gil Martín, J.L. López de Lizaga, P. Madrigal y J.C. Velasco). Barcelona, Paidós Básica 2006.
- MONTOLÍO DURÁN, E. (2012). La situación del discurso jurídico escrito español. Estado de la cuestión y algunas propuestas de mejora. En E. Montolío Durán (coord.) *Hacia la modernización del discurso jurídico: contribuciones a la I Jornada sobre la modernización del discurso jurídico español*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2016). Entrevista en el diario *La Razón*, de 24 de abril de 2016.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2017). Presentación. En S. Muñoz Machado (dir.), *Libro de estilo de la Justicia*. Madrid: Real Academia Española/Espasa/Consejo General del Poder Judicial.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2023). Lenguaje jurídico claro. En S. Muñoz Machado (dir.), *Crónica de la lengua española 2022-2023*. Barcelona: Planeta/Real Academia Española/Asociación de Academias de la Lengua Española.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2002). Lenguaje judicial: argumentación y estilo. En *La Ley* (4).
- OST, F. (1993). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* (14), pp. 169–194.
- PECZENIK, A. (2008) *On Law and Reason*, Dordrecht: Springer.
- PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L. (1989). *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. (Trad. de J. Sevilla Muñoz). Madrid: Gredos, 1989.

- PLAZA ROMERO, F. (2024). El Derecho: de la obligación de conocerlo al derecho a entenderlo. En M. de Prada Rodríguez (dir.). *El derecho a entender el Derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PRIETO DE PEDRO, J. (1991). *Lenguas, lenguaje y derecho*. Madrid: Civitas/UNED.
- SCJN (2022). *Guía para elaborar sentencias en formato de lectura fácil dirigidas a personas con discapacidad intelectual*. Ciudad de México: SCJN.
- TARUFFO, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil* (Trad. de L. Córdova). México D.F.: TEPJF.
- TARUFFO, M. (2009). Consideraciones sobre prueba y motivación. En M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez y A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- TOULMIN, S. (2007). *Los usos de la argumentación* (Trad. de M. Morrás y V. Pineda). Barcelona: Península.
- TOULMIN, S, RIEKE, R. y JANIK, A. (1984). *An introduction to reasoning* (2ª ed.). Nueva York: Macmillan Publishing Company.
- VAN EEMEREN, F.H. y GROOTENDORST, R. (2004). *A Systematic Theory of Argumentation. The pragma-dialectical approach*. Cambridge University Press.
- VAN EEMEREN, F.H. y GROOTENDORST, R. (2018). *Argumentation Theory: A pragma-Dialectical Perspective*. Cham: Springer.
- WRÓBLEWSKI, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (Trad. de Arantxa Azurza). Madrid: Civitas.
- WRÓBLEWSKI, J. (1989). “Sentido” y “hecho” en el Derecho (Trad. de F.J. Ezquiaga y J. Igartua). San Sebastián: UPV/EHU.
- WRÓBLEWSKI, J. (1990). Los lenguajes del discurso jurídico. En *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM (14).

Derechos de Autor (c) 2024 Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas



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](#)

Populismo y erosión judicial en México durante el gobierno de Andrés Manuel López Obrador¹

Populism and Judicial Erosion in Mexico During the Government of Andrés Manuel López Obrador

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.145>



Guadalupe Salmorán Villar

<https://orcid.org/0000-0002-5580-6509>

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

guadalupe.salmoran@unam.mx

Recibido: 09 de septiembre de 2024

Aceptado: 30 de septiembre de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: Como sucede en otros países de América Latina, en México existe una creciente preocupación respecto de los embates del poder ejecutivo contra la actuación de los jueces y los riesgos que ello supone para independencia judicial. A partir del marco teórico del populismo, el objetivo de este trabajo es identificar las prácticas, tanto jurídicas como políticas, utilizadas por el presidente Andrés Manuel López Obrador para erosionar al poder judicial durante su gobierno (2018-2024). Contrariamente a lo señalado por una parte de la literatura, se evidencia que los ataques del ejecutivo al poder judicial en México no han sido ni más contenidos ni tampoco más sutiles que en otros contextos populistas.

Palabras clave: populismo, erosión judicial, poder ejecutivo, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Abstract: As in other Latin American countries, there is growing concern in Mexico regarding the executive branch's assaults on the judiciary and the risks these pose to judicial independence. Using the theoretical framework of populism, the aim of this paper is to identify the legal and political practices employed by President Andrés Manuel López Obrador to erode the judiciary during his administration (2018-2024). Contrary to what some of the literature suggests, evidence shows that the executive's attacks on the judiciary in Mexico have been neither more restrained nor more subtle than in other populist contexts.

Keywords: populism, judicial erosion, executive power, Mexico, Supreme Court of Justice of the Nation.

¹ En este texto retomo algunas ideas expuestas en la ponencia que presenté en el “Congreso Internacional de Derecho Constitucional: garantías constitucionales y defensa del orden constitucional”, celebrado en la Ciudad de Quetzaltenango, los días 3 y 4 de junio de 2024.

Sumario:

Introducción – Los gobiernos populistas y la erosión del poder judicial – Los ataques del ejecutivo al poder judicial en México – Conclusiones – Bibliografía

Introducción

Desde inicios del siglo XXI se observa una creciente preocupación frente a la participación de los gobiernos populistas en los procesos de erosión democrática en varias partes del mundo (Mudde y Rovira, 2019; Müller, 2017; Levitsky y Ziblatt, 2018). Si bien han logrado canalizar la desilusión de quienes no se sienten ni escuchados ni representados en el sistema político, una vez que llegan al poder, mediante elecciones libres y justas, los liderazgos populistas tienden subvertir algunos de los pilares clave de las democracias constitucionales. Especialmente ahí donde han logrado amplias mayorías en sede legislativa, los populismos han buscado modificar las reglas electorales con la intención de “inclinarse la cancha” (*uneven playing field*) a favor del gobierno en turno, han intentado acallar a la disidencia política y minar la independencia judicial (Urbinati, 2019, p. 28; Landau, 2018: 532; Carrión, 2022, pp. 28ss).

Los máximos tribunales a cargo del control constitucional de las leyes y actos del Estado son particularmente susceptibles de ser atacados por parte de los gobiernos populistas (Ríos Figueroa, 2022). En Europa, en varios países como Polonia, Hungría y Turquía, se han registrado diversos intentos, muchas veces exitosos, de los gobiernos populistas por aumentar su control sobre el sistema judicial, en especial respecto de los tribunales constitucionales o cortes supremas (Müller, 2017; Landau, 2018; Landau y Dixon, 2020). Algo similar ha ocurrido en América Latina, donde en países como Venezuela (durante el mandato de Hugo Chávez y actualmente bajo el gobierno de Nicolás Maduro, devenido en un régimen abiertamente autoritario), Ecuador (durante la administración de Rafael Correa) y Bolivia (bajo el mandato de Evo Morales), las presidencias lograron someter políticamente a los jueces de sus más altas cortes. A los que podríamos agregar los casos más recientes de Nayib Bukele en El Salvador y el saliente presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) en México, quienes han adoptado una postura hostil hacia el poder judicial y buscado debilitar las instituciones jurisdiccionales más importantes.

Desde la mitad de su mandato, López Obrador ha mostrado una abierta animadversión hacia las magistraturas y la labor que estas desempeñan. Quienes han estudiado el caso mexicano reconocen que la situación es crítica, pero consideran que la coyuntura actual en México no es comparable con aquellas experiencias donde la erosión de la independencia judicial se ha consumado. De acuerdo con esta perspectiva, no habría que hacer análisis apresurados ni sobreestimar los riesgos a la independencia judicial en México (Ríos Figueroa, 2022, p. 317; Sánchez Talanquer y Greene, 2021, pp. 57 y 68; Zambrano, da Silva, Miron y Rodríguez, 2024: 132). La razón para no caer en el alarmismo es que, a diferencia de otros casos, el partido del

presidente, el Movimiento de Regeneración Nacional (MORENA) y sus partidos aliados minoritarios, hasta ahora no ha logrado consolidar una supermayoría duradera en el Congreso de la Unión, ni ha gobernado por un periodo sostenido que le permita imponer un proyecto autoritario. Sin embargo, es probable que el futuro inmediato ponga a prueba este argumento. A raíz de los resultados de los últimos comicios (2024), MORENA y sus aliados, han conseguido la mayoría calificada suficiente para tomar unilateralmente las decisiones políticas, incluida la posibilidad de reformar la constitución, sin necesidad de tomar en cuenta a las minorías políticas.

Como se analizará más adelante, la situación en México, en realidad, no es muy diferente de aquellos casos en los que los embates al poder judicial han mostrado sus peores consecuencias. Esto es particularmente evidente si se le compara, no ya a partir de la gravedad de la erosión judicial o de las condiciones políticas e institucionales que la hacen posible, sino a partir de las tácticas políticas y legales empleadas para intentar socavar la autoridad de las altas Cortes.

En este texto se argumenta que, durante su administración, el presidente Andrés Manuel López Obrador ha adoptado un *modus operandi* similar al de otros gobiernos populistas en la región para debilitar el poder de las altas magistraturas. Actualmente, existe suficiente evidencia para considerar que el poder judicial federal, encabezado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), experimenta uno de los desafíos más significativos a su independencia por parte del gobierno.

El resto de este ensayo está organizado de la siguiente manera. En la primera parte se define brevemente el populismo y se describen las estrategias utilizadas por otros gobiernos populistas de América Latina para neutralizar o capturar políticamente a los máximos tribunales. En la segunda parte, se examina la trayectoria que ha seguido el gobierno encabezado por Andrés Manuel López Obrador para debilitar al Poder Judicial de la Federación. Finalmente, en la tercera sección se concluye que las acciones gubernamentales, como la colocación de perfiles afines al oficialismo en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, y propuestas de reforma constitucional, como la del (así llamado) “Plan C”, exponen a las magistraturas a las presiones políticas, poniendo en riesgo la imparcialidad del sistema de justicia.

Los gobiernos populistas y la erosión del poder judicial

El término *populismo* es un concepto controvertido y polisémico. Es una expresión con una prevalente connotación negativa, que ha admitido diversos significados a lo largo del tiempo, sobre los que no parece existir un acuerdo rotundo. Sin embargo, y a pesar de las polémicas, actualmente parece existir un consenso general en que el populismo es fundamentalmente una estrategia retórica que apela al pueblo, impulsa una idea elemental de democracia como “autogobierno del pueblo” y divide a la sociedad en dos grupos antagónicos irreconciliables: el pueblo y la(s) élite(s), donde "el

pueblo" es proclamado como una comunidad homogénea y virtuosa y "la élite" es representada como corrupta y enemiga del pueblo².

La narrativa populista ha sabido capitalizar la idea de que los regímenes democráticos actuales no son más que una fachada, una simulación, que le permite a un grupo reducido de “élites” —una casta autorreferencial, ciega e insensible a las aspiraciones y demandas de la sociedad— usar las instituciones del Estado para asegurarse privilegios y procurarse beneficios personales (Casullo, 2019).

Por lo mismo, cuando los populistas llegan al poder buscan transformar el orden político existente con un triple objetivo: detener la deriva oligárquica de los regímenes democráticos, reducir el poder de las “élites” y ampliar la intervención del “pueblo” en la vida pública. La creación de nuevas constituciones y el impulso de enmiendas constitucionales de gran calado han sido la opción más eficaz para refundar al *establishment*. En específico, para modular aquellos arreglos institucionales, como los órganos jurisdiccionales, que, de acuerdo con el populismo, limitan indebidamente la “voluntad popular” (Landau, 2018: 522; Arato y Cohen, 2022: 126).

Si bien las hostilidades hacia el poder de las y los jueces constitucionales no constituyen per se uno de los objetivos declarados del populismo, dicha propensión concuerda con la concepción que dicho fenómeno promueve sobre el papel de voluntad popular en una democracia. Para el populismo, esta forma de gobierno es aquella donde el gobierno hace lo que el pueblo quiere y defiende un único interés: el del pueblo (Salmorán, 2021: 95).

En cualquier Estado democrático y de derecho, los tribunales constitucionales tienen la función de velar por el principio de separación (y división) de poderes, ninguno de los cuales puede imponer su potestad sobre los otros en nombre de la soberanía popular. El populismo, sin embargo, según su propia interpretación de este principio, busca resistir a cualquier mecanismo del Estado que intente limitarlo o sobreponerse a su poder (Mudde y Rovira, 2019).

Al identificar la propia voz con la voluntad genuina del pueblo, los gobiernos populistas consideran como una intromisión ilegítima el control que las cortes ejercen sobre las determinaciones adoptadas por los representantes electos directamente por el pueblo. Podríamos decir que, para los populistas el control jurisdiccional es interpretado como un acto que antepone indebidamente la supremacía judicial —esto es: la autoridad máxima que ejercen los jueces para interpretar y aplicar las leyes— al respeto irrestricto de la “voluntad popular” (Arato, 2019: 331-332).

Al igual que cualquier autoritarismo, los gobiernos populistas tienen un triple incentivo para neutralizar y tomar el control de los altos tribunales: primero, ofrecer impunidad a los aliados del

² Sobre los distintos significados de la palabra populismo véase a Salmorán, 2021. Los atributos aquí recogidos son afines a las propuestas de (re)definición de otros estudios que consideran al populismo como una estrategia discursiva, entre los que se encuentran en Müller, 2017; Landau, 2018; Mudde y Rovira, 2019; Urbinati, 2019.

régimen por la comisión de acciones que pudieran estar fuera de la ley, al mismo tiempo que concede al gobierno la capacidad para castigar a los disidentes y perseguir a sus enemigos a través de acciones judiciales en su contra. Segundo, remover cualquier obstáculo institucional que interfiera con su proyecto de gobierno. Y, tercero, convertir a las cortes constitucionales en instrumentos dóciles dispuestos a dotar de legitimidad al gobierno, mediante sentencias que avalen y protejan jurídicamente sus decisiones y proyectos de reforma, ya sean constitucionales o legales (Carrión, 2022: 158-159). Así lo demuestran las decisiones del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, las cuales, una vez cooptadas por el gobierno, habilitaron la reelección de los presidentes, Evo Morales (2017) y de Nayib Bukele (2021), respectivamente, ignorando las prohibiciones establecidas expresamente en sus textos constitucionales³. A las que podríamos sumar las sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador que respaldaron la legalidad de las consultas populares que permitieron al presidente Rafael Correa, en 2011 y 2016, modificar varias leyes penales e incluso enmendar la constitución que, entre otras cosas, eliminaron los límites temporales a la reelección presidencial, ensancharon las facultades del poder ejecutivo y reestructuraron el sistema de justicia de ese país (Salmorán, 2016 y 2016b). Tras el referéndum de 2011, el Consejo de la Judicatura, controlado por el gobierno, organizó concursos de jueces y fiscales en las distintas entidades judiciales de los que salieron beneficiados, en su mayoría, perfiles afines al correísmo (Borja, 2018).

Aunque se le suela restar importancia, al considerarla un agravio secundario, los populistas se han distinguido por liderar ataques públicos en contra el poder judicial y emprender linchamientos en contra de las y los jueces, a quienes acusan de ser una casta parasitaria, corrupta e ineficiente. Los jueces son retratados como protectores de intereses que entran en conflicto con los intereses de la ciudadanía y los representantes democráticamente elegidos y, por lo mismo, son inculpados de comportarse como enemigos del pueblo (Arato, 2019: 331-332).

Sin embargo, no siempre la hostilidad hacia los tribunales constitucionales suele reconocerse como algo alarmante, ya que los ejecutivos suelen justificar su posición frente a la necesidad de combatir la corrupción al interior del poder judicial, poner fin a los privilegios de las élites judiciales e, incluso, democratizar el sistema de justicia. Por ejemplo, desde 2020, el presidente Bukele emprendió una campaña de ataques y hostigamiento al máximo órgano constitucional, acusándolo de corrupción y de ser culpable de las muertes y contagios durante la pandemia, luego de que la Sala de lo Constitucional invalidara algunas medidas emitidas por el presidente que imponían fuertes restricciones a la libertad personal⁴. El presidente incluso instó a

³ Sobre este tema véase a Mejía, 2018; Landau y Dixon, 2020: 1353-1363; Grijalva Jiménez y Castro-Montero, 2020; Alas Moreno, 2024

⁴ Bukele calificó de “arrebato” las sentencias y tuiteó: “Qué Dios los perdone, porque yo no los voy a perdonar. Son perversos, dan asco y ellos lo saben, y no lo digo yo, lo dice el pueblo salvadoreño. Son lo peor que ha tenido este país” (Citado por Aguilar, Rodríguez y Santos, 2023: 164).

desobedecer los fallos de la Sala, especialmente de aquellos que le ordenaban abstenerse de detener a las personas que incumplieran con la cuarentena domiciliar (DPLF,2022: 23).

Los gobiernos populistas no sólo comparten una abierta ofensiva retórica en contra de los tribunales constitucionales, aquellos han recurrido a maniobras, tanto jurídicas como políticas, similares para neutralizar e, incluso, dismantelar la independencia de las máximas instituciones de justicia, logrando con ello que la imparcialidad de las magistraturas se vea comprometida y se vea reducida su capacidad para actuar con autonomía. A diferencia de estos asaltos abiertamente autoritarios, los gobiernos populistas contemporáneos han evitado cometer violaciones abiertas a la ley. En su lugar, han recurrido otras tácticas jurídicas para lograr su cometido, como la aprobación de enmiendas constitucionales o el impulso de reformas legales que revista de legalidad sus acciones. Entre las prácticas formales (o legales) más comunes para socavar la independencia judicial destacan las destituciones de jueces incómodos al gobierno mediante procedimientos viciados, la designación de jueces con base en su lealtad política en lugar de en su competencia y experiencia judicial, y la alteración de las reglas de selección y renovación de los máximos órganos jurisdiccionales (Landau y Dixon, 2020: 1343).

En Venezuela, Ecuador y Bolivia, gracias a las holgadas que sus partidos obtuvieron en las urnas, los líderes populistas Hugo Chávez, Rafael Correa y Evo Morales reemplazaron por completo las constituciones de sus respectivos países, mediante procesos políticos sobre los cuales tuvieron un control casi total, que, entre otras cosas, les permitió destituir a las magistraturas en funciones y reemplazarlas por nuevos perfiles alineados con el gobierno (Landau, 2018, p. 527)⁵. Aunque sin duda, la experiencia boliviana sobresale entre esta triada de casos. En este país, la adopción del nuevo pacto constitucional no sólo provocó el remplazo de las magistraturas, supuso, además importantes cambios a las reglas de designación de los máximos tribunales. En 2009, con la entrada en vigor de la nueva constitución, Bolivia introdujo el sistema de elecciones populares para integrar a distintos órganos jurisdiccionales del más alto nivel en el país. Lo que convierte a Bolivia en el único país en el mundo en definir la composición de sus máximos órganos de justicia mediante las urnas: al Tribunal Constitucional Plurinacional, el Tribunal Supremo de Justicia –

⁵ Además, hay evidencia que indica que, durante los mandatos de Hugo Chávez, Evo Morales y Rafael Correas las instituciones judiciales fueron, directa o indirectamente, constantemente hostigadas y coaccionadas. En 2004, por ejemplo, la Asamblea Nacional de Venezuela aprobó una nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo que amplió el tamaño de dicho órgano jurisdiccional, pasando de veinte a treinta y dos jueces, y flexibilizó las reglas para que congreso pudiera destituir a los jueces ya sea anulando sus nombramientos o destituyéndolos. En 2014, en Bolivia, bajo el gobierno de Evo Morales, se iniciaron sendos procedimientos de juicio político, con el fin de remover de sus cargos, tres jueces del Tribunal Constitucional Plurinacional, tras algunos fallos contra decisiones del gobierno. En Ecuador, durante el gobierno de Corrales tampoco faltaron las represalias a través de las intimidaciones y destituciones de los jueces. Algunos advierten sobre serias amenazas que el mandatario dirigió a varios jueces, mediante un memorando de 2013 en el que se advertía que cualquier juez considerara inconstitucional y, con ello impidiera, los proyectos de obras públicas promovidos por el gobierno serían destituido por el daño y perjuicio causado al Estado (Landau y Dixon, 2020: 1339-1340).

máximo órgano de la jurisdicción ordinaria–, el Tribunal Agroambiental y el Consejo de la Magistratura. La premisa sobre la que descansó tal introducción puede ser resumida así: “a mayor grado de soberanía popular en la elección de los Jueces[sic], mayor grado de independencia judicial, calidad e imparcialidad en la decisión jurisdiccional” (Salmorán, 2016, 12 nota 58). Sin embargo, como cabía esperarse, dicha expectativa ha sido desmentida por la realidad. El método electivo, antes que asegurar la independencia de las personas juzgadoras –es decir, evitar que estén sujetas a influencias políticas y coerciones de otros poderes o grupos de interés– las ha sometido a presiones políticas, las ha dejado fuertemente comprometidas con quienes han respaldado sus candidaturas y las ha convertido en un componente más por la lucha por el poder⁶. Como se verá enseguida, a pesar de las vicisitudes y efectos adversos que los comicios judiciales han tenido en el aparato de justicia boliviano, dicho sistema ha encontrado eco en tierras mexicanas.

Ahora bien, no siempre los gobiernos populistas recurren a modificaciones constitucionales para capturar políticamente a las altas cortes. En algunos casos, los ataques contra el poder judicial comienzan cuando estos ejercen su facultad para corregir, detener o revertir las decisiones y políticas de gobierno. Lo sucedido recientemente en El Salvador es otro ejemplo paradigmático de lo anterior. En 2021, tras la aplastante mayoría que obtuvo el partido oficialista, Nuevas Ideas, la Asamblea Legislativa destituyó a los cinco jueces (y cuatro suplentes) de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia⁷ –la más alta instancia de justicia en el país– con quienes Bukele había tenido públicos enfrentamientos respecto de algunas medidas adoptadas por el presidente durante la emergencia sanitaria provocada por el coronavirus (Covid-19). Los asambleístas argumentaron que las magistraturas destituidas emitieron veredictos contrarios a los decretos emitidos por el presidente en 2020 para hacerle frente a la pandemia, obstaculizando con ello el trabajo del Ministerio de Salud (Indacochea y Rubio, 2021). Pero eso no fue todo. En otoño de ese mismo año, el órgano legislativo nacional aprobó una reforma a la Ley de la Carrera Judicial para decretar la jubilación automática de las personas juzgadoras que tuvieran 60 años de edad o 30 años de servicio en la judicatura⁸. Con la aplicación de esta disposición normativa, alrededor de un tercio de los jueces del país fueron destituidos de sus puestos. El presidente Bukele afirmó esta reforma contribuirá a depurar la corrupción del poder judicial (Labrador, 2021). Sin embargo, hay indicios de que la implementación de este sistema ha permitido la colocación de funcionarios cercanos al gobierno y al partido Nuevas Ideas, así como el traslado de aquellos que han criticado públicamente la intromisión del poder ejecutivo o defendido la separación de poderes y la independencia judicial (DPLF, 2022: 38).

⁶ Los resultados negativos para el sistema de justicia boliviano han sido ampliamente documentados. Al respecto me limito a remitir a Pásara, 2014 y 2018; Driscoll y Nelson 2019; Molina, 2024.

⁷ La Asamblea también destituyó a, Raúl Melara, entonces titular de la fiscalía general, por cuestionamientos a su independencia e imparcialidad debido a sus supuestos vínculos con la fuerza opositora, Alianza Republicana Nacionalista (ARENA). En ese entonces, Melara investigaba casos de corrupción en varios ministerios de gobierno de Bukele (DPLF, 2022, p. 25).

⁸ Se exceptuaron de esta regla a las magistraturas de la Corte Suprema de Justicia.

Los ataques del ejecutivo al poder judicial en México

Si bien con el cardenismo nuestro país había experimentado ya una forma de populismo (Aibar, 2008), por primera vez tiene tal incidencia en la vida política nacional. La constante evocación a la “voluntad popular” para justificar el propio punto de vista, las denuncias de complot contra los partidos opositores (a quienes incluso ha llamado “traidores a la patria” por votar diferente en sede legislativa), las impetuosas descalificaciones hacia todo aquel que lo critique a él o a su partido (intelectuales, medios de comunicación, organizaciones civiles, grupos feministas, institutos de investigación pública, órganos constitucionales autónomos, etcétera) y las promesas de rescata a la democracia mediante la (así llamada) “Cuarta Transformación”, hacen de López Obrador ejemplo de populismo en pleno siglo XXI⁹.

Al igual que otros líderes populistas en América Latina, el presidente López Obrador ha capitalizado el descontento generalizado de la ciudadanía para intentar debilitar los controles y equilibrios y asegurar ventajas competitivas para su partido, MORENA. Desde que asumió el poder, el presidente AMLO ha proferido ataques verbales a la prensa y ha difamado a miembros de la sociedad civil críticos a su gobierno (Ríos Figueroa, 2022; Sánchez Talanquer y Greene, 2021; Zambrano, da Silva, Miron y Rodríguez, 2024). El gobierno mexicano ha arremetido en contra de las instituciones especializadas en la protección de los derechos fundamentales, garantizar la integridad de las elecciones –Instituto Nacional Electoral–, combatir la corrupción, la transparencia y rendir cuentas. Además, en los últimos años, el Poder Judicial de la Federación ha enfrentado ataques sistemáticos por parte del gobierno, su partido y sus aliados.

Durante su sexenio, el presidente Andrés Manuel López Obrador ha adoptado diversas estrategias con el fin de intervenir y subordinar políticamente al Poder Judicial de la Federación, especialmente en contra de la Suprema Corte de la Nación (SCJN) –máximo órgano de control constitucional del Estado mexicano– en tanto que institución clave para evitar el ejercicio abusivo del poder político, facultado para inaplicar y declarar inválidas aquellas leyes y reformas que se encuentren fuera de lo permitido por el marco constitucional y legal.

Los embates del poder ejecutivo hacia el poder judicial incluye un amplio repertorio; van desde descalificaciones públicas tanto de las personas como de las funciones que desempeña la jurisdiccional constitucional, incluyen amenazas de juicio político a las ministras y ministros¹⁰, la designación de perfiles altamente cuestionados por su cercanía al partido en el gobierno y la aplicación de recortes presupuestales, hasta la presentación de iniciativas de reforma constitucional a fin de habilitar la elección popular del pleno de la SCJN y otros órganos jurisdiccionales, como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

⁹ Sobre el carácter populista del gobierno de Andrés Manuel López Obrador véase a Balderas y Tapia, 2019; Puga, 2021; Trejo, 2022; Monsiváis, 2023; Olvera, 2024.

¹⁰ Nombre que reciben los once jueces que componen al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Durante el sexenio de López Obrador, el poder judicial ha sido blanco de todo tipo de ataques retóricos. El presidente ha utilizado un lenguaje hostil, estigmatizante y amenazante en contra de la actuación de los jueces con el que busca deslegitimar al poder judicial y a la Suprema Corte de Justicia. En las conferencias matutinas, “presidente frecuentemente llama a los jueces «corruptos», «ineptos», «expertos en la ley, pero ciegos a la justicia», «defensores de los ricos», «defensores de sus salarios y privilegios»” (Ríos Figueroa, 2022, p. 204). Además, el presidente López Obrador ha recurrido a múltiples descalificaciones personales en contra de personas juzgadoras, incluyendo a ministras y ministras. De acuerdo con Jesús Silva-Herzog, en México el acoso gubernamental hacia la judicatura tiene al menos dos dimensiones: “Por una parte, exhibe a los jueces insolentes convocando al linchamiento público. Se les presenta con nombre y apellido, se presentan sus fotografías y se describe su trabajo como un crimen contra la patria. Por otra, descalifica en grueso el trabajo del Poder Judicial para carcomer su legitimidad. La agresión presidencial no se reduce a un grupo concreto de jueces, ni se limita a su pleito con la Suprema Corte de Justicia. La ofensiva se dirige a todo el Poder Judicial, cuya lógica escapa del maniqueísmo de su universo” (Silva-Herzog, 2023).

De acuerdo con otros trabajos, las declaraciones de López Obrador en contra del poder judicial federal muestran una tendencia al alza a raíz de las elecciones intermedias de 2021, en las cuales MORENA y sus aliados perdieron la mayoría legislativa suficiente para introducir reformas constitucionales sin el concurso de la oposición (Aguar, 2024: 14). Pero, sobre todo, se han agudizado después de que –a juicio del mandatario mexicano– la Suprema Corte ha emitido algunas decisiones cuestionables.

La animadversión del ejecutivo nacional hacia la Suprema Corte, no se ha quedado en ataques retóricos sin importancia, con el tiempo se ha traducido en diversas estrategias, tanto políticas como jurídicas, que buscan intervenir y subordinar políticamente a la judicatura. En primer lugar, el poder ejecutivo ha amenazado públicamente a las magistraturas con iniciar juicios políticos en su contra por tomar decisiones desfavorables a su gobierno, entre los que podemos destacar la *Ley Eléctrica* y las reformas electorales promovidas por el presidente y su partido (conocidas popularmente como) “Plan B”¹¹. Este último merece un comentario aparte. El “Plan B” fue un paquete de enmiendas legales impulsado por el presidente López Obrador, y aprobado en sede legislativa por las fuerzas políticas afines al gobierno. Dicha reforma, entre otras cosas,

¹¹ Dicho paquete de reformas recibió el nombre de “Plan B” al tratarse de una alternativa a la propuesta de enmiendas constitucionales, conocida “Plan A”, que el presidente López Obrador presentó en abril de 2022. Sin embargo, el “Plan A” fue desestimado por el Congreso de la Unión debido a la falta de apoyo mayoritario necesario para su aprobación. Dicha propuesta contemplaba la desaparición del actual Instituto Nacional Electoral (INE) y su reemplazo por una nueva autoridad electoral cuyos integrantes fuesen votados “directamente por el pueblo”. Un sistema que también sería adoptado para integrar a la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Además, el “Plan A” incluía reducir el tamaño del parlamento nacional, reconfigurar el sistema electoral para integrar dicho órgano legislativo y reducir el financiamiento público que los partidos políticos destinan a sus actividades ordinarias. Sobre este tema véase a Martín y Marvan, 2023; Martín, 2024 y Astudillo, 2024.

comprometía la capacidad operativa del Instituto Nacional Electoral –el máximo órgano administrativo en la materia, con autonomía constitucional, encargado de organizar y ejecutar los comicios en todo el país–, devolvía el control del padrón electoral de los mexicanos *residentes* en el extranjero a la Secretaría de Gobernación y permitía a los funcionarios públicos en funciones intervenir en los procesos electorales. Sin embargo, tales enmiendas fueron invalidadas por la Suprema Corte porque no se respetaron las reglas del proceso legislativo, no fueron garantizados los derechos de las minorías ni fue deliberado con suficiencia por los legisladores del Congreso de la Unión. La resolución de la Corte Suprema en este asunto es frecuentemente citada para explicar la hostilidad del titular del presidente hacia al poder de los jueces.

En segundo lugar, desde 2023, el poder judicial ha tenido que enfrentar importantes recortes presupuestales y otro tipo de determinaciones (como la extinción de algunos fideicomisos) adoptados por el gobierno federal que han buscado limitar la independencia financiera de la judicatura para funcionar eficazmente. Aunque quizá sea más significativo el papel que ha ejercido el poder ejecutivo en la composición actual de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En cuarto lugar, a mitad de su sexenio, el presidente López Obrador intentó —aunque sin éxito— prolongar (hasta por dos años) el mandato de quien encabezaba la presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2021, Arturo Zaldívar –un ministro muy cercano al presidente, quien tras abandonar su puesto se uniría a la campaña política de la candidata a la presidencia impulsada por MORENA–y demás integrantes del Consejo de la Judicatura Federal. Tras las controversias que esta medida suscitó, el propio Zaldívar declaró que no permanecería en el cargo más allá de lo originalmente establecido. Sin embargo, no fue necesario dejar a la voluntad del ministro Zaldívar la suerte de dicha regla. En noviembre de 2021, la Suprema Corte declaró la invalidez del artículo transitorio cuestionado por el Congreso de la Unión, pero aumentando con ello las tensiones con el poder ejecutivo.

En quinto lugar, el presidente López Obrador ha intentado capturar a la Suprema Corte mediante la designación de perfiles leales a su gobierno¹². Recordemos que, durante su mandato, la representación política de MORENA en el Congreso, junto a la renuncia de un par de ministros, le permitió al mandatario mexicano nombrar a cinco ministraturas del Pleno de la Suprema Corte:

¹² El artículo 96 constitucional mexicana a la letra establece lo siguiente: “Para nombrar a los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el Presidente de la República someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al Ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de treinta días. Si el Senado no resolviere dentro de dicho plazo, ocupará el cargo de Ministro la persona que, dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República.

En caso de que la Cámara de Senadores rechace la totalidad de la terna propuesta, el Presidente de la República someterá una nueva, en los términos del párrafo anterior. Si esta segunda terna fuera rechazada, ocupará el cargo la persona que dentro de dicha terna, designe el Presidente de la República”.

Juan Luis González Alcántara Carrancá (2018), Margarita Ríos Farjat (2019), Yasmin Esquivel Mossa (2019), Loretta Ortiz Ahlf (2021) y Lenia Batres Guadarrama (2023).

El presidente y su bancada no han ocultado su inclinación por nombrar jueces con una evidente cercanía al oficialismo; al contrario, la han dejado muy clara. En 2021 fue nombrada Loretta Otiz Ahlf, quien, como diputada federal, formó parte de la bancada inicial de MORENA en 2014, y en 2018 integró el equipo de transición del entonces presidente electo. Pero no es un caso aislado. En 2019, el nombramiento de Yasmín Esquivel Mossa fue objeto de señalamientos por al menos dos razones: primero, por su proximidad con el gobierno, pues es esposa de José María Riobóo, empresario y amigo del presidente López Obrador; y, segundo, por el escándalo derivado por las acusaciones en su contra por plagiar su trabajo de tesis para obtener el grado Licenciada en Derecho¹³.

En principio, no deberían existir razones por las que un juez de la Suprema Corte deseara voluntariamente dejar su cargo, a menos de estar sujeto a presiones externas o se renuncie deliberadamente al propio deber de honrar la constitución con el fin perseguir ambiciones políticas personales. Ambas hipótesis se actualizaron con las renunciaciones de los ministros Eduardo Medina Mora y Arturo Zaldívar, ocurridas en 2019 y 2023 respectivamente.

A pesar de que no hizo públicas sus razones, a nadie escapa que, en octubre de 2019, el ministro Medina Mora se apartaría de su cargo tras presiones políticas y acusaciones respecto de sus bienes e ingresos. Cuatro años más tarde, en noviembre de 2023 el ministro Arturo Zaldívar emularía a su excolega, presentando su renuncia a la SCJN, a menos de un año antes de concluyera su mandato, con el propósito —éste sí público— de seguir colaborando con la “transformación de México” y sumarse al equipo de campaña de Claudia Sheinbaum, la presidenta electa en los comicios generales de 2024 por la coalición “Sigamos Haciendo Historia”.

A finales de 2023, y tras el rechazo de las dos ternas por parte de la Cámara Alta, el presidente AMLO designó de forma directa a una ministra, Lenia Batres Guadarrama, uno de los perfiles incluidos en las dos ternas presidenciales que fueron refutados por el Senado. Actualizándose con ello la primera designación por “dedazo” de una ministratura de la Corte; nunca antes en la historia constitucional mexicana el titular del Ejecutivo nacional había nombrado unilateralmente, y por encima de la voluntad legislativa, a una integrante de la SCJN. Como en los otros casos, el presidente empleó la potestad que le otorga la constitución para designar a un perfil partidista y abiertamente subordinada a la presidencia. Recordemos que Lenia, además de ser una de las fundadoras de MORENA, se venía desempeñando como consejera adjunta de Legislación y Estudios Normativos de la Consejería Jurídica del Ejecutivo. A la luz de lo anterior, no es exagerado

¹³ De comprobarse que su tesis no es original y anularse su título profesional, habría perdido la idoneidad para desempeñar el cargo, pues para ser ministra es necesario contar con un título en derecho de, por lo menos, diez años de antigüedad. Hasta la fecha, Esquivel Mossa sigue despachando como ministra.

afirmar que, en ningún otro sexenio de la vida democrática del país, se habían visto tantas designaciones altamente politizadas y partidistas, como las antes referidas.

Por último y, por si fuera poco, a inicios de 2024, en la recta final de su gobierno, el presidente López Obrador presentó una iniciativa reforma constitucional (conocida como “Plan C”)¹⁴ con el fin de reducir el tamaño del Pleno de la SCJN (de 11 a 9 integrantes), acortar la duración de sus encargos (de 15 a 12 años) y limitar algunas de sus funciones más relevantes (como la eliminación de la suspensión del acto reclamado en las acciones y controversias constitucionales y la imposibilidad de que una sentencia de amparo tenga efectos generales). Aunque, sin duda, la cuestión más polémica del proyecto de reforma es la propuesta de elegir por “voto popular” al Pleno de la Suprema Corte y demás personas juzgadoras del Poder Judicial de la Federación: incluidas las Salas del Tribunal Electoral¹⁵, los miembros del Tribunal de Disciplina¹⁶ y los jueces de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito de todo el territorio nacional (alrededor de dos mil jueces).

En el “Plan C”, el presidente López Obrador señala que permitir la participación de la ciudadanía en la elección de tales autoridades persigue tres objetivos fundamentales: primero, fortalecer la legitimidad de las personas juzgadoras, al cerrar “la brecha sistémica que se había creado entre el poder y la sociedad, y restituyendo la confianza en las instituciones y funcionarios judiciales”. Segundo, busca asegurar que las personas juzgadoras “sean responsables de las decisiones que adopten frente a la sociedad”. Y tercero, “democratizar el sistema de justicia”, ya que al someter a sus integrantes al voto popular “se garantiza que representen adecuadamente las diferentes tendencias políticas, culturales e ideológicas presentes en la sociedad mexicana” (AMLO: 2024:2).

Sin embargo, contrariamente a la retórica presidencial, los comicios judiciales no empoderarán a la ciudadanía ni democratizarán al sistema de justicia. Al contrario, legalizará una operación autoritaria que socavará gravemente la imparcialidad e independencia que deben caracterizar la actuación de los jueces. Como ha sucedido en otras latitudes, el cambio de reglas en la designación de las magistraturas traerá como consecuencia inmediata la destitución anticipada de quienes actualmente desempeñan esas funciones. Pero esta no será la única consecuencia negativa; traerá consigo diversos efectos adversos que impactarán negativamente al poder judicial. Como demuestra la experiencia boliviana, el sistema electivo abrirá el camino para la colocación de perfiles según las preferencias y lazos con el partido en el gobierno, y no con base en la

¹⁴ En alternativa a los planes “A” y “B”.

¹⁵ Máximo órgano jurisdiccional en materia electoral, encargado de resolver las controversias electorales y garantizar los derechos políticos de la ciudadanía.

¹⁶ Instancia de naturaleza jurisdiccional que, junto al Órgano de Administración Judicial, sustituirá al actual Consejo de la Judicatura Federal. El Tribunal de Disciplina quedará integrado por cinco miembros electos por la ciudadanía a nivel nacional, los cuales durarán en sus encargos seis años, serán sustituidos de manera escalonada, y no podrán ser elegidos para un nuevo periodo.

integridad, experiencia y conocimientos técnicos para ejercer el cargo; está claro que sólo quienes cuenten con el respaldo del oficialismo, es decir, las fuerzas políticas alineadas con el poder ejecutivo tendrán posibilidades reales de acceder al cargo. Lo anterior supone suponer que las personas que busquen ganarse el favor de la ciudadanía tendrán un alto grado de vinculación partidista. Pero, además, es probable que, una vez en funciones, las autoridades jurisdiccionales electas busquen agradar con sus decisiones a las fuerzas políticas mayoritarias que las postularon o, peor aún, se vean obligadas a ceder a las presiones y demandas de los partidos políticos, en aras de asegurar su permanencia en el puesto. Por último, dada la actual composición del Congreso de la Unión, dominado mayoritariamente por el partido del gobierno y sus aliados, no hay razón para descartar que cada una de las candidaturas para los cargos en disputa sean propuestas por el oficialismo, con lo cual el camino para la captura del Poder Judicial de la Federación habrá quedado despejado.

El presidente López Obrador ha expresado en diversas ocasiones su afán porque tales reformas sean autorizadas antes de que concluya su mandato, fechado para el 31 de septiembre de 2024. Sin embargo, de no lograrlo, se espera que dicha propuesta sea aprobada durante el gobierno de la presidenta electa, Claudia Sheinbaum. Al recibir la constancia que la acredita como la primera presidenta en la historia de México, Sheinbaum ha prometido dar continuidad a la Cuarta Transformación cimentada por AMLO y ha interpretado la elección de jueces, magistraturas y ministraturas como “un mandato popular” expresado en la votación del 2 junio.

Conclusiones

Como en otros contextos populistas, en México, la retórica combativa del presidente López Obrador hacia el poder judicial ha contribuido a desacreditar la autoridad de las magistraturas. La explotación de dicha narrativa, que, de forma reiterada y sistemática, representa al poder judicial como los enemigos del pueblo, ha logrado infundir entre la ciudadanía dudas y escepticismo sobre la imparcialidad de los y las juzgadoras.

No se trata de una cuestión menor, puesto que cuando la retórica populista, no sólo encuentra eco sino, cuenta con la aprobación de la ciudadanía, es más probable que las transgresiones por parte del gobierno hacia la judicatura sean dispensadas. Al promover la idea de que las instituciones de justicia, en lugar de proteger los derechos y libertades de la ciudadanía, obstaculizan el bienestar de las personas, se crea un contexto favorable para que las transgresiones gubernamentales contra el poder judicial sean aceptadas o toleradas.

Ahora bien, la experiencia comparada demuestra que los ataques retóricos contra los jueces, no pocas veces, se han traducido en prácticas concretas de cooptación y hostigamiento en contra de las personas juzgadoras. El caso mexicano es otro botón de muestra de este fenómeno. A la luz de cuanto se ha expuesto, es evidente que los embates del presidente Andrés Manuel López Obrador

hacia el poder judicial mexicano no se han quedado en mera palabrería sin importancia, sino que también han incluido estrategias políticas y propuestas de reforma constitucionales con profundas implicaciones para la independencia judicial.

Las acciones del presidente, tomadas individualmente, podrían estimarse poco (o nada) no graves, pero consideradas en su conjunto constituyen verdaderas acometidas a la autonomía de las magistraturas federales. Las reformas propuestas, como el “Plan C”, y acciones como la designación de perfiles leales al gobierno, suscitan una preocupación significativa sobre el futuro de la justicia en México.

La implementación del sistema de elección popular para nombrar a jueces y magistraturas, en particular, plantea serios riesgos para la imparcialidad y la independencia del poder judicial. La experiencia de Bolivia, donde se ha implementado un sistema similar, sugiere que esta estrategia no sólo expondrá a las magistraturas a las presiones políticas, podría erosionar aún más la confianza pública en el sistema de justicia, beneficiando principalmente a aquellos con la capacidad de manipular las estructuras políticas existentes.

Bibliografía

- AIBAR, Julio. (2008). “Cardenismo y peronismo”. En Julio Aibar y Daniel Vázquez (coords.), *Política y sociedad en México. Entre el desencuentro y la ruptura* (pp. 17-86). México, Flasco México.
- ALAS MORENO, Nancy Eunice. (2024). “Is presidential re-election really allowed in El Salvador? Constitutional Analysis and Supreme Court Rulings”, *Revista Euro Latinoamericana De Análisis Social Y Político (RELASP)*,4(8), 109-133. Disponible en: <https://relasp.unr.edu.ar/index.php/revista/article/view/129/191>
- AGUILAR, Luis Eduardo, RODRÍGUEZ, Luis Mario y SANTOS, Gabriela. (2023). “De la partidocracia al populismo en El Salvador”, en María Esperanza Casullo y Harry Brown Araúz (coords.), *El populismo en América Central. La pieza que falta para comprender un fenómeno global* (pp. 147-173). Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- ARATO, Andrew. (2019). “Populism, constitutional courts, and civil society”. En: Landfried Christine (ed). *Judicial power: how constitutional courts affect political transformations* (pp. 318-341). Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/9781108348669.016>
- ARATO, Andrew y COHEN, Jean. L. (2022). *Populism and Civil Society. The Challenge to Constitutional Democracy*. Oxford University Press. DOI: <https://doi.org/10.1177/01914537231211026>

- BALDERAS ZAVALA, Rita G. y TAPIA ORNELAS, Moisés. (2019). “Algunos de los rasgos populistas de AMLO”, *El Cotidiano*, 34 (213) Disponible en: https://issuu.com/elcotidiano/docs/cotidiano_213
- BORJA, María Sol. (2018). “Rafael Correa es víctima del sistema judicial que creó”, *The New York Times*, versión digital, 25 de julio. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2018/07/25/espanol/opinion/opinion-ecuador-rafael-correa-prision.html>
- CARRIÓN, J. F. (2022). *A Dynamic Theory of Populism. The Andes in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- CASULLO, María Esperanza. (2019). *¿Por qué funciona el populismo?*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO (DPLF). (2022). *Amordazada. La captura del sistema de justicia de El Salvador*, 13 de julio. Disponible en: https://opj.ces.uc.pt/wp-content/uploads/2022/11/justicia_amordazada_-_captura_sistema_justicia_el_salvador_1.pdf
- INDACOCHEA, Úrsula y PADILLA, Sonia Sol. (2021). “Noche oscura para la independencia judicial en El Salvador”, *Agenda Estado de Derecho*, 19 de mayo. Disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/independencia-judicial-en-el-salvador/>
- GRIJALVA JIMÉNEZ, Agustín, CASTRO-MONTERO, José Luis. (2020). “La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia”, *Estudios Constitucionales*, 18(1), 9-49. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002020000100009
- MARVÁN LABORDE, M., & MARTÍN REYES, J. (2023). *Radiografía del Plan B: La reforma electoral de 2023 a Examen*. México: IIJ-UNAM. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/213Radiografia_del_Plan_B_1_a_reforma_electoral_de_2023_a_examen.pdf
- MEJÍA RIVERA, Joaquín A. (coord.). (2018). *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿un derecho absoluto?*, Tegucigalpa: Editorial San Ignacio. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38379.pdf>
- MONSIVÁIS CARRILLO, Alejandro, (2023) “Populismo, repertorios autoritarios y subversión de la democracia”, *Revista Mexicana de Sociología*, 85 (Especial), 11-38. Disponible en: <http://mexicanadesociologia.unam.mx/docs/vol85/numesp2/v85nea1.pdf>
- MUDDE, Cas y ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal. (2019). *Populismo. Una breve introducción* (María Enguix Tercero, Trad.), Alianza editorial. (Versión Kindle).

- MÜLLER, Jean-Werner. (2017). *¿Qué es el populismo?* (Clara Stern Rodríguez, Trad.) México: Grano de Sal. (Versión Kindle)
- LABRADOR, Gabriel. (2021). “Asamblea de Bukele reforma la ley para purgar a un tercio de los jueces. *El Faro*. Disponible en: https://elfaro.net/es/202109/el_salvador/25681/Asamblea-de-Bukele-reforma-la-ley-para-purgar-a-un-tercio-de-los-jueces.htm
- LANDAU, D. (2018). “Populist Constitutions”. *The University of Chicago Law Review*, 85 (2), 521-544. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol85/iss2/3>
- LANDAU, David y DIXON, Rosalind. (2020). “Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy”, *UC Davis Law Review*, 53, 1313-1387. Disponible en: <https://lawreview.law.ucdavis.edu/archives/53/3/abusive-judicial-review-courts-against-democracy>
- LEVITSKY, Steven y ZIBLATT, Daniel. 2018. *Cómo mueren las democracias*. España: Ariel-Planeta.
- OLVERA, Alberto J. (2024). “El neopopulismo en México”. En Alberto J. Olvera (ed). *El populismo. Estado de la cuestión y el caso de México* (pp. 117-136). ITESO-Universidad Jesuita de Guadalajara.
- PUGA ESPINOSA, Cristina. (2021). “La puesta en escena de la Cuarta Transformación”, *Estudios Políticos*, novena época, 53, 13-30. DOI: <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.2021.53.79428>
- RÍOS-FIGUEROA, J. (2022). “El poder judicial ante el populismo y la erosión democrática. El caso de México, 2018-2021”, *Revista de Estudios Políticos*, 198, 187-217. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.198.07>
- SALMORÁN VILLAR, Guadalupe. (2021). *Populismo. Historia y geografía de un concepto*. México: IIJ-UNAM. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6425-populismo-historia-y-geografia-de-un-concepto>
- SALMORÁN VILLAR, Guadalupe. (2016). “Bolivia, Ecuador y Venezuela: ¿un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebiscitarias?”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, 16 (2), 133-155. Disponible en: https://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2016_n16-2/a-mono_1_08%20G%20Salmoran.pdf
- SÁNCHEZ-TALANQUER, Mariano, y Kenneth Greene. (2021). “Is Mexico Falling into the Authoritarian Trap?”. *Journal of Democracy*, 32(4), 56–71, DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2021.0052>

SILVA-HERZOG MÁRQUEZ, Jesús. (2023, 23 de octubre). “El acoso al Judicial”, *Periódico Reforma*.

ZAMBRANO, D.A., DA SILVA, L.M., MIRON, R.G., & RODRÍGUEZ, S.P. (2024). “How Latin America's Judges are Defending Democracy”. *Journal of Democracy*. 35(1), 118-133.
<https://doi.org/10.1353/jod.2024.a915353>

Derechos de Autor (c) 2024 Guadalupe Salmorán Villar



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 XXI

Artículos

Prisión oficiosa y convencionalidad: el balance entre los peligros procesales y el respeto a los derechos humanos

Unofficial imprisonment and conventionality: the balance between procedural dangers and respect for Human Rights

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.132>



Carlos Rafael Martínez Ríos
Universidad de San Carlos de Guatemala
Universidad Rafael Landívar
carlosmartinez400@gmail.com

Recibido: 24 de mayo de 2024
Aceptado: 30 de septiembre de 2024
Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: Como parte de una política criminal auspiciada por el principio de legalidad y taxatividad de la ley penal y procesal penal, la prisión oficiosa ha sido utilizada por los Estados como una herramienta para contrarrestar el crimen y como un instrumento de populismo punitivo que permite mantener un estatus de aprobación dentro de la población; sin embargo, esta es incompatible con garantías reconocidas en diversos instrumentos internacionales derivado de que limita el razonamiento del juez sobre los peligros procesales; la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia se consagra como una oportunidad para la eliminación de esta figura procesal, como se observó en el caso *García Rodríguez y otro vs México* y, de la misma manera, la oportunidad para que los Estados adecúen sus normas en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos, convencionalidad, garantías procesales, prisión preventiva, jurisprudencia, medidas sustitutivas, arraigo, obstaculización, acceso a la justicia, igualdad procesal.

Abstract: *As part of a criminal policy sponsored by the principle of legality and strictness of criminal law and criminal procedure, informal imprisonment has been used by States as a tool to counteract crime and as an instrument of punitive populism that allows maintaining a status of approval within the population; However, this is incompatible with guarantees recognized in various international instruments because it limits the judge's reasoning regarding procedural dangers; The recent jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on the matter is established as an opportunity for the elimination of this procedural figure, as observed in the case of *García Rodríguez et al. vs. Mexico* and, in the same way, the opportunity for the States adapt their norms in harmony with the American Convention on Human Rights.*

Keywords: *Human Rights, conventionality, procedural guarantees, preventive detention, jurisprudence, substitute measures, roots, obstruction, access to justice, procedural equality.*

Sumario:

Introducción – De la Convencionalidad para los jueces a la convencionalidad para los agentes estatales – La obligación de adecuación en general y el efecto modificador de las sentencias dictadas por la Corte IDH – La independencia judicial, la libertad de fallar y el debido proceso – Prisión oficiosa y convencionalidad en el marco de actuación establecido en el caso Tzomplaxtle vs. México – Prisión oficiosa y convencionalidad en el marco de actuación establecido en el caso García Rodríguez vs. México – Reflexiones finales - Referencias

Introducción

El principal objetivo del presente artículo es visualizar los efectos generales que han consolidado en los últimos años las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante Corte IDH) a partir del análisis emitido por este alto tribunal sobre la incompatibilidad de normas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “La Convención” o Convención ADH) y la obligación convencional de los Estados de atender los fallos emitidos, lo que complementa las obligaciones generales de respeto, garantía, no discriminación y adecuación, en especial este último cuando la norma es contraria a los principios y normas de Derechos Humanos.

En el mismo sentido y de forma práctica, estos fallos que denotan la incompatibilidad de normas pueden ser utilizados en la práctica legal en los distintos órganos jurisdiccionales; derivado de ello, es que se ha contemplado analizar la posibilidad de hacer vinculante el razonamiento de los peligros procesales en el ámbito penal a pesar de que existan normas prohibitivas para la aplicación de medidas sustitutivas para algunos tipos penales, por ello otro de los objetivos es fundamentar la necesidad de una prisión preventiva o de una medida sustitutiva en todos los casos, a través de la aplicación de fallos jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin discriminación alguna.

El reconocimiento de los Derechos Humanos y su manifestación como un compromiso ineludible de los Estados es una de las bases en las que se cimientan las sociedades democráticas; dentro de ellos se encuentran las garantías procesales reconocidas en distintos instrumentos internacionales de la materia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Desafortunadamente, algunos Estados bajo la premisa de su soberanía o de una política criminal, crean o mantienen normas que riñen con legislación de carácter internacional o con las obligaciones generales que los propios Estados han adquirido.

El discurso de soberanía que suele ser utilizado, obvia el hecho que han sido los Estados bajo su potestad soberana quienes deciden formar parte de un convenio internacional y que al

hacerlo en plena libertad también se comprometen a su cumplimiento, aspectos que se desarrollan dentro de los mismos tratados o bajo las premisas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Una política criminal o cualquier acto normativo, sea este legislativo o constitucional, debe regirse por un irrestricto respeto a los Derechos Humanos, de tal forma que al entrar en colisión entre estos y aquellos debe primar el principio *pro personae*, un aspecto no solamente de naturaleza procesal que permite a los juzgadores atender la norma más favorable a la persona y a sus libertades sino que también hace un llamado a que el Estado debe cumplir con el deber de adecuación, expulsando o modificando aquellas normas que entren en notoria colisión con otras que protejan Derechos Humanos, incluso incorporando a la legislación aquellas que mantengan un estatus de armonía entre el derecho interno y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese orden de ideas, al existir la figura de prisión provisional oficiosa, los Estados deben velar porque la independencia judicial y las resoluciones que emitan los juzgadores sean consideradas a la luz de la normativa internacional en materia de Derechos Humanos; aunado a la idea de instar a los organismos legislativos para que realicen una adecuación convencional a la prohibición expresa de aplicación de medidas sustitutivas; de tal manera que se permita al juzgador en un caso penal argumentar y razonar debidamente sobre los peligros procesales de fuga y/o de obstaculización a la averiguación de la verdad. Tal es el caso guatemalteco que encuentra implícitamente la prisión preventiva oficiosa en el artículo 264 del Código Procesal Penal, Decreto 51-92 del Congreso de la República.

Desde la perspectiva de la política criminal democrática, la misma se rige bajo ciertos principios rectores que cimientan la estructura del accionar del Estado orientada a gestionar la violencia y criminalidad. Esa base debe estar compuesta por la dignidad de la persona, respeto e incorporación de convenios internacionales, la estatalidad de la política, entre otros. El plexo normativo gira en torno al ser humano, por lo que se debe tener en cuenta que en materia legal y, asimismo, las políticas públicas estatales deben estar centradas en la persona, teniendo en cuenta que la política criminal también debe superar ciertos requisitos o pasos comprendidos en el *corpus iuris* internacional para que la medida administrativa se encuentre apegada a la ley.

De la convencionalidad para los jueces a la convencionalidad para los agentes estatales

Varios son los años que han pasado desde aquel icónico voto concurrente razonado emitido por el recién fallecido expresidente de la Corte IDH, el Doctor Sergio García Ramírez, cuando en el caso *Myrna Mack vs Guatemala* en el párrafo 27 manifestó: “No es posible seccionar internacionalmente al Estado... entregar a éstos la representación del Estado en el juicio...y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” (García Ramírez, 2003, párr. 27) con esta expresión y su

desarrollo en aquel icónico caso, se dio pauta para que luego la Corte IDH pudiera tomar como parte del contenido de sus sentencias lo que se ha conocido como el “control de convencionalidad”.

Es en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, cuando la Corte IDH toma las consideraciones del Juez Sergio Ramírez y dentro del cuerpo de la sentencia empieza a hablar sobre este control como una obligación de los jueces al resolver; de tal cuenta que, si un juez no relaciona adecuadamente su resolución en armonía con este control, esta puede ser susceptible de ser atacada por falta de fundamentación.

En dicha ocasión, el razonamiento de este órgano se centró en el hecho que los juzgadores, ya sea de forma individual o cuando se encuentran en tribunales integrados, deben respetar los estándares internacionales, lo que en sus palabras: “les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin... en otras palabras el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” (*Almonacid Arellano y otros vs Chile*, 2006, párr. 124).

Uno de los principios que rigen al Derecho internacional público es que el Estado, una vez y de forma soberana ha aceptado la competencia de un instrumento internacional, este debe atender al tratado de buena fe, lo que implica que no “puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno” (*Almonacid Arellano y otros vs Chile*, 2006, párr. 125).

Una cuestión de extrema importancia para el contenido del presente trabajo, pues no es la primera vez que la propia Corte IDH ha sido enfática en el control de constitucionalidad inicial que debe hacer el Estado y el control de convencionalidad que deben hacer los agentes estatales, el primero al emitir por vía del Congreso, legislación que pueda entrar en contradicción con la Constitución o los tratados internacionales aceptados y ratificados por el Estado, aspecto que tiene que ver también con el bloque de constitucionalidad, y el segundo se refiere al aspecto práctico de los agentes estatales (funcionarios y/o empleados públicos) en sus actuaciones, pues deben ejercer un irrestricto control de convencionalidad en cada una de sus acciones.

En casos como *López Lone vs Honduras* se ha manifestado la obligación de este control, no sólo por parte de los tribunales, sino que también por los agentes estatales.

Este control se inicia desarrollando el control *ex officio* que los jueces y tribunales deben tener de los tratados internacionales a los que se han sometido los Estados, y luego maximiza (el tribunal en su sentencia) en el párrafo 193 la obligación de otros agentes estatales al manifestar que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer... un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana” (*López Lone y otros vs Honduras*, 2015, párr. 307). Más adelante, en la misma sentencia es mucho más explícita al mencionar que “las autoridades internas están obligadas a tomar en cuenta las interpretaciones de la Convención Americana realizadas por la Corte Interamericana” (*López Lone y otros vs Honduras*, 2015, párr. 307).

Años después, en su línea jurisprudencial la Corte IDH ha mantenido el criterio sobre el control de convencionalidad y cada vez es más puntual en el hecho que ningún funcionario público puede bajo ninguna circunstancia desatender las obligaciones a las que se ha sujetado el Estado cada vez que acepta soberanamente la competencia del tribunal y el contenido de los diferentes instrumentos en materia de Derechos Humanos, de hecho, por el deber de adecuación las normas que sean contrarias a los parámetros de los instrumentos internacionales en esta materia deben ser desechadas por dos vías.

La primera en cuanto a su aplicación mientras estas subsistan, es decir, el agente estatal debe hacer una ponderación entre la norma inconvencional y los tratados internacionales y optar por estos últimos cuando la protección es mayor; la segunda, el legislador debe derogar toda aquella norma que sea contraria a los parámetros convencionales derivado del deber de adecuación, y existe aún incluso una tercera vía que es la protección constitucional conocida como inconstitucionalidad de ley, por la que cualquier persona puede, ajustándose a los parámetros internos del Estado, atacar una norma por su carácter inconstitucional o inconvencional.

El último término ha sido abordado por la Corte de Constitucionalidad en la sentencia 3350-2019: “se asume que la omisión de cumplimiento de un compromiso internacional implica contravención al instrumento normativo del cual deriva la obligación, como a la Constitución misma” (Expediente 3350-2019, 2021, pág. 51), permitiendo a los tribunales constitucionales el análisis de las mismas y la posibilidad que sean estos las que declaren su inconstitucionalidad y las expulsen del ordenamiento interno.

La razón por la cual la Corte IDH ha sido enfática y cada vez más amplia en el “control de convencionalidad” en mucho se debe a que los Estados, ya sea por aplicación del derecho interno de forma preferente a los tratados internacionales o por razones políticas, han pretendido omitir sus obligaciones convencionales.

Con la aplicación de este control también se contribuye en mucho a que sean los propios Estados los que autoejecuten los distintos convenios internacionales, de tal forma que la Corte IDH cumpla con su función subsidiaria; los primeros llamados al control son los propios Estados a través de sus agentes y en todo caso estos no cumplan a cabalidad con sus funciones, serán los controles internos de protección de derechos de las personas los que deben velar por su cumplimiento, a decir, de manera contenciosa los tribunales constitucionales y como control moral la figura reconocida del *Ombudsman* o Procurador de los Derechos Humanos.

La tarea del control a través de los agentes estatales es realizar una ponderación o contraste entre el ordenamiento jurídico interno y las normas internacionales de Derechos Humanos, primando en su aplicación aquella que sea de mayor beneficio para la persona, lo que se ha conocido como *in dubio pro homine* y más recientemente como *in dubio pro personae*, es decir, debe primar aquella norma que sea de mayor beneficio para la persona, “este contraste supone que

la Convención ADH se aplica en el ámbito interno de forma directa y además tiene una jerarquía superior comparado al resto de la regulación interna” (Burgos Bustos, 2020, pág. 15).

Otro efecto del control de convencionalidad que ha sido discutido internamente en los Estados, es el hecho de la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH con respecto al resto de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, es decir, se ha planteado constantemente el hecho que solamente el Estado condenado está obligado a acatar los parámetros jurisprudenciales de la Corte IDH con respecto a los casos conocidos en su contra mientras que los Estados restantes discuten si se aplica o no en su territorio.

Un aspecto que la misma jurisprudencia y doctrina de la Corte IDH ha superado; la sentencia icono del control de convencionalidad es *Almonacid Arellano y otros vs Chile*; sin embargo, *Gelman vs Uruguay* ha marcado aún más el efecto por el cual se irradia la obligación a los demás Estados, en razón del voto concurrente emitido en ese entonces por el juez Eduardo Ferrer Mc-Gregor en donde se plantea la doctrina de la “*Res Judicata*” y la “*Res Interpretata*”.

A decir del juzgador: “La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados parte en la Convención Americana” (Ferrer Mac-gregor, 2013, pág. 656), obligación que se recalca posteriormente en la supervisión de sentencia del caso.

Estas dos dimensiones implican en un primer lugar que los efectos jurídicos *inter partes* están dirigidos a los Estados que actuaron en el caso contencioso ante la Corte IDH y que han sido encontrados responsables internacionalmente por la violación a un derecho consagrado en la Convención ADH, la segunda dimensión implica un efecto *erga omnes*, lo que hace que la sentencia se constituya en un “parámetro o estándar mínimo de efectividad convencional que es obligatoria para todos los Estados partícipes del Sistema Interamericano, sin que tenga relevancia si intervinieron o no en el proceso determinado” (Burgos Bustos, 2020, pág. 23).

Esta última dimensión irradia el efecto *erga omnes* que es de obligatoria observancia para todos aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, estos entonces:

(...) deberán seguir el estándar mínimo de efectividad -originado en el caso interamericano particular- en causas internas con similitudes que lo hagan análogo para aplicar la interpretación de la Corte como parámetro, en esta situación se le permite al Estado alejarse del estándar establecido por la Corte, sólo en casos en que exista una postura más favorable para el individuo a nivel interno. (Burgos Bustos, 2020, pág. 23).

Lo anterior implica la importancia de la “eficacia interpretativa”, esto es, que cualquier agente estatal está en la obligación de aplicar la norma convencional interpretada para que tenga un estándar de efectividad mínima tanto la norma sustantiva es decir la Convención ADH como las

interpretaciones que emanan de la Corte IDH sobre la misma, ya sea en opiniones consultivas o en su aplicación procesal en los casos contenciosos.

Mantener un efecto de interpretación y aplicación que irradia a todos los demás Estados cualquier decisión de la Corte IDH permite hacer énfasis en el hecho que la obligatoriedad del control de convencionalidad y ejecución de actos por parte de los agentes estatales es un efecto *erga omnes* que a lo interno como se ha dicho debería iniciar por la adecuación de los actos a un control de constitucionalidad primero y de forma subsidiaria a partir de la protección internacional y el desarrollo de la jurisprudencia emanada de este alto tribunal; en palabras del juez García Ramírez : “En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales” (Burgos Bustos, 2020, pág. 58), mientras que estos realizan un control interno basado en normas, principios y valores, la Corte IDH lo hace a través de su función consultiva y contenciosa.

Los agentes estatales ante este efecto de obligación en la adecuación de sus actos a estándares internacionales de Derechos Humanos lo hacen, no en una función jurisdiccional como lo han realizado inicialmente los juzgadores, sino como una obligación administrativa y ejecutiva en el caso del organismo ejecutivo y legislativa en el caso del congreso. En ese sentido, el sistema europeo de Derechos Humanos contempla la figura jurídica denominada margen de apreciación, el cual es el campo de interpretación de los derechos fundamentales que tienen los agentes estatales derivado de la potestad soberana otorgada.

La Corte IDH ha reconocido un cierto margen de apreciación al permitir a los Estados un rango limitado para decidir acerca de la restricción de ciertos derechos como la libertad de expresión, derecho a un recurso judicial, libertad personal y derechos políticos (Barbosa Delgado, 2013, pág. 1096). Un caso contencioso que ilustra cercanamente la figura del margen de apreciación es *Castañeda Gutman vs México* donde el tribunal interamericano reconoce que no existe un modelo único y específico del sistema electoral en Latinoamérica, permitiendo que cada Estado desarrolle su propio modelo único electoral, pero respetando en todo momento los estándares consagrados en normativa internacional.

En el caso del organismo ejecutivo, este control va encaminado en dos vertientes, al momento de emitir reglamentos, acuerdos, dictámenes y cualquier decisión que implique la resolución administrativa y que tenga efecto en particulares y demás agentes estatales, dichas resoluciones deben también tener una suerte de control constitucional a fin evitar que entren en contradicción con derechos reconocidos en la propia Constitución o en tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, en el mismo sentido, al ejecutar sus actuaciones con respecto a sus funciones.

Esto último implica también una obligación más para el Estado, y es la de prevención y educación; algo que pudiera verse como una carga imposible derivado que todos los agentes

estatales están obligados a conocer los estándares mínimos establecidos por la Corte IDH en su función consultiva y contenciosa, así como conocimiento de la normativa constitucional y convencional; un aspecto que el alto tribunal interamericano no ha contemplado en el desarrollo de su jurisprudencia o en opiniones consultivas; sin embargo, en la mayoría de Estados la figura del *Ombudsman* o Procurador de los Derechos Humanos y diferentes instituciones gubernamentales protectoras de los Derechos Humanos tienen contempladas dentro de sus funciones ya sea por legislación o por política interna, la educación y prevención en todo nivel.

El Estado, entonces, debe maximizar sus esfuerzos, con la finalidad que todos sus agentes tengan una capacitación mínima y constante, lo que transforma la educación en Derechos Humanos en una prerrogativa que no se puede desatender y que debe estar en constante revisión con la finalidad de que llegue a cuanto agente estatal sea posible y pueda aplicar estos estándares en cualquiera que sea su función.

La obligación de adecuación en general y el efecto modificador de las sentencias dictadas por la Corte IDH

En los inicios de la década de los 2000; se presentaron diversos conflictos entre dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche y el Estado de Chile por tierras ancestrales pertenecientes al primer grupo, las cuales estaban siendo explotadas por compañías trasnacionales. Posteriormente, las disputas se transforman en incendios forestales y destrucción de bienes de las compañías por lo que varias autoridades e integrantes del pueblo indígena fueron procesados penalmente por delitos contemplados en la Ley Antiterrorista de Chile (Ley 18,314), a quienes se les impuso prisión preventiva bajo la causal de peligro para la seguridad de la sociedad, continuando un proceso penal con constantes violaciones a los derechos de las víctimas.

Consecuentemente, los peticionarios alegaron ante la Corte IDH, entre otros, la violación a los derechos consagrados en la Convención ADH siendo estos la presunción de inocencia, libertad personal, principio de legalidad, igualdad ante la ley en relación a las obligaciones generales de respeto y de adecuación. Siendo denominado como caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile.

En este primer caso que se examina, la Corte IDH analiza la posible violación del artículo 8 y 9 en relación al artículo 2 de la Convención ADH. El texto normativo confrontado fue el siguiente: “Se presumirá la finalidad de producir dicho temor en la población en general, salvo que conste lo contrario, por el hecho de cometerse el delito mediante artificios explosivos o incendiarios, (...)” (Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, 2014, párr. 169).

El criterio de la Corte IDH se fundamentó en varios aspectos que vale la pena analizar, tal es el caso de que el alto tribunal considera la existencia de violación al principio de legalidad y

presunción de inocencia debido a la presunción que se infiere al considerar delito terrorista si se utilizan artificios explosivos o incendiarios para producir un temor generalizado en la población. El elemento esencial es el temor que se infundirá en las personas de ser víctimas de un delito de la misma especie. Por tanto, presumir que la intención es generar temor en un sector de la población por el uso de aparatos explosivos o incendiarios es permitir la creación de tipos penales sobre premisas subjetivas siendo, desde un principio, inconvencional con respecto al principio de presunción de inocencia que es un pilar de todo Estado que se considere democrático y respetuoso de los Derechos Humanos.

No obstante, en el mismo caso contencioso, la Corte IDH continúa haciendo un análisis sobre la obligación de adecuar las disposiciones internas, esta vez, con respecto al peligro para la seguridad de la sociedad como causal para la prisión preventiva de los peticionarios, es menester reconocer el carácter excepcional que sostiene la prisión preventiva y teniendo que ser debidamente fundamentada la decisión del juzgador de la razón por la que el individuo deba ser privado temporalmente de su libertad en aras de asegurar la continuidad del proceso.

Con respecto a lo anterior, la Corte IDH se pronunció sobre las causales para la imposición de la prisión preventiva: “Criterios de esa naturaleza deben ser valorados en el contexto de la evaluación de la necesidad de la medida en las circunstancias del caso concreto.” (Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile, 2014, párr. 362). Dadas las posibles consecuencias jurídicas que puede conllevar una decisión equivocada, el juzgador debe explayarse ampliamente en cuanto al porqué de su decisión pues de ella depende la libertad de un individuo.

La prisión preventiva se ha transformado en el preludio de la anticipada pena privativa de libertad. Debido a la situación actual del sistema penitenciario, el cual no tiene una clara diferenciación entre reos que están cumpliendo su condena y quienes están en ese lugar como medida de coerción, debido al hacinamiento y sobrepoblación carcelaria, entre otros muchos factores.

Por otra parte, en la década de los ochentas, el Estado chileno mantenía una censura de rango constitucional sobre ciertas producciones cinematográficas, por ello, un consejo de calificación denegó la solicitud para la divulgación de una obra denominada “La última tentación de Cristo”, a pesar que se plantearon recursos y que se accedió a la publicación, posterior a ello, la iglesia católica a través de sus representantes objetaron la decisión y el caso llegó hasta la Corte Suprema la que luego del análisis y basándose en el rango constitucional de la norma decidió finalmente prohibir la exhibición de la obra, formando con ello un precedente judicial.

Derivado de ello, los peticionarios presentaron el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que posteriormente presentó el caso ante la Corte IDH alegando la violación a los derechos consagrados en la Convención ADH siendo estos la libertad de pensamiento y

expresión, de conciencia y religión en relación a las obligaciones generales de respeto y de adecuación.

En especial en la segunda de las obligaciones, se argumentó que el Estado chileno no había cumplido con el deber de adecuación al mantener la censura de las obras incluso elevando dicha censura al plano constitucional. El caso toma importancia por varias razones, entre ellas el hecho que es un claro ejemplo de cómo se puede diferenciar entre un Derecho Humano y un derecho fundamental; la doctrina establece casi por unanimidad que los Derechos Humanos son reconocidos por los Estados en diferentes instrumentos internacionales mientras que un derecho fundamental es aquel Derecho Humano que ha sido reconocido por el Estado, pero no ha sido elevado a rango constitucional; un aspecto superado en mucho por el bloque de constitucionalidad que integra y reconoce los tratados internacionales en esta materia en un rango constitucional.

El aspecto novedoso de la sentencia radica en que al hacer el análisis de las obligaciones generales de los Estados con respecto al artículo 1.1 y 2 de la Convención ADH el Estado (aunque no de forma autónoma) había producto de la violación de los derechos relacionados, incumplido con el deber de respeto consagrado en el artículo 2 y en especial con la obligación de adoptar todas aquellas medidas que se consideraran prioritarias y necesarias para que el ordenamiento jurídico interno no colisionara con los derechos reconocidos en la Convención.

Esta obligación implica el adoptar legislación que armonice con las normas internacionales en el caso no exista y también derogar todas aquellas que colisionen con las disposiciones de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, obligaciones que hasta antes del fallo en cuestión se habían analizado con respecto a normas infraconstitucionales.

La apertura generada por el análisis de la Corte IDH viene a reafirmar la teoría conocida como inconstitucionalidad por omisión, de suerte que también puede denominarse inconventionalidad por omisión a partir de la falta de un control de convencionalidad en caso sea incluso la misma Constitución Política la que llegue a ser inconventional.

La inconventionalidad por omisión indirecta como es el caso en análisis, se presenta por la pasividad del Estado en adoptar o derogar normas que riñen con las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos, se refiere entonces a que “se requiere de algún acto administrativo que debe ser adoptado por la Administración pública, siendo que, al no adoptarse, el silencio administrativo deviene en una inconventionalidad por omisión” (Rojas Ortega, 2022, pág. 17)

Generalmente este silencio administrativo implica que no se ha realizado un acto por ejemplo de legislación en adoptar una norma, derogar o adecuar una ya existente para que exista armonía con la norma internacional; en el caso Olmedo Bustos Vs Chile la novedad en la sentencia se dio al permitir analizar una norma de carácter constitucional que devino en inconventional derivado que el Estado chileno en ese momento no la había derogado de su propia constitución.

En este caso y en otros como Boyce y otros Vs Barbados, la Corte IDH sostuvo que el deber de adecuación debe ser efectivamente cumplido, derivado que es una consecuencia natural de la ratificación de la Convención ADH “puede afirmarse, que la inconventionalidad por omisión es una manifestación de la mutación positiva del principio de supremacía constitucional, entendiendo a ese instituto como garantía, también, de la supremacía convencional” (Rojas Ortega, 2022, pág. 23), siendo entonces que la propia constitución resulta contraria a la convención, la norma constitucional debe ser derogada o adecuada a la primera, no como una consecuencia supraconstitucional sino como un efecto de armonía entre la propia Constitución y la Convención, primando la norma que más beneficie los derechos fundamentales de las personas.

La Corte IDH cuando se ha referido a las normas constitucionales como inconventionales ha cuidado que el lenguaje sea políticamente correcto, de hecho se centra más en el análisis de la violación a los derechos que en la relación que esta violación tiene con respecto a los deberes generales de los Estados consagrados en los artículos 1 y 2 de la Convención ADH, incluso en el caso Digna Ochoa vs México al referirse a la norma constitucional ausente (inconventionalidad por omisión) lo que hace es dirigirse en su razonamiento al apartado de garantía de no repetición.

Lo anterior, en mucho, porque confrontar a una norma constitucional o la ausencia de ella en el razonamiento de lo que se conoce como “ilícito internacional” equivale a que el criterio de muchos pueda colocar a la propia Convención como se ha dicho en una posición supraconstitucional, lo que en sí no ha sido el objetivo, más bien, lo que se pretende es crear una armonía entre esta norma internacional y el derecho interno.

Por ello al referirse a la inconventionalidad de las constituciones lo ha hecho manifestando que existe una incompatibilidad derivada de que la norma constitucional no es clara en relación a la norma convencional.

Siguiendo este razonamiento la Corte IDH al considerar que existe una incompatibilidad entre la norma constitucional y la convencional lo que hace es recordar que cualquier Derecho Humano reconocido se convierte en una garantía mínima del Estado y que en su afán de protección es el propio Estado el que debe reformar o expulsar la norma incompatible aun cuando esta fuere constitucional.

Esta incompatibilidad junto con el principio de *In dubio pro personae* permiten que los tribunales constitucionales puedan ejercer un control sobre las normas internas y que los Estados mismos a través de los procedimientos constitucionales puedan poner en manos de la misma población la posibilidad de determinar la continuidad de la norma constitucional incompatible.

Los requisitos y procedimientos para expulsar o crear una norma de rango constitucional suelen ser complicados y eventualmente incluso se prestan para que la misma población sea víctima de las pasiones y no comprenda la importancia de expulsar o crear las normas compatibles con los

distintos instrumentos de Derechos Humanos. Es muy seguro por ejemplo que en una consulta a la población sobre la pena de muerte, la gran mayoría estaría de acuerdo con su aplicación.

Por ello, es importante que en la aplicación inmediata de la norma convencional sean los jueces los garantes del principio *in dubio pro personae* y opten por no aplicar todas aquellas normas que limitan incluso su actuación como jueces naturales; a guisa de ejemplo, la incompatibilidad de la norma procesal que limita la posibilidad de una medida sustitutiva por la “pena que se espera” dentro del proceso; aplicar esta normativa equivaldría a emitir una sentencia condenatoria adelantada y sería una clara violación al principio de juez natural y al derecho de defensa así como las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención ADH.

La incompatibilidad o inconventionalidad de las normas internas ya sean constitucionales o que formen parte del ordenamiento jurídico interno puede fundamentarse no sólo en las sentencias emitidas por la Corte IDH sino que también están al alcance sus opiniones consultivas, que derivan en opinión del autor en vinculantes por emanar del propio órgano con competencia para ello; por ello es que opiniones consultivas como la OC-57-85 del 13 de noviembre de 1985 solicitada por el Estado de Costa Rica y que refirió la incompatibilidad de la colegiación obligatoria de periodistas por ser incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puede perfectamente ser invocada no sólo por los tribunales ordinarios o constitucionales sino que también por los otros organismos del Estado, esto en favor de una mayor libertad.

Es la “propia Corte IDH la que ha sostenido que el control de convencionalidad debe realizarse en el marco de las competencias procesales y legales de los países que pertenecen al Sistema Interamericano” (Orozco Solano, 2016, pág. 1)

A lo interno de los Estados la protección constitucional suele tener un control concentrado y un control difuso, en ese sentido, el control concentrado lo realiza el tribunal constitucional ya sea en razón de su competencia o por razón del procedimiento (en el caso de la inconstitucionalidad por ejemplo) mientras que el control difuso lo realizan todos los demás órganos jurisdiccionales al momento de emitir sentencias, las que deben atender a la jurisprudencia constitucional o cuando se constituyen en tribunales de carácter constitucional ante el conocimiento y procedimiento de alguna de las garantías constitucionales.

En el caso del control ejercido por la Corte IDH también existe un control concentrado y uno difuso, el concentrado que se realiza al momento de conocer un caso contencioso, razón por la cual este alto tribunal debe atender a su propia jurisprudencia y al momento de resolver debe aplicar estos parámetros atendiendo al principio de máxima protección; complementariedad y evolución de las sentencias.

El control difuso es el realizado por los Estados a través de sus distintos órganos de justicia (ordinaria y constitucional), razón por la cual, deben atender a los parámetros jurisprudenciales

emitidos por la Corte IDH y en el mismo sentido, recordar que cualquiera que fuere su decisión el control de convencionalidad aplicado al caso concreto debe constituir un mínimo en cuanto a las garantías procesales y la protección a los derechos fundamentales, convirtiendo de esa forma al control del convencionalidad en un parámetro de atención en todos sus actos y evitando al mismo tiempo que los casos puedan convertirse en una posible solicitud de conocimiento contencioso ante este alto tribunal de Derechos Humanos.

La independencia judicial, la libertad de fallar y el debido proceso

Una de las máximas garantías dentro de un proceso es contar con la seguridad de que el juzgador cuenta con las herramientas suficientes para ejercer su función con total libertad, pero también con la posibilidad de poder tratar de igual forma a los justiciables, sin más limitaciones que las establecidas en la propia ley, la que debe contener un carácter convencional o en todo caso ser susceptible de un control de convencionalidad al momento de tomar una decisión sobre todo relativa a la limitación de otros derechos.

La independencia judicial se ha convertido en una garantía primordial dentro de un Estado de Derecho, dicha categoría tiene varias vertientes, una de ellas es la garantía de que los jueces pueden actuar sin ningún tipo de injerencia interna o externa, su actuación está sujeta solamente al ordenamiento jurídico interno y a la Constitución y a todos aquellos tratados en materia de Derechos Humanos que favorezcan la protección de las personas frente al Estado; al hecho que si limitan dentro del ejercicio de sus funciones un derecho fundamental por ejemplo la libertad de locomoción, esta limitación será objetiva y apegada a todas las garantías reconocidas.

Dentro de esta dimensión de la independencia judicial la Corte IDH se ha pronunciado en casos en los que los jueces han sido sancionados o removidos sin causas justificadas o por razones políticas, fundamentalmente han sido casos que se han conocido dentro del ámbito laboral y la estabilidad de los juzgadores, se ha concluido que la separación de un juez de su cargo no debe ser arbitraria ni obedecer a criterios políticos lo que va en contra del derecho de permanencia en la judicatura a su cargo, remover sin una causal objetiva a un juzgador ha concluido la Corte IDH violenta el derecho a la independencia judicial establecido en el artículo 8.1 de la Convención.

La Corte IDH ha señalado que cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces se vulnera el derecho a la independencia judicial, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público (Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs Ecuador, 2013, párr. 155) incluso en el caso Villaseñor Velarde y otros vs Guatemala se refirió a la seguridad personal de los jueces.

Los casos entonces conocidos por la Corte IDH se refieren en su gran mayoría a la estabilidad en el puesto, a excepción del caso Villaseñor Velarde y otros vs Guatemala, algo que se ha criticado derivado que en consideración de algunos autores, el derecho del justiciable a contar con la garantía de un juez imparcial no puede mezclarse con el hecho de que un juez sea permanente

o no en su puesto, una cuestión de interés pues en muchos Estados existe la figura del juez suplente o itinerante, este actúa cuando no existe un titular o por alguna razón no puede conocer del caso; un aspecto que al justiciable muchas veces le es indiferente pues su interés es que resuelva el caso atendiendo a su legítima pretensión, independiente de quién sea el que le juzgue.

El segundo componente en relación a la libertad de fallar de forma libre por parte de los jueces tiene mucho que ver con la figura del juez natural; cuando un juez no falla por temor a las represalias administrativas o judiciales que pueda tener o cuando no lo hace derivado que la propia normativa se lo impide a pesar de existir un control de convencionalidad que le permita actuar en base a las garantías y principios del derecho internacional de los derechos humanos, también se configura una especie de violación a la independencia judicial, que desafortunadamente la Corte IDH no ha visualizado a profundidad en las resoluciones que tienen pertinencia con la categoría de independencia judicial, algo que la Comisión Interamericana sí ha tratado.

Es en el informe de fondo que la comisión presentó relacionado al caso Aptiz que se argumenta la vulneración al principio de independencia judicial en los casos en que los juzgadores no pueden resolver de forma libre en derecho.

En el caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador, la Corte IDH en el párrafo 219 de su sentencia hace un análisis que se acerca también a otras formas de violación a la independencia judicial, si bien, en el caso el Congreso es el que ordena el cese en funciones de los jueces por lo que se configura una incursión incluso en las funciones de los organismos del Estado que también refirió la Corte IDH, en su resolución este alto tribunal hace mención de la violación a la independencia judicial a partir de las decisiones convencionales que realizan los jueces en colisión con el derecho interno. “(D)urante los juicios políticos ocurrieron un importante número de irregularidades y, además, dichos juicios se sustentaron en decisiones de control constitucional adoptadas por los vocales, lo cual estaba prohibido por el derecho interno” (Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador, 2013, párr. 219).

Al referirse a este caso, la Corte IDH hace una considerable intervención en relación a la violación a la independencia judicial, por una parte relaciona el hecho de que esta garantía se violenta por la decisión tomada por el Congreso que en ese momento estaba juzgando el actuar de los vocales del tribunal objeto de la violación y por otra el hecho de la decisión que se adopta en una materia dentro de la competencia de los jueces en contravención con el derecho interno pero en armonía con la Convención, una clara decisión convencional y ajustada al principio *pro personae*.

Es en el mismo informe sobre el caso Aptiz que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que los juzgadores deben contar con las herramientas necesarias para que su función sea totalmente independiente; al respecto Oscar Parra señala que para que esta garantía pueda ser más que sólo una aspiración, “los jueces deben contar con (i) la facultad de interpretar y

aplicar las fuentes del derecho y (ii) la facultad de evaluar con libertad los hechos y las pruebas” (Parra Vera, 2017, pág. 30).

Lo anterior implica que en su función de juez imparcial, de juez natural y por el principio *Iura Novit Curia* el juzgador debe de forma armónica e interdependiente aplicar en sus resoluciones la normativa interior del Estado, los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos y los Criterios Jurisprudenciales de las altas Cortes Nacionales e Internacionales de las que el Estado haya aceptado su competencia, esto le permitirá realizar una resolución que favorezca a la persona y como contra parte le obliga a explicar, fundamentar y justificar sus decisiones a través de un adecuado juicio de razonabilidad. “En otras palabras, el juez tiene la obligación de argumentar y debe ser evaluado a partir de la razonabilidad de sus decisiones y conducta” (Parra Vera, 2017, pág. 30).

Si el juzgador cuenta con la seguridad que no será perseguido por sus decisiones basadas en criterios convencionales por ejemplo argumentando que se ha cometido prevaricato en algunos casos o sancionándolo administrativamente en otros, podrá con total libertad y sin más sujeción que a las leyes, convenciones y la jurisprudencia, resolver en pro del mayor beneficio de la persona.

Cuando existen normas que no permiten que el juez pueda sustentar un criterio de razonabilidad en sus decisiones, estas *per se* ya implican un obstáculo al acceso a un juicio justo, a la garantía del juez natural y a la posibilidad de contar con una resolución adecuadamente fundada; por ejemplo cuando existen normas que obligan al juez a cambiar las formas del proceso sin un criterio de análisis como en el caso de aquellas que no permiten al juzgador emitir una pena entre un mínimo y un máximo atendiendo a la magnitud del delito, a las circunstancias en la que se ha cometido y a la existencias de circunstancias modificativas de la ley penal.

Esto ocurre cuando se encuentra el juzgador ante un delito que se castiga únicamente con una pena rígida o que no permita al juez aplicar sustitutivos a la pena por una prohibición expresa o la aplicación de una conmuta, lo que pone al justiciable en una posición de desigualdad con respecto a otros sujetos condenados a la misma pena; por ejemplo cuando se refiere la ley a la conmuta en delitos cuya pena máxima sea de cinco años pero que en la legislación se exprese que bajo ninguna circunstancia los delitos serán conmutables aun cuando se condene a una pena de menos de cinco años.

Para efectos del presente trabajo, si existe una prohibición expresa para la aplicación de una medida sustitutiva en ciertos delitos escogidos de esa forma por el legislador, esto no permite que el juzgador pueda atender a criterios de razonabilidad, en consecuencia se limita la posibilidad que el juzgador pueda expresar los motivos del auto de prisión preventiva; no obstante puedan existir atestados que den cuenta de los negocios, familia y arraigo de la persona o que no existan motivos fundantes para considerar que se pueda obstaculizar la investigación por tener la posibilidad para influir en testigos, peritos o coimputados o la capacidad para considerar que se puedan perder

elementos materiales o probatorios derivado de las acciones u omisiones que el justiciable pueda tener al estar libre.

Los peligros procesales son dos, el peligro de fuga y el peligro de obstaculización para la averiguación de la verdad, el primero es un elemento de falta de aseguramiento para que el justiciable se presente las veces que sea necesarias dentro del proceso y el segundo es un elemento de falta de aseguramiento en la prueba, por ello, cuando se demuestra que se cuentan con los parámetros para considerar que el peligro de fuga se pueda superar o que no hay motivos para considerar que se pueda obstaculizar la investigación, lo razonable es considerar la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva.

Al respecto cabe mencionar que la restricción a la libertad en el transcurso de un proceso penal debe realizarse dentro de los límites absolutamente necesarios y que la restricción a la misma debe responder a criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad. En el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador*, la Corte IDH en el párrafo 103 de su sentencia manifestó que “la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas, de allí que se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar” (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador* , 2007, párr. 103).

Lo anterior permite inducir que sí las conjeturas o intuiciones en las que se basan las solicitudes de prisión preventiva son violatorias al derecho a la libertad personal y aún más las resoluciones basadas en simples sospechas de abstracción del procedimiento o de poder obstaculizar la averiguación de la verdad, las prohibiciones expresas en la legislación son aún más violatorias derivado del hecho que ni siquiera permiten que el juzgador pueda analizar las razones por las cuales puede emitir un auto de prisión preventiva o la aplicación de medidas sustitutivas.

Incluso la Corte IDH en el mismo párrafo del caso relacionado expresó que:

(...) aún verificado estos extremos, la privación de la libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar...en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador* , 2007, párr. 103)

Criterios que deben ser debidamente fundamentados y razonados, algo que no es posible cuando se argumenta la prohibición expresa en una ley.

La Corte IDH ha mantenido este criterio en varios casos pero es en el relacionado donde precisamente refiere en el párrafo 105: “la autoridad judicial no fundamentó las razones por las cuales creía que su prisión preventiva era indispensable para “garantizar la intermediación” del acusado o para permitir el desarrollo del procedimiento” (*Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs*

Ecuador , 2007, pág. 55), por ello, la falta de fundamentación puede realizarse por omisión derivado de la obligación que se tenía de fundamentar o por una omisión derivado que la norma le permite mediante una prohibición expresa no fundamentarse y enviar a prisión a una persona sin el debido razonamiento.

De hecho, en el mismo caso en el párrafo 107 es todavía más puntual con el deber de fundamentar al manifestar que:

(...) las autoridades ...deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad...para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado. (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador, 2007, párr. 107)

Concluye: “la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este sentido la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes” (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador , 2007, pág. 24).

El debido proceso se quebranta en el momento en que, a pesar de existir formas procesales, estas se convierten en un mero requisito de forma, pero no de fondo al no contar con la posibilidad de un debido razonamiento por parte del juzgador, generalmente la audiencia en la que se liga a proceso a un sindicado se divide en tres bloques, como establecen los artículos 81 y 82 del Código Procesal Penal, decreto 51-92 del Congreso de la República.

El primero, la discusión sobre la necesidad o no de ligar a proceso a una persona derivado de existir indicios suficientes para considerar que ha existido un delito y la probabilidad de la participación del sindicado en él; una vez se ha ligado a proceso a la persona del procesado, la discusión se enfoca en determinar la existencia o no de peligros procesales (fuga u obstaculización a la investigación) de no existir la regla es la libertad; en un tercer bloque se discute el plazo de investigación.

El respeto a las formas se cumple al preguntar por parte del juzgador si existe una posición tanto de la fiscalía como de la defensa con respecto a las medidas de coerción en ese segundo bloque; sin embargo, el fondo no se cumple, cuando el fiscal aduce que existe una prohibición expresa en el delito para la aplicación de medidas diferentes a la prisión preventiva, cuando la defensa argumenta que no se pronunciará por las mismas razones o que a pesar de pronunciarse el juzgador sin un adecuado proceso de razonabilidad se limita a manifestar que se dictará prisión preventiva derivado del principio de legalidad, del de taxatividad y de la prohibición expresa que pesa sobre el delito; mantener una posición como esta en la que se respetan únicamente las formas es constitutivo de violación al debido proceso.

Con lo anterior no se quiere indicar que es obligatorio para los juzgadores apartarse de la prohibición expresa en los delitos que no permiten la excarcelación de las personas; y que alejarse del principio de legalidad y taxatividad debe ser la regla para dar prioridad a la libertad; en realidad de lo que se trata es que al ponderar las normas convencionales, el ordenamiento jurídico interno y por vía del control de convencionalidad, el juzgador en una decisión *pro personae* atienda la forma y el fondo en ese momento procesal y razone a pesar de la prohibición, la existencia de los peligros procesales y establezca si existe la posibilidad de aseguramiento de la persona y de la prueba que permita optar por la libertad como la regla; es decir, que fundamente su resolución otorgando o no la medida sustitutiva a la prisión preventiva, más allá de únicamente manifestar que no se otorga por la prohibición existente.

Mantener esta línea es por la que se atiende solamente a la prohibición coloca al juzgador en una línea delgada entre el rigorismo de la formalidad y la restricción del derecho de defensa y la limitación a las facultades que tienen los sujetos procesales.

La política criminal democrática de Guatemala estructura su acción teniendo como base un listado de principios rectores. Uno de esos principios rectores es el respeto e incorporación de convenios internacionales en materia de Derechos Humanos (Gobierno de Guatemala, 2015-2035, págs. 34-35) por lo que, siguiendo la línea argumentativa, las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son parte del catálogo de derechos fundamentales que todos los agentes estatales deben de acatar. Parte de esas garantías judiciales es la debida fundamentación de las resoluciones por parte de los órganos jurisdiccionales que deben ser redactadas en palabras sencillas para la comprensión y entendimiento de la población. La fundamentación de resoluciones forma parte de los derechos que caracterizan a un Estado democrático.

Lo anterior, representa uno de los avances para dejar atrás el sistema inquisitivo y autoritario que caracterizaba al sistema penal pues el reconocimiento de la dignidad de la persona es el pilar del derecho internacional de los derechos humanos.

En relación a estos aspectos recientemente la Corte IDH ha establecido la importancia de la debida fundamentación en las sentencias *Tzomplaxtle Tecpile* y otros vs México y *García Rodríguez* y otro vs México, al referirse a la prisión oficiosa, es decir, aquella en la que de oficio se debe resolver en favor de la prisión provisional por existir una prohibición expresa.

El tercer componente, el debido proceso debe ser una prioridad que atender por parte de los Estados a través de sus juzgadores, ello como un compromiso a atender no solamente las formas, sino que también el fondo de lo que se resuelve, es decir en el debido proceso formal y el debido proceso material.

Prisión oficiosa y convencionalidad el marco de actuación establecido en el caso Tzomplaxtle Tecpile y otros vs México

Es en este caso contencioso que la Corte IDH tuvo la oportunidad de hacer un análisis sobre las figuras del arraigo y la prisión preventiva que el Estado mexicano establece en su norma constitucional, análisis que tuvo un efecto por extensión en la figura conocida como prisión preventiva oficiosa, es decir, aquella que se decreta por principio de legalidad y taxatividad en la ley y que no permite o pareciera que no permitiese que se puedan analizar los peligros procesales de fuga y de obstaculización al momento de discutir las alternativas a la prisión preventiva en la audiencia respectiva.

El artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue analizado por la Corte IDH en el caso Tzompaxtle Tecpile y otros, dicha norma constitucional contiene un listado de siete artículos con prohibición expresa para la aplicación de sustitutivos a la prisión preventiva, de tal suerte que el tribunal en el párrafo 171 de su sentencia manifestó:

En términos generales, para la Corte, cualquier figura de naturaleza pre-procesal que busque restringir la libertad de una persona para llevar a cabo una investigación sobre delitos que ella presuntamente habría cometido, resulta intrínsecamente contraria al contenido de la Convención Americana y vulnera de forma manifiesta sus derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia. (Tzompaxtle Tecpile y otros vs Mexico , 2022, párr. 171)

Luego de realizar este análisis en el párrafo 173 al referirse a la figura de la prisión preventiva (oficiosa) y al arraigo, la Corte IDH hace una especial mención derivado de que es el mismo Estado quien manifiesta que cuenta con un procedimiento procesal de corte acusatorio, en todo caso, los principios procesales del sistema acusatorio serían incompatibles con la figura de la prisión provisional oficiosa, al respecto el tribunal manifestó que:

Por último, para este Tribunal no hay duda acerca del hecho que estas figuras resultan contrarias a la Convención por los motivos expuestos. La Corte nota que el Estado manifestó que actualmente contaba con un sistema penal acusatorio. Las dos figuras analizadas en este capítulo resultan inconventionales, porque precisamente vulneran algunos de los principios de ese sistema como el principio del contradictorio, la igualdad de armas entre las partes en el proceso, la inmediación, y la publicidad. (Tzompaxtle Tecpile y otros vs Mexico , 2022, párr. 173)

Ello hace recordar que la naturaleza de la figura procesal de la prisión preventiva es cautelar, por ello, todas aquellas normas que establezcan el análisis en sede judicial o su prohibición basada en efectos punitivos como: “la pena que se espera” o prohibitivos como la lista de delitos en los que no se puede aplicar, resulta a la luz de la jurisprudencia interamericana arbitraria e incompatible con la Convención ADH.

En Guatemala, la figura jurídica de la prisión preventiva es considerada como medida de coerción para asegurar la continuidad y el futuro resultado del proceso. La prisión preventiva depende de dos factores importantes para determinar la privación de libertad temporal del sujeto: el peligro de fuga y peligro de obstaculización a la averiguación de la verdad. La prisión preventiva tiene un carácter excepcional y, por tanto, debiera ser justificada la decisión del órgano jurisdiccional de privar de libertad a un individuo durante, según la ley penal, tres meses de investigación, teniendo en consideración que ese tiempo es una mera ficción.

En Guatemala surge una figura denominada prisión provisional que está contemplada en el artículo 10 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Poco o casi nada existe en el marco legal sobre la prisión provisional para lo cual, la práctica legal ha denominado así al tiempo de espera que pasa entre la detención de un sujeto y su presentación ante el órgano jurisdiccional para su audiencia de primera declaración que no debe pasar más de 24 horas. Se le denomina de esa manera ya que el detenido es llevado a un centro de detención donde debe esperar hasta que sea programada la audiencia ante juez competente. (Peláez, M., 2023). Delimitando de tal manera la diferencia entre prisión provisional como el tiempo de espera entre detención y primera declaración; y, la figura de la prisión preventiva como medida de coerción para asegurar el resultado del proceso.

La Corte IDH se ha referido constantemente a los fines de la prisión preventiva, estos deben ser armónicos con los elementos de lo que se ha denominado “test o juicio de proporcionalidad”; los que serían: legítima en su finalidad, idónea, necesaria y estrictamente proporcional, en tal sentido cualquier decisión judicial que no atienda estos parámetros es recurrible por su naturaleza arbitraria, si a tal punto ha llegado la garantía de que si se aplica una medida tan extrema como la prisión preventiva deben ser considerados estos extremos, en un caso donde se aplica la prisión preventiva oficiosa por una prohibición expresa sin el juicio de razonabilidad necesaria, sería mucho más arbitraria aún.

Aplicar la prisión de esta forma es decir mediante un *numerus clausus* que la prohíba expresamente constituye una violación a los Derechos Humanos, es una negativa legal pero arbitraria contenida en la ley y que impide el acceso a la justicia y al debido proceso, en consecuencia a los principios propios del sistema acusatorio ya relacionados, no obstante también vulnera la independencia judicial y la imparcialidad de quienes juzgan al limitarlos cual autómatas a tomar una decisión sin un criterio de razonabilidad y con el peligro implícito de verse expuestos a sanciones administrativas o incluso persecución penal en su contra.

La libertad de la persona está a expensas del organismo legislativo, no del razonamiento de un juez, lo que implica que una vez se ha privado de libertad existe un sesgo para decretar su inocencia posteriormente, porque es como aceptar que el sistema judicial y legal ha fallado, implica una sentencia condenatoria adelantada y una violación a la presunción de inocencia y al acceso a la justicia en condiciones de igualdad.

El derecho penal es eminentemente cultural, es decir, se rige por las costumbres y valores de las personas que conforman la nación, por lo que es lógico decir que, los delitos que conllevan una resolución de prisión preventiva oficiosa, representan bienes jurídicos tutelados importantes para la población, consecuentemente, existe una mayor presión mediática para un juzgamiento más voraz dado la índole de que se trata. Porque, legalmente, no estarían contrariando ningún instrumento legal al permitir que el juzgador razone su decisión de enviar a un individuo al centro preventivo. Es más, la Corte IDH insta, como se ha explicado a lo largo de la investigación, a promover el principio de presunción de inocencia y la prisión preventiva aumenta el estigma social de delincuente que se tiene de una persona.

En el momento en que el legislativo crea o señala los criterios para decretar una medida de coerción como la que se estudia; sin que se tenga la posibilidad por parte de los sujetos procesales o los jueces de controlar los peligros procesales, la limitación a la libertad de la persona se convierte en un hecho político y no jurídico, pues se deriva de una limitación basada solamente en la legalidad y la taxatividad faltando a la imperiosa razonabilidad sustentada en los criterios de necesidad y proporcionalidad que son parte indispensable de la ecuación derivada del test de razonabilidad de la prisión preventiva.

En relación a la prisión preventiva oficiosa, Antonio Salcedo Flores refiere que el Grupo sobre Detención Arbitraria en varias de sus opiniones:

(...) ha advertido al Estado mexicano que la prisión preventiva oficiosa atenta contra la autonomía y la independencia de los jueces, auspicia la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y podría constituir crímenes de lesa humanidad, razón por la que...ha venido dando intervención al Relator Especial de la ONU sobre independencia de los magistrados y abogados así como al Relator Especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Salcedo Flores, 2021, pág. 88)

No obstante lo argumentado y a pesar del reconocimiento del control de convencionalidad, muchos juzgadores desatienden estos parámetros y se ciñen estrictamente a lo que establece la ley prohibitiva, dejan por un lado el hecho de que son jueces de garantías, que deben ajustar su actuación a parámetros convencionales y constitucionales y se centran en el carácter prohibitivo; a pesar de ello, muchos otros, hacen un razonamiento basado en los peligros procesales, cuando emiten el auto de prisión preventiva lo hacen basados en criterios imparciales y otorgan la posibilidad de igualdad y contradicción en la audiencia; desafortunadamente muchos son denunciados cuando resuelven en favor de la libertad o al ser apelado el auto, se revierte su decisión basándose el tribunal *Ad Quem* en criterios estrictamente legales y taxativos.

Por lo anterior, se necesita que los Estados cumplan con su deber de adecuación, esto permitiría que con toda libertad los juzgadores pudieran emitir resoluciones basadas en criterios objetivos e imparciales tal y como lo hacen en casos en los que los delitos no tienen una prohibición

expresa. No basta con el hecho de confiar en la actuación garantista del juzgador, se necesita que el Estado adecúe su legislación expulsando la norma prohibitiva a fin de que el análisis sea libre por parte del juzgador y los sujetos procesales sustenten de forma jurídica y fáctica sus posiciones al momento de la discusión sobre la aplicación de medidas de coerción.

Teniendo en cuenta que nadie es culpable hasta que sea citado, oído y vencido en un juicio pues, es de tener en cuenta que ya se superó el derecho penal inquisitivo y, actualmente, se está anuente a que se deben juzgar actos con base sólida en derechos fundamentales, pues la misma Corte IDH considera particularmente grave que se otorgue prisión preventiva por la gravedad de la pena del delito o el carácter de los delitos imputados. (Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile, 2014, Párr. 362). A lo cual se puede entender la lógica argumental de los jueces del tribunal regional pues la norma penal es abstracta y ser denunciado no significa ser culpable del delito porque el que afirma algo es que el que debe probarlo.

Prisión oficiosa y convencionalidad en el marco de actuación establecido en el caso García Rodríguez y otro vs México

Este caso da continuidad a la reiterada posición de la Corte IDH con respecto a las figuras establecidas en la constitución mexicana de arraigo y prisión preventiva, la resolución emanada de este alto tribunal de nuevo analiza la arraigada posición del Estado mexicano dentro de su constitución en los artículos 16 y 19 con respecto a la incompatibilidad derivado que propicia no solamente detenciones con carácter irregular sino que mantiene una posición estudiada con anterioridad con respecto a los limitantes que tienen las personas sujetas a un proceso penal en relación a la falta de posibilidad de acceder a una defensa adecuada en plano de igualdad con los demás sujetos procesales.

En este caso el fallo de la Corte IDH da cuenta de notables fallas en el deber del Estado de garantizar y adecuar su legislación a los parámetros establecidos en la Convención ADH, este tribunal:

(...) halló al Estado mexicano responsable por detenciones arbitrarias, aplicación abusiva de figuras como el arraigo y la prisión preventiva y uso sistemático de torturas para obtener confesiones. A las víctimas que estuvieron presas de manera indebida por más de 17 años. (Martínez Hernández, 2023, pág. 172)

En este fallo la Corte IDH hace especial referencia a la violación al deber general establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto al deber de adecuación especialmente en cuanto a que al persistir e incluso agravar las figuras de arraigo y prisión provisional se comete una violación a las garantías establecidas en dicha Convención.

Se hace una especial referencia a la limitación que tienen los jueces de aplicar *ex officio* un análisis basado en determinar si existen peligros procesales de aseguramiento de la persona en lugar o de la prueba para resolver en contra de cualquier medida alternativa a la prisión, o incluso de poder establecer si en libertad la persona pudiera o no cometer un nuevo hecho delictivo.

De lo anteriormente mencionado, surge el dilema sobre si la problemática recae en la norma legal o se origina de un sistema de justicia débil y corrupto. Por lo pronto, se debe colegir lo que ha establecido la Corte IDH en el caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile:

Al ordenarse y mantenerse las medidas de prisión preventiva a las ocho víctimas de este caso, repetidamente se aplicó la causal de “peligro para la seguridad de la sociedad” (...) sin motivarse la necesidad de la medida en las circunstancias del caso concreto y con base fundamentalmente en criterios relativos a la gravedad del delito investigado y la gravedad de la pena (...) Las violaciones a su derecho a la libertad personal se derivan de la interpretación y aplicación judicial de dichas normas. (Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile, 2014, Párrs. 363-364).

En el caso contencioso de la Corte IDH, recalcan la necesidad de motivar toda resolución emitida por un juzgador ya que la interpretación de la ley puede ser muy amplia y esa situación no exime de error al juzgador al interpretar la ley. Anteriormente se mencionó, como una de las posibles opciones a debatir, un sistema de justicia débil y corrupto. El ejemplo ya explicado ilustra un sistema de justicia débil, pero en el caso guatemalteco que se presentará a continuación, alude a un sistema de justicia corrupto.

El periodista guatemalteco José Rubén Zamora es procesado por el delito de lavado de dinero luego de haber denunciado al Gobierno de turno por corrupción en el periódico del cual era el dueño. Actualmente, lleva dos años en prisión preventiva tras haber sido revocada la medida sustitutiva de arresto domiciliario y regresar al centro preventivo por otro cargo. (France24, 2024). Sin embargo, desde un principio la figura procesal de la prisión preventiva oficiosa promueve un estereotipo en la psique del juzgador de turno. Se debe resaltar que el elemento oficioso es el que promueve el prejuicio y estigma al individuo que ingresa al centro de detención, porque los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa contemplan bienes jurídicos tutelados sensibles para la población y no realmente se sabe si es culpable o inocente.

Un punto importante con respecto al deber de adecuación por parte del Estado es también que no sólo es a través de la expulsión o adecuación de la norma que se cumple con el deber de respeto a las garantías establecidas en la Convención ADH, de igual forma todos los agentes estatales relacionados al sistema de justicia (en especial) deben adecuar sus actuaciones con vistas

a respetar los Derechos Humanos de los sindicatos, lo que implica que las prácticas realizadas en la esfera de sus funciones también deben ser convencionales, por ejemplo:

Es recurrente que a pesar que el sindicado de un delito se apersona a las agencias fiscales y presenta documentación que da cuenta de su arraigo, muchos de los fiscales continúan solicitando órdenes de aprehensión en lugar de pedir que se cite a las personas, basados en criterios como la gravedad del delito o la pena que se espera, un aspecto poco objetivo y que desafortunadamente en mucho se legitima a través de las resoluciones emitidas por los juzgadores en cuanto a favorecer a la fiscalía con la emisión de dichas órdenes, aun cuando ya está individualizado en el expediente y acreditado el arraigo de la persona.

Con actitudes como esta se omite por parte de los agentes estatales mantener dentro de sus actuaciones un control de convencionalidad no solamente derivado de lo que establecen los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, sino que también de la jurisprudencia y la interpretación que se ha realizado por parte de la Corte IDH en cuanto a la aplicación de la Convención ADH como un cuerpo vivo y protector de las garantías y no solamente como una serie de normativas de *soft law*.

En el caso en cuestión es necesario hacer ver que el señor Daniel García y Reyes Alpizar estuvieron detenidos por un lapso de diecisiete años en prisión preventiva y que a lo interno del caso conocieron los hechos por los cuales estaban detenidos más de treinta días después de sufrir la limitación a su derecho de libertad y locomoción, a pesar que el delito por el cual estaban siendo investigados era el de homicidio cabe recalcar que es hasta el final de su prisión que se establecieron serias deficiencias en su proceso y en la investigación del caso. Si bien es cierto, podría existir ciertas posiciones a favor de la prisión preventiva oficiosa, ciertamente es el elemento de oficiosidad lo que promueve el debate ya que la gravedad recae en una norma penal abstracta que puede estar dirigida a cualquier persona y esa gravedad no debería repercutir en la imagen del supuesto malhechor, debiendo existir igualdad de tratamiento de delitos ante la ley.

El caso es notable pues se logró probar que durante el tiempo de privación de libertad fueron sometidos a condiciones de tortura, probando la ineficacia de la figura jurídica de la prisión preventiva oficiosa ya que, de haber probado la inexistencia de peligros procesales, no se suscitarían las múltiples violaciones de derechos humanos que suceden en centros penitenciarios. Cabe mencionar también que es un hecho notorio que las condiciones de las prisiones en los Estados Americanos no son las mejores y las personas se ven sometidas no sólo a torturas o tratos degradantes por las autoridades de los centros, sino que también por parte de otros reclusos que actúan con aquiescencia de las autoridades estatales, sometiéndose a las mismas sino se hacen altos pagos para evitar ser víctimas de vejámenes, una cuestión que toca los más profundos niveles de corrupción.

A decir de Merly Martínez la “deficiencia estructural judicial, aunado a otras conductas contrarias a los Derechos Humanos agravan el sistema de justicia...entre la corrupción, impunidad, sobrepoblación carcelaria, falta de acceso a la justicia, retrasos y dilaciones procesales, falta de independencia judicial” (Martínez Hernández, 2023, págs. 180-181)

Reflexiones finales

Los casos Tzompaxtle Tecpile y García Rodríguez, ambos contra México, permiten visualizar que más allá de las reparaciones a las víctimas, las que son imprescindibles, se hace necesario que los Estados realicen una evaluación de su normativa procesal y sustantiva con respecto a las figuras de arraigo y prisión preventiva oficiosa en casos de materia penal.

En el caso mexicano es la propia constitución la que ha sido examinada y no ha pasado a la luz de los fallos emitidos por la Corte IDH un estándar de compatibilidad con la Convención ADH. Hoy en día más parece que la regla se ha convertido, sobre todo en sociedades ávidas de justicia y seguridad en: es preferible que esté en la cárcel mientras el Estado demuestra su culpabilidad o mientras la defensa aboga por su inocencia.

Cualquier norma, sea esta constitucional u ordinaria que promueva la prisión oficiosa y que limite el razonamiento del juez, debe ser expulsada o adecuada a un parámetro convencional, el uso excesivo de la prisión preventiva implica una violación a los Derechos Humanos y no hay sentencia que establezca suficientemente una reparación en concepto de daños y perjuicios, porque un día sin libertad simplemente no se puede cuantificar.

Habrá que estar en los pies de quienes están sufriendo de prisión para entender lo que la privación de este derecho conlleva cuando no se han analizado de forma adecuada y compatible con los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos los peligros procesales que puedan dar cuenta de una resolución imparcial.

Normalizar el uso excesivo de la prisión preventiva sin un adecuado análisis de su necesidad o de elementos que den cuenta de su proporcionalidad en cada uno de los expedientes hace que se pierda la naturaleza de la propia prisión preventiva o cautelar; porque se empieza a visualizar solamente la norma en blanco y negro, y las personas pasan de ser seres humanos a simples números en una causa penal.

Los dos fallos de la Corte IDH complementan de forma armónica el análisis realizado inicialmente en la opinión consultiva OC-29/2022 por medio de la cual el tribunal establece la importancia de realizar enfoques diferenciados al momento de emitir autos de prisión preventiva cuando se trata de grupos vulnerables como las personas indígenas, las adultas mayores, mujeres embarazadas en postparto o lactancia, personas de la diversidad sexual y genérica y de niños que viven con sus progenitoras en estado de reclusión, incluso de personas que viven con discapacidad.

Desafortunadamente en mucho es la misma sociedad la que a través del llamado “populismo punitivo” aboga por tratar a quienes delinquen con penas más fuertes al punto que se pierden los principios generales y especiales de la pena; además de pedir cada vez más prisión cautelar o preventiva para todos aquellos sindicados por delitos, no importando las condiciones objetivas de los peligros procesales ya referidos o las penas que se puedan llegar a imponer.

El Estado, entonces, debe maximizar sus esfuerzos, con la finalidad que todos sus agentes tengan una capacitación mínima y constante, lo que transforma la educación en Derechos Humanos en una prerrogativa que no se puede desatender y que debe estar en constante revisión con la finalidad de que llegue a cuanto agente estatal sea posible y pueda aplicar estos estándares en cualquiera que sea su función.

Es la misma sociedad la que se aparta de los problemas estructurales que no han permitido que se cumpla con una verdadera justicia pronta y cumplida, quizás porque a las mismas autoridades les favorece más enfocar sus discursos en la represión del delito que en la prevención del mismo, una cuestión que toca los más profundos cimientos de la sociedad.

Referencias

Barbosa Delgado, F. (2013). *El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. México: Tirant lo Blanch.

Burgos Bustos, F. J. (2020). *Control de convencionalidad y el efecto de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Chile: Universidad de Chile.

Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. (26 de septiembre de 2006). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs Ecuador. (21 de noviembre de 2007). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de www.corteidh.or.cr: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs Ecuador. (23 de agosto de 2013). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de www.corteidh.or.cr: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf

Caso Gelman vs Uruguay. (24 de febrero de 2011). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

Caso López Lone y otros vs Honduras. (5 de octubre de 2015). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf

- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs Chile. (29 de mayo de 2014). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf
- Caso Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador. (28 de agosto de 2013). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf
- Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs México. (7 de noviembre 2022). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf
- Expediente 3350-2019. (28 de enero de 2021). Corte de Constitucionalidad de Guatemala.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los Estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, 11(2), 641-694. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200017>
- France24. (27 de agosto de 2024). Guatemala: corte otorga arresto domiciliario al periodista José Rubén Zamora, pero seguirá preso. Obtenido de France24: <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20240826-tribunal-concede-arresto-domiciliario-a-periodista-zamora-en-guatemala-pero-seguir%C3%A1-en-la-c%C3%A1rcel>
- García Ramírez, S. (02 de febrero de 2003). *Caso Mirna Mack Chang vs. Guatemala*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- Gobierno de Guatemala. (2015-2035). Política criminal democrática del Estado de Guatemala. Guatemala: Gobierno de Guatemala.
- Martínez Hernández, M. (2023). Arraigo y prisión preventiva en México: Caso García Rodríguez y otro ante la Corte Interamericana. *Revista Jurídica, Primera Instancia* (10). Pp. 170-191. www.primerainstancia.com.mx/wp-content/uploads/2023/08/ARRAIGO-Y-PRISION-PREVENTIVA-EN-MEXICO.-CASO-GARCIA-RODRIGUEZ-Y-OTRO-ANTE-LA-CORTE-INTERAMERICANA-Merly-Mtz.-Hdz.pdf
- Orozco Solano, V. (2016). El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense. *Revista Judicial* (118), 20. pp. 61-80.
- Parra Vera, O. (2017). *La Independencia Judicial en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos*. Tirant lo Blanch.

Peláez, M. (2023). Casi todo lo que te han dicho sobre la prisión provisional es mentira. Obtenido de Diálogos: <https://dialogos.org.gt/casi-todo-lo-que-te-han-dicho-sobre-la-prision-provisional-es-mentira/>

Rojas Ortega, A. (2022). La inconvencionalidad por omisión. *Revista de Ciencias Jurídicas* No 159, 25. 1-25.

Salcedo Flores, A. (2021). La prisión preventiva oficiosa atenta contra la democracia y favorece a la dictadura. *Anuario de Derechos Humanos*. 17(2), 473–492. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2021.59242>

Derechos de Autor (c) 2024 Carlos Rafael Martínez Ríos



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 delicencia](#) - [Textocompletodelalicencia](#)

La relación de dependencia en el Derecho del Trabajo

The employment relationship in labour law

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.141>



Para acceder al artículo
completo en línea

Lesbia Guadalupe Amézquita Garnica

<https://orcid.org/0009-0003-9076-7749>

Universidad de San Carlos de Guatemala

lesbiamezquita@gmail.com

Recibido: 13 de agosto de 2024

Aceptado: 30 de septiembre de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: En las últimas décadas se ha acometido un proceso gradual y sistemático de ataque al pacto social entre el capital y el trabajo mediante el cual se garantizan mínimos de dignidad humana a los trabajadores y sus familias, este ataque ha tenido en su epicentro abatir el contrato de trabajo, negando y ocultando su naturaleza y con ello la relación de dependencia, lo que, representa todo un desafío para el sistema de justicia principalmente en materia probatoria ya que finalmente toda la documentación de la relación obrero-patronal y el acceso a la misma por parte de los trabajadores depende del mismo sujeto que simula o pretende ocultar la relación de dependencia para sustraer al trabajador de las protecciones reconocidas al trabajo. En ese contexto se hace necesario actualizar el debate científico sobre la relación de dependencia en el marco de las relaciones laborales, sus elementos esenciales, revisar la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y replantear el *onus probandi* desde los principios del Derecho del Trabajo, desde una perspectiva que permita frente a estos desafíos garantizar la justiciabilidad de los derechos vinculados al trabajo cuando se ha producido la simulación del vínculo de una naturaleza distinta a efecto de evadirlos.

Palabras clave: Derecho del Trabajo, Principios del derecho de Trabajo, relación de dependencia, *onus probandi*, tutela judicial efectiva.

Abstract: *In recent decades there has been a gradual and systematic process of attack on the social pact between capital and labor through which minimum human dignity is guaranteed to workers and their families, this attack has had at its epicenter to abate the employment contract, denying and hiding its nature and thus the relationship of dependence, which represents a challenge for the system of justice, mainly in evidentiary, in view of the fact that in the end all the documentation of the worker-employer relationship and the access to it by the employees depend on the same individual that simulates or pretends to hide the relationship of dependency between the subjects in order to separate the worker from the recognized labor protections. In that context, it is necessary to update the scientific debate about the relationship of dependency in the framework of labor relations, the essential elements of it, as well as reviewing the jurisprudence of the constitutional courts and reconsider the onus probandi from the principles of Labor Law, from a perspective that guarantees, while facing these challenges justiciability on the rights related to work when there has been a simulation of the link of a different nature in order to evade them.*

Keywords: *Labour Law, Principles of Labor Law, employment relationship, onus probandi, effective judicial protection.*

Sumario:

Introducción - La relación de dependencia como hecho generador de los derechos laborales - La identificación de la relación de dependencia y los principios del Derecho del Trabajo - La relación de dependencia, sus elementos constitutivos - El derecho probatorio y la relación de dependencia - Conclusiones – Referencias

Introducción

La simulación de modalidades de contratación no laborales con la finalidad de extraer el vínculo de las protecciones jurídicas, económicas y sociales al trabajo es una práctica que se ha venido generalizando al extremo de hacer parte incluso de las políticas de contratación de personal de Estados y ello ha generado una escalada de la precariedad que paulatinamente alcanza a sectores cada vez más numerosos de la población mundial llegando a ser un problema de tal relevancia que en el año 2006 la Organización Internacional del Trabajo aprobó la Recomendación 198, Recomendación sobre la relación de trabajo.

De esa cuenta, el abordaje de la relación de dependencia como elemento constitutivo del contrato de trabajo ha sido un debate que ha trascendido de las discusiones teóricas a los debates forenses en medio de una lucha por la sobrevivencia de las protecciones del Derecho del Trabajo y es que, la simulación, ataca de manera frontal la fuente misma del Derecho del Trabajo al negar la existencia de la relación de dependencia y en ese curso la sujeción de la lógica de los procesos y el sometimiento de los trabajadores a las debilidades probatorias magnificadas por una percepción del *onus probandi* que al no ser compatible con los principios del Derecho del Trabajo, dificulta las posibilidad de justiciabilidad de los derechos reconocidos al trabajo.

Es por ello por lo que, este ensayo pretende caracterizar la relación de dependencia e identificar un *onus probandi* que sea compatible con la justiciabilidad de los derechos derivados de la misma.

Para ello, en el título uno se realiza, a grandes rasgos, un recorrido por la historia humana a los efectos de determinar el surgimiento de la relación de dependencia como elemento constitutivo de lo que hoy se conoce como Derecho del Trabajo, así como para comprender la importancia que esta ha tenido y tiene en el reconocimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo en su sentido moderno y por qué su negación a través de la simulación implica una regresión.

En el título dos se identifica los principios del Derecho del Trabajo que poseen una mayor relevancia y cuya aplicación es ineludible a la hora de identificar y reconocer la relación de dependencia.

En el título tres se busca determinar las principales características de la relación de dependencia que se han identificado hasta el momento en el derecho internacional de los derechos

humanos, la legislación nacional y la jurisprudencia comparada tomando para ello los instrumentos que a juicio de la autora constituyen los principales avances y que sintetizan de mejor manera elementos objetivos susceptibles de caracterizar de una manera más general una relación de dependencia independientemente del marco jurídico que le sirva de entorno.

En el título cuatro se analiza la importancia del derecho probatorio y su papel determinante en las posibilidades de justiciabilidad de los derechos vinculados al trabajo, así como de la importancia para esta que los Principios del Derecho del Trabajo se manifiesten también en el proceso de identificación de la verdad objetiva que antecede a la aplicación del derecho.

Finalmente, en las conclusiones, se identifica el tipo de prueba que a partir de los Principios del Derecho del Trabajo puede exigirse al trabajador en los casos de simulación y el enfoque con que debe abordarse la carga probatoria.

La relación de dependencia como hecho generador de los derechos laborales

El trabajo ha acompañado a la humanidad desde su origen, incluso antes de que la misma comenzara a desarrollar la racionalidad y es que, si el trabajo se entiende como una actividad física o mental o la mezcla de ambos, mediante la cual se usa o transforma la naturaleza para un fin determinado; igual connotación tendría la labor de una persona que cava una zanja para instalar una tubería de que la de un ave que recolecta paja y teje un nido. En ambos casos, concurren los elementos objetivo de la actividad y el subjetivo del fin para el que se desarrolla la actividad y, en ambos, casos, se produciría un uso o modificación de la naturaleza.

Desde esa perspectiva; es decir la que vincula la actividad, la finalidad y el uso o transformación de la naturaleza para un fin determinado, resultaría difícil encajar como trabajo labores como las que realizamos los abogados, que si bien es cierto desarrollamos en un litigio una mezcla de actividad física y mental para conseguir un fin específico, este fin se encuentra en condiciones que no hacen parte de lo que objetivamente puede considerarse naturaleza sino más bien de cuestiones abstractas, como el Derecho.

Así pues, la percepción del trabajo como actividad, si bien se trata de un hecho jurídico, no es la misma que la del trabajo como abstracción en el Derecho ya que, de tal actividad, abstraída y reconocida en el Derecho, se derivan derechos y obligaciones para los sujetos que en la relación intervengan.

De ahí que, para comprender el trabajo como hecho generador o fuente de derechos y obligaciones en el Derecho del Trabajo, se abordará, aunque de manera somera, dadas las limitaciones de espacio de este trabajo, la evolución del trabajo como mera actividad al trabajo como abstracción jurídica.

Para sistematizar este abordaje, cabe distinguir los estadios de comprensión del trabajo que, para la autora, pasan del trabajo como medio, al trabajo como bien y al trabajo ya como derecho y fuente de estos, concepciones que van de la mano con las distintas etapas evolutivas de la humanidad.

La concepción del trabajo como medio predomina en lo que Engels (2013) denomina estadios prehistóricos de la cultura, específicamente en la etapa de salvajismo y se caracteriza porque, aunque el trabajo se realiza con un fin determinado e implica un esfuerzo, no existe conciencia del trabajo como algo independiente al fin, sino que el mismo se desarrolla de manera mecánica porque constituye un medio para obtener algo. Así pues, la humanidad primitiva, cavaba la tierra para tomar un tubérculo, trepaba un árbol para obtener un fruto o arrastraba los restos de un animal hallado muerto para obtener su carne, pero el fin subsumía la actividad sin que se entendiera una distinta de la otra (pp.70, 71, 72).

La percepción del trabajo como bien o como elemento de este comienza a configurarse como producto del paso de la humanidad de la etapa del salvajismo a lo que Engels (2013) identifica como Barbarie en la que se desarrolla la alfarería, la domesticación y crianza de animales, agricultura y fundición del hierro (pp. 72-78).

En esta etapa, si bien algunas regulaciones existentes prevén alguna especie de derechos vinculados al trabajo, estos no se reconocen en función del trabajo como tal sino de la utilidad práctica del mismo, así pues, se observa, por ejemplo, en el Código de Shulgi también conocido como Código de Ur-Nammu, que es hasta el momento el texto normativo más antiguo conocido y que data de entre el año 2100 y 2050 antes de Cristo, que este no entiende el trabajo como algo distinto al producto de la labranza y asume el trabajo empleado como algo indemnizable (Lara & Lara, 1994, pp. 70 y 71).

El Código de Bilama; Código de Esnuna o Leyes de Esnuna que data aproximadamente del año 2010 antes de Cristo prevén que el alquiler de un barco, un carro de bueyes o un asno tienen un valor en el que está incluido su conductor aunque ya da algunos indicios de la noción actual de salario al prever el pago de jornales en los casos del cosechador, el mercenario y al que denomina factor; esto sin embargo, se ubica lejos del concepto de trabajo asalariado ya que en estos casos, el riesgo de la actividad corría a cuenta de quien prestaba el servicio ya que en caso de no ser lo previsible o esperado obligaba a quien lo prestaba a indemnizar (Castro & González, 1968, pp. 113-125).

Regulaciones en términos similares se encuentran en el Código de Lipit- Ishtar (Castro & González, 1969, pp. 163-175) que data aproximadamente del año 1860 antes de Cristo y en el Código de Hammurabi (Código de Hammurabi, 2018, pp. 7-52) que data del año 1750 antes de Cristo.

Dicha concepción del trabajo como bien, o mejor dicho, como mercancía apropiable y enajenable se mantuvo vigente en el Derecho e implicaba también su percepción como una actividad indignante para quien lo prestaba, los filósofos griegos consideraban el trabajo como la *a-schole*, *el nec-otium* una actividad que era secundaria y degradante que apartaba al hombre del ocio y de la búsqueda de lo trascendental; de hecho, Platón (2006) en la alegoría de la Caverna considera el trabajo y la satisfacción de las necesidades cotidianas como un obstáculo para el cumplimiento de los fines humanos; Aristóteles, partiendo de Platón, considera el alimento y los oficios como instrumentos (Aristóteles, 2017, pp. 5-12, 226), así pues quienes los producen o quienes los realizan, cumplen funciones que él mismo considera propias de los esclavos.

Los romanos, consideraban la política y la vida militar como características de la ciudadanía y ello llevaba a ver el trabajo y los oficios como condiciones indignantes; es más, según lo afirman Corominas y Pascual (1983, p. 571), la palabra trabajar proviene de la alocución latina *tripalliare* que significaba torturar y que además derivaba de la palabra *tripallium* que era un instrumento conformado por tres palos en los que se ataban a los esclavos para ser torturados.

En esa lógica, el trabajo era considerado una actividad indigna, aunque necesaria, asignada a los esclavos y en la medida que el mismo fue realizado por personas que no se encontraban sometidos a dicha condición el derecho desarrolló figuras para regular el trabajo por cuenta ajena, considerando este como una modalidad de arrendamiento, ya se tratara de obras o de servicios bajo figuras como la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum* (Chamocho & Ramos, 2013, pp. 42) e incluso regulando el alquiler de la fuerza de trabajo que los libertos debían a sus antiguos amos prestada a un tercero a cambio de un pago denominado *merces* (Olea, 2013, p. 262).

Esta percepción del trabajo como un bien, tan apropiable como el trabajo de la bestia sin embargo no implicó que el mismo fuese visto históricamente e incluso hasta las últimas etapas del proceso identificado por Carlos Marx (2021, pp. 807-856) como la acumulación originaria como privación de la vida de quien lo prestaba de hecho a quienes lo prestaban se les reconocían mínimos de dignidad y de subsistencia digna y la conservación de los medios de producción y reproducción de la vida propia y de la vida de los miembros su familia y la comunidad; si bien es cierto, estos mínimos no eran considerados derechos, si eran considerados deberes cristianos cuyo incumplimiento implicaba la expulsión de la comunidad por ruptura del pacto político, la expropiación de los bienes y la condena eterna del alma (Amézquita, 2023, pp. 9-64). Salvo claro está de los procesos de expropiación y colonización inglesas que tuvieron por política el exterminio de la población originaria, la caza y traslado de esclavos africanos y de su misma población a las tierras de ultramar.

La concepción del trabajo como un derecho en sí y como fuente de otros derechos, es una concepción que, aun y cuando es reciente en el contexto de la historia humana conocida, es el producto de procesos que se fueron sucediendo durante varios siglos. Debe apuntarse que las dos

más importantes religiones abrahámicas; el islam y el cristianismo, se oponían, por principios y como parte de su dogma, a la esclavitud y explotación del hombre por el hombre.

En el caso del cristianismo, predominante en Europa y extendido a América, existía un concepto de usura que era considerada pecado por cuanto esta era concebida como la apropiación del producto del trabajo de otro; y, por lo tanto, el camino hacia instauración de las condiciones para el futuro capitalismo comienza con la denominada Reforma Protestante mediante la que se cambia sustancialmente el dogma cristiano ya que, en tanto que el catolicismo consideraba al ser humano producto del pecado original razón por la cual debía encontrar la salvación a través de la penitencia, las obras pías, la austeridad y la comunión que estaba sujeta al perdón de los pecados (confesión), el protestantismo postuló que los seres humanos habían sido salvados por Jesucristo quien pagó el precio de sus pecados y habida cuenta de ello la aceptación de tal sacrificio era la única condición a que estaba sujeta la salvación y que, en tal sentido, las miserias y males, al igual como lo consideraba el judaísmo, eran producto de un alejamiento del hombre de Dios, de la falta de trabajo extenuante en beneficio propio y del ahorro, y por ello, la prosperidad era el signo evidente de la presencia de Dios en la vida de las personas y de su esfuerzo personal. Como parte de esta concepción, se eliminó la confesión, la comunión, la concepción de comunidad y de la usura como pecado.

El otro hito del surgimiento del capitalismo se constituye por las revoluciones liberales que postularon una serie de libertades para eliminar el control moral de la iglesia sobre el poder, garantizar el ascenso de la burguesía a este y su control, separar la moral del Derecho y una vez separados, eliminar a los gremios y sus protecciones sociales y su control sobre los medios de producción, la elaboración y comercialización de las mercancías, despojar a las masas del acceso a la tierra y los medios de subsistencia y las protecciones sociales de la iglesia de Roma, para arrojarlas a los núcleos urbanos a contratarse en las factorías o en la labranza bajo la promesa de que podrían contratar libremente su trabajo ya sin la ominosa intervención de los gremios y de la propia iglesia, sin decir, por supuesto, que esa libertad estaría limitada por la oferta de mano de obra de que pudiese disponer el dueño de la factoría o de la tierra y de lo que este mismo estuviese dispuesto a ofrecer por el trabajo.

De forma anterior a las revoluciones liberales y en algunos aspectos en paralelo con ellas, se desarrolla la Revolución Industrial con la que se pone fin al consumo de subsistencia, de la misma manera en que se crean las condiciones de justificación moral y la regulación jurídica de la explotación del hombre por el hombre, y la privación de la dignidad al trabajo. Estas revoluciones, contraponen dos conceptos, la propiedad privada y el trabajo, como pilares del capitalismo. Marx y Engels se refieren a ello afirmando:

La gran industria y la competencia funden y unifican todas las condiciones de existencia, condicionalidades y unilateralidades de los individuos bajo las dos formas más simples: La

propiedad privada y el trabajo. Con el dinero, se establece como algo fortuito para los individuos toda forma de intercambio y el intercambio mismo. (2020, p. 58).

El orden generado por la introducción de estas categorías a la sociedad, la economía y el Derecho, así como la privación en esos ámbitos del acceso de las mayorías a las condiciones objetivas de dignidad a que tenían acceso encuentran en el pensamiento socialista y comunista su principal oposición; el socialismo científico no tarda en demostrar que es el trabajo el que produce la riqueza y que el capital se acumula sobre la base de un proceso expropiativo de la fuerza vital de los trabajadores (Marx & Engels, 2020, p. 239-647) así pues, en el seno de las revoluciones francesas de 1848 se habla por primera vez del Derecho al Trabajo (Scotto, 2021, p. 155) pero tal planteamiento no se hace sobre la base del enfoque que actualmente se conoce, sino desde de la base del Derecho al Trabajo entendido como el derecho de la persona a un trabajo libremente escogido que contribuya al desarrollo de sus potencialidades y de su plan de vida libremente elegido y diseñado, el derecho de participar en la organización de la producción, al reparto social de la riqueza producida por el trabajo y a la asistencia de la sociedad en caso de estar imposibilitado para trabajar o no ser apto para ello, y en 1871 se constituye la Comuna de París en el primer gobierno obrero de la historia que lleva a cabo en poco tiempo dicho programa con su dimensión humanizadora del Derecho, el poder y la sociedad.

La fuertes luchas obreras por conquistar ese Derecho de Trabajo en sentido primigenio, entendido como el derecho de organizar la producción y el reparto social del producto del esfuerzo productivo llevó a empresarios y gobiernos a proponer el reconocimiento de algunos derechos al trabajo a cambio del reconocimiento del movimiento obrero de la legitimidad en la apropiación por parte del patrono de la mayor parte de la riqueza producida por el trabajo; así pues, el movimiento obrero mundial fue fraccionado para dar lugar a un movimiento reformista y colaboracionista que se expresaría luego en el Tratado de Paz de Versalles y en el nacimiento de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-.

El liberalismo que culminó el proceso de imposición del capitalismo, que convirtió el trabajo en mercancía y transformó el consumo de subsistencia en consumismo encontraría en la socialdemocracia y el socialcristianismo formas atenuadas que se contrapondrán al pensamiento socialista legitimando, por un lado, la acumulación originaria como el derecho de una clase minoritaria de poseer los medios de producción y de convertir en capital propio la mayor parte de la riqueza producida con el trabajo de otros lo cual reconoce como una condición justa y que por lo tanto debía ser regida por el Derecho; y por el otro, el sometimiento de la dependencia para su propia sobrevivencia y para el enriquecimiento de quien se ubica en el extremo superior de la relación, legitimándose con ello la expropiación de la fuerza vital de los trabajadores. Esto se opera, cambiando la visión y lucha de los trabajadores a la búsqueda de derechos en el trabajo los cuales penden sobre esa relación creada económica y jurídicamente de forma artificial, pero a la vez material, “la relación de dependencia”, que va más allá de la relación propia de trabajo pues se

extiende a la dependencia de la vida, dependencia de la dignidad y libertades en el trabajo y dependencia de la propia condición de persona y ciudadano en la sociedad.

En ese sentido, los derechos en el trabajo o reconocidos al trabajo dentro del sistema capitalista tienen su origen en la existencia de una relación de dependencia y dependen de ella para su existencia, y sin ella, no resultaría posible establecer límites al ejercicio del poder del patrono sobre los trabajadores; es decir, se carecería de condiciones concretas que impidan la libre disposición del patrono sobre la dignidad y la vida de los trabajadores (porque al final tiempo, energía y voluntad son elementos propios de la misma) y sobre la riqueza que les puede expropiar, de la misma forma en que, sin estos límites, previstos por el Derecho del Trabajo (en su sentido moderno) o derivados de este, la percepción del trabajo volvería a concebirlo como un bien apropiable.

De ahí la importancia de la relación de dependencia para la configuración del trabajo como origen y fuente de derechos en las modernas relaciones laborales y por lo mismo también la gravedad de que esta sea negada o desnaturalizada ya que ello presupone eliminar o difuminar los límites a la voluntad del patrono.

La identificación de la relación de dependencia y los principios del derecho del trabajo

La función de los principios en el Derecho de Trabajo trasciende de la creación, integración e interpretación de las normas (Sarthou, 2012, p. 26) toda vez que, siendo el trabajo un derecho humano, hace parte de un *corpus vivum* diseñado para operar como un piso progresivo de protección económica, jurídica y social a quienes lo aportan. Ahora bien, la función del Derecho, por antonomasia, es la generación de seguridad jurídica sobre las pautas de comportamiento que deberán observar los individuos o las expresiones organizadas de estos en una comunidad jurídica determinada. De la misma forma, el Derecho, como superestructura responde a la realidad concreta de esa comunidad jurídica, a los intereses predominantes de la misma, su historia y todos los elementos que operan como condicionantes del proceso político de su creación. Así pues, el Derecho diferirá si se trata de un Estado confesional o un Estado laico, de un Estado democrático o uno totalitario sin que, por una u otra razón, dichas normas dejen de ser derecho para la comunidad jurídica de que se trate.

En el caso del Derecho del Trabajo, al ser en sí un derecho humano, amplía los límites de la comunidad jurídica e incluye dentro de esta a todos los que hacen parte de la comunidad jurídica en que opera su reconocimiento y esto también amplía los órganos y procesos de creación de derecho. Así pues, la comunidad jurídica local se inserta en una comunidad jurídica regional o universal en función del sistema de protección de que se trate.

En el caso de los principios, caracterizan el tipo de norma que se crea, la forma en que el sistema jurídico alcanzará su plenitud supliendo las deficiencias normativas y la finalidad que se buscará en su aplicación y; de esa cuenta, no pueden, sustituir el derecho que informan, tampoco puede afirmarse que los principios obedezcan a un orden jerárquico toda vez que el principio de no contradicción que se manifiesta en el ordenamiento jurídico, en el razonamiento lógico y en consecuencia en la ley hacen imposible que un algo pueda ser y contradecirse al mismo tiempo (Plá, 2015, p. 36) y tampoco pueden ser indeterminados.

Se hacen las anteriores salvedades derivado de que en ocasiones y aunque con las mejores intenciones, se suele abusar en la tarea de identificar los principios de una disciplina jurídica terminando por elaborar un listado tan grande como la creatividad de quien lo propone, en muchos casos, sin que dichos principios guarden siquiera entre sí una mínima coherencia; también la acotación se hace porque, la autora considera que si los principios juegan un papel en la creación de la norma, estos también son producto de los mismos factores que condicionan al derecho como superestructura. En ese sentido, los principios serán positivizados en las normas superiores del ordenamiento de que se trate y ello, a su vez, resguardará el derecho del coyunturalismo permitiéndole satisfacer su fin de generar seguridad jurídica sin someter la ética pública que se manifestará sea en la creación de ley, su interpretación o aplicación, a la ética privada de quien lo cree, lo interprete o lo aplique.

En ese orden de ideas, a juicio de la autora, los principios del Derecho del Trabajo; es decir, los que lo hacen ser lo que es y ser reconocido como tal, son el principio de tutelaridad del cual hace parte el de la aplicación de la norma más favorable; el de primacía de la realidad; el de intangibilidad entendido en sus características de irrenunciabilidad, irreductibilidad y progresividad y el *principio pro hominen* que en el Derecho del Trabajo se manifiesta en el *in dubio pro operario* según el cual todo acto interpretativo debe, en caso de duda, favorecer al trabajador.

Aunque no se va a profundizar sobre cada principio dadas las limitaciones de espacio, sí se va a señalar la particular importancia que tienen para la identificación de la relación de dependencia; primero, porque como ya se apuntó, dicha relación es la circunstancia que da lugar a la aplicación de los derechos reconocidos al trabajo y; segundo, porque la simulación nunca será accidental sino el producto de un accionar deliberadamente desarrollado con el fin de privar al trabajador de sus derechos, lo que hace que en tal esfuerzo, el patrono hará uso de todo su poder en la relación y aprovechará la desigualdad material, social y económica que antecede a la formalización del vínculo para someter la voluntad del trabajador a su propia necesidad.

En este punto, hay que hacer un paréntesis, para referirse brevemente a lo expuesto por Jesús R. Mercader Uguina (2014) ya que sus argumentos, aunque se sustentan en resoluciones de órganos jurisdiccionales españoles, parten de severos errores conceptuales que, aunque es imposible abordarlos en este trabajo de forma detallada, si conviene indicar que lo que denomina principio de indisponibilidad, de conservación de la condición más beneficiosa y de aplicación de

la norma más favorable, no son principios como tales sino aplicación del principio de intangibilidad propio de los derechos humanos en sus vertientes de irrenunciabilidad, irreductibilidad y progresividad, así pues, desconocer eso, es privar al Derecho del Trabajo de su carácter como derecho humano universalmente reconocido como tal. De la misma manera, el *in dubio pro operario* no es la versión laboral del principio de presunción de inocencia del derecho penal porque la presunción de inocencia opera frente a la imputación de una conducta sancionable que no es la materia regulatoria del Derecho el Trabajo al igual que tampoco es cierto que el *in dubio pro operario* sea inaplicable para la valoración de la prueba ya que, de hecho, todo principio cumple una función interpretativa y en el derecho, todo o casi todo es materia de interpretación, de esa cuenta la valoración de la prueba no es sino un ejercicio de interpretación de la misma.

Hecho el paréntesis anterior, y para retomar el tema, la aplicación práctica del poder patronal en la relación laboral solamente puede ser compensada con la aplicación igualmente práctica de los principios del Derecho del Trabajo; es decir, no puede considerarse que los mismos quedan limitados a la abstracción de la norma, su interpretación o la integración de normas del propio sistema para superar los problemas de unidad, coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico laboral que puedan producirse; los principios, en un derecho vivo cuya materia de regulación es la realidad deben también informar su interpretación.

Se indica esto porque la interpretación de la norma y su aplicación, pasan necesariamente por la reconstrucción de la realidad; es decir, la interpretación de los hechos que han de servir para identificar el supuesto normativo aplicable. A su vez, esta reconstrucción no puede realizarse a partir de la mera voluntad, prejuicios o en suma todo el contenido de la ética privada del juez sino sobre la base de las pautas que para tal reconstrucción determina el debido proceso legal que no puede ser aplicado en contradicción del objeto de la norma sustantiva, así pues, la influencia de los principios que informan lo sustantivo deben matizar ese debido proceso de manera que su aplicación no haga nugatorio el fin de la protección sustantiva.

En el Derecho del Trabajo, los derechos y las obligaciones surgen como producto de un tracto sucesivo que opera en una situación concreta y derivan del rol que en la relación juegue cada sujeto; así pues, un derecho nacido de esta solo puede ser inutilizado mediante la construcción formal de una realidad distinta y anteponiendo a ella tal construcción, por ello, no resulta extraño que para eludir las protecciones contra el despido, el patrono tienda a simular una contratación temporal; o que para evadir su obligación de cumplir los derechos reconocidos al trabajo y trasladar al trabajador el riesgo del negocio, encubra el trabajo con o sin locación, bajo figuras contractuales de naturaleza no laboral, esto porque, el derecho común, prevé formas contractuales que pueden utilizarse para tal efecto en tanto que la realidad no sea invocada o no se imponga.

Así pues, el esfuerzo del patrono por construir en el plano formal una versión distinta del vínculo a la que se opera en la realidad presupone la existencia también de un esfuerzo progresivo por impedir que el trabajador tenga acceso a elementos que le permitan cuestionar con éxito esa

versión que aporta la construcción formal porque, tratándose además de una cuestión fáctica en donde a diferencia de lo que sucede en las relaciones contractuales regidas por el derecho común en que las partes comparecen en una situación formal de igualdad, en el caso de las relaciones laborales se trata de vínculos en los que existe formalmente una dependencia de una parte respecto de la otra, es decir, se trata de intercambios entre desiguales que ubican al titular de las obligaciones que regula el Derecho de Trabajo en una posición de poder frente al titular de los derechos que también le permite condicionar el acceso al trabajo.

En este escenario, el *onus probandi* es vital pero, si el mismo se opera en divorcio de los principios que informan el Derecho de Trabajo; es decir, si no parte del trato de la materia sujeta a prueba como un derecho intangible (irrenunciable, irreductible y progresivo), si no se entiende que la función del Derecho de Trabajo es proteger a la parte más débil de la relación para que tal protección compense de alguna manera la desigualdad natural entre las partes, que todo el esfuerzo del sistema de justicia es proteger la dignidad humana y que para poder desentrañar la realidad se debe partir, ante la situación dudosa, de la presunción de veracidad de lo afirmado por el trabajador el camino para la aplicación del derecho estaría, contradictoriamente, condicionando su inaplicabilidad.

En ese sentido, al sujetar la posibilidad de acceso a los derechos de los trabajadores en los casos de simulación a condiciones probatorias diseñadas para relaciones entre iguales, se priva al derecho de la posibilidad de ser justiciable y es de allí que proviene la necesidad de que el proceso para determinar la existencia de la relación de dependencia sea informado por los principios del Derecho del Trabajo antes citados.

La relación de dependencia, sus elementos constitutivos

Desde hace varias décadas, se ha debatido doctrinariamente respecto a cuál es el elemento constitutivo de la relación de trabajo, discuriendo entre la ajenidad, la dependencia o el control, este debate es sintetizado por Antonio Ojeda Avilés (2007, p. 375-402). La ajenidad de conformidad con el Diccionario del Español Jurídico establece respecto a la misma que “El trabajo es prestado por cuenta ajena en tanto que el que trabaja no asume los riesgos del propio trabajo, ni los frutos, sino que es acreedor de un salario por su aportación al proceso productivo, a cargo del empresario” (RAE, 2019, p. 119).

A juicio de la autora, tanto la ajenidad como el control, son rasgos configurativos de la relación dependencia y por lo mismo, su presencia confirma la existencia de esta y en tal sentido se trata de criterios que se encuentran incorporados a cualquier disposición que considere la dependencia como elemento de identificación de la relación laboral.

El Código de Trabajo de la República de Guatemala (1947), en su Artículo 18 define

contrato de trabajo en los siguientes términos:

(...) sea cual fuere su denominación, es el vínculo económico-jurídico mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de esta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma. (...) La circunstancia de que el contrato de trabajo se ajustare en un mismo documento con otro contrato de índole diferente o en concurrencia con otro u otros, no le hace perder su naturaleza y por lo tanto a la respectiva relación le son aplicables las disposiciones de este Código (...).

En tanto, el Artículo 19 del mismo cuerpo legal prevé que aún en ausencia de contrato, el vínculo será considerado como un contrato de trabajo si en su tracto sucesivo realiza los supuestos del Artículo 18.

Por su parte, la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (Conferencia Internacional del Trabajo, 2006) al referirse a los elementos característicos de la relación de trabajo determina que:

(...) 13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo (...)

Puede apreciarse que la recomendación lista una serie de características que se identifican con la dependencia en sentido estricto, así como elementos de la ajenidad y el control aún y cuando no los desarrolla de manera profunda a los que adiciona un aspecto realista, íntimamente relacionada con la naturaleza alimentaria del salario al considerarlos también como condiciones propias de una relación de trabajo

(...) (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador (...).

Por su parte, la Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala no ha presentado

mayor innovación que coadyuve a proteger los derechos derivados del trabajo de la simulación, de hecho, en Sentencia de fecha 29 de febrero de 2024 dictada dentro del Expediente 6036-2023 dicho tribunal ha sostenido:

(...) De lo anterior, se colige que en el caso bajo estudio, era necesario que la Sala cuestionada analizara de forma particular la situación en la que prestó sus servicios la actora (contrato de servicios profesionales con cargo al renglón presupuestario cero veintinueve -029-) y, en función de ello, dilucidar si era factible avalar esa forma de contratación (...) esbozando para el efecto las argumentaciones amplias (a la luz de los principios que informan al Derecho del Trabajo, especialmente el de primacía de la realidad) que evidenciaran los hechos que tuvo por acreditados y de esa forma establecer: a) la prestación personal de servicios o la ejecución de una obra determinada; b) bajo la dependencia continuada; c) la existencia de dirección inmediata o delegada del patrono; y d) una retribución periódica como contraprestación de los servicios o de aquella ejecución realizada (salario), de conformidad con lo establecido en el artículo 18 del Código de Trabajo; además... (p. 24.).

Puede apreciarse que en tales construcciones la dependencia, la ajenidad y el control aparecen de forma indistinta y complementaria una de las otras, si se entiende que la ajenidad se manifiesta: **1)** En los frutos (el trabajador solo percibe su salario por los servicios que presta); **2)** En los riesgos (las ventajas o pérdidas derivadas de la actividad corresponden al empleador); **3)** En la titularidad de los medios (los medios necesarios para la realización del trabajo son propiedad del patrono); **4)** En el mercado (entre el trabajador y los clientes o beneficiarios de los servicios siempre aparece el patrono, así, entre el trabajador y quien presta el servicio no existe un vínculo jurídico) (Rodríguez, 2020); **5)** En el entorno organizativo (el entorno organizativo necesario para el cumplimiento de las tareas es el entorno organizativo del patrono de tal cuenta que las actividades que se realizan no son tareas que puedan realizarse al margen de dicho entorno organizativo).

El control por su parte se advierte en: **1)** En el monto de la remuneración que percibe el trabajador (esta y su periodicidad son determinadas por el patrono); **2)** En las actividades (estas son determinadas -cantidad, tiempo, lugar y contenido- y supervisadas por el patrono); **3)** En los medios (los medios necesarios para la realización de las tareas son proporcionados en la calidad y cantidad que define el patrono); **4)** En el comportamiento del trabajador durante la realización de las mismas (por ejemplo la sujeción del trabajador a la reglamentaciones operativas o éticas del patrono); y **5)** El control sobre la formalización del vínculo (el patrono determina en forma y contenido el instrumento en que se formaliza la relación).

La concurrencia de la ajenidad y el control, a menudo pueden advertirse de la mera lectura de los instrumentos formales a través de los que se opera la simulación y bastaría con ello para advertir la relación de dependencia sin siquiera tener que recurrir a otros medios de convicción que, incluso, los propios contratos simulados.

Ahora bien, la existencia del vínculo laboral no requiere de la concurrencia de la totalidad de elementos a que se ha hecho referencia porque aspectos como la naturaleza personal de los servicios y la contrapartida de la remuneración suelen aparecer como aspectos que no son negados por los patronos en virtud de que por sí, estos son compatibles con otras relaciones no necesariamente laborales, siendo al final la relación de dependencia la que posee el peso definitorio y de allí la importancia de no reducirla a la mera facultad del patrono de impartir ordenes o instrucciones al trabajador sino de asumir como elementos configurativos de la dependencia la concurrencia de alguno de los indicios de ajenidad y control a que se hizo referencia.

El derecho probatorio y la relación de dependencia

El modo de producción capitalista y el Derecho del Trabajo moderno hicieron depender los derechos de los trabajadores tanto durante la relación laboral, como en su ruptura y mientras esta subsista de la relación de dependencia como elemento central, de tal cuenta que todo el sistema de relaciones laborales y los derechos derivados de esta se hicieron descansar en esa dependencia como elemento integrador de los trabajadores al centro de trabajo, a la ciudadanía y de acceso a su propia dignidad y la de sus familias; es decir, como sujeto del Derecho del Trabajo.

Con la consolidación del modelo capitalista como hegemónico se ha producido una embestida tendiente a eliminar los derechos derivados del trabajo y como parte de ello se implementan todo tipo de simulaciones para ocultar la dependencia y con esto desactivar las protecciones del Derecho del Trabajo.

La simulación del contrato de trabajo a los efectos de extraer el vínculo y al trabajador del marco protector del Derecho del Trabajo no solo representa la eliminación de los límites racionales que la dignidad del trabajador antepone al poder patronal a través del reconocimiento de derechos, sino que, al atacar la relación de dependencia, como elemento originario de estos, elimina de hecho el Derecho del Trabajo.

Esta tarea se ha facilitado mediante el establecimiento en la práctica de un divorcio entre las protecciones sustantivas al trabajo y el accionar de los órganos y mecanismos previstos por el propio Derecho del Trabajo para hacerse justiciable y que solo enfatiza la desigualdad entre el sujeto laboral y el sujeto patronal de la relación en la medida en que se somete la posibilidad de acceder a los derechos laborales a las posibilidades probatorias que pueda tener el trabajador para dismantlar la presunción de veracidad con que *de facto* se han revestido los actos simulatorios impuestos por los patronos a los trabajadores para impedirles su acceso a las protecciones del Derecho del Trabajo.

La generalización de esta práctica y las innumerables formas que ha adoptado para ocultar la relación de dependencia ha llevado a este trabajo a la búsqueda de aquellos elementos que

permitan identificar su presencia y, de esa cuenta, a los elementos tradicionalmente considerados como lo son el carácter personalísimo de la prestación de los servicios, la relación dependencia y la remuneración como contrapartida de estos servicios, se han adicionado elementos como, el carácter alimentario que en la práctica tenga la remuneración percibida (Recomendación 198 de la OIT) y las características de ajenidad y control desarrolladas por la jurisprudencia española y que son las que, a juicio de la autora, de mejor manera permiten señalar la existencia de una relación de dependencia ya que estas pueden advertirse incluso del propio texto de los instrumentos creados para ocultar el vínculo laboral.

En este marco, la adopción por los tribunales de una perspectiva probatoria que parte de la presunción de validez del instrumento que formaliza la simulación de la relación laboral llevando al contrasentido de hacer de la simulación la prueba de que no existe simulación colocando a la parte laboral ante la necesidad de probar contra esta presunción no solo es contraria a los principios del Derecho del Trabajo sino un mecanismo que apunta a privar de justiciabilidad sus protecciones condenándolas a una obsolescencia programada y que solo depende de la efectividad que se alcance en las medidas y prácticas para privar al trabajador o trabajadora del acceso a la prueba.

Esto cobra sentido porque, a diferencia de las relaciones establecidas al amparo de otras ramas del derecho en que los sujetos parten de condiciones objetivas de relativa igualdad; en el caso de las de trabajo se trata de vínculos en donde aún la ley hace partir los derechos y obligaciones de los sujetos que participan en el mismo de la posición que ocupen en una relación reconocidamente asimétrica; del reconocimiento del uno como dependiente del otro y de la aceptación del control de uno del espacio, el tiempo y el esfuerzo físico y mental del otro, en síntesis de su fuerza vital.

Estas asimetrías intentan ser conciliadas por el derecho a través del reconocimiento de derechos y obligaciones recíprocos, pero cuando se niega la relación asimétrica entre los sujetos de la relación para simular una relación entre iguales en tanto que subsiste en la realidad y en la práctica la situación desigual se crea un estado de indefensión puesto que se niega al sujeto más vulnerable de la relación el acceso a todos aquellos derechos que se garantizan para atenuar la desigualdad y se crean las condiciones para que el poder del sujeto más fuerte opere sin limitaciones.

Esto genera también para el derecho otro problema porque implica que para determinar el marco jurídico aplicable debe establecerse si la situación formal definida por el contrato y establecida al tenor de las normas que son válidas para su forma es coincidente o no con la situación real en que se desarrolla el tracto sucesivo de la relación porque, al no ser así, se está ante un fraude de ley (Congreso de la República de Guatemala, 1989)¹, y esto implica que la norma

¹ El Artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial establece: “(...) Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.”

aplicada fraudulentamente debe ser desplazada para la aplicación de las disposiciones que debe regir la situación jurídica real.

Es decir, el acceso a los derechos vinculados al trabajo depende de las posibilidades de determinar que a la relación le es aplicable el marco protector de la legislación del trabajo y al ser este por antonomasia un asunto en el cual no existe acuerdo entre las partes debe ser resuelto por el poder jurisdiccional ordinario. Para Alain Supiot “la posibilidad de recurrir a un juez es, junto con la referencia a la ley, la condición de la existencia de un vínculo de derecho” (1988, p. 42). Y en este caso la determinación de la naturaleza de dicho vínculo, que es la que dotará o privará de acceso a la parte más débil de la relación a sus derechos, depende de la posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, dado que se trata de una situación que contrapone lo formal con lo fáctico y de que la conclusión relativa a la validez o falta de esta en la formalidad que se le ha dado al contrato pasa a ser una cuestión de justiciabilidad, la tutela judicial efectiva debería entenderse como lo ha sostenido la Corte Constitucional de la República de Colombia en Sentencia C086/16 de fecha 24 de febrero de 2016 como:

(...) la posibilidad, reconocida a todas las personas (...) de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. El concepto de “efectividad” que acompaña este derecho supone que el acceso a la justicia no se circunscribe a la existencia de mecanismos nominales para poner en marcha la administración de justicia, sino que exige un esfuerzo institucional para restablecer el orden jurídico y garantizar la prevalencia del derecho sustancial (pp. 15-16).

Y en ese marco, en la tarea de interpretar y determinar la realidad a la cual se le ha de aplicar el derecho deben emplearse los principios del Derecho del Trabajo toda vez que, al sujetar esta tarea a una presunción insostenible de que se trata de una relación entre iguales (puesto que la propia naturaleza de la relación de trabajo desecha tal igualdad), simple y llanamente desactiva el derecho al impedir toda posibilidad de que sea justiciable.

Pese a esto la Corte de Constitucionalidad ha establecido en Guatemala como un criterio de doctrina legal que:

(...) corresponde al trabajador probar obligatoriamente tres aspectos esenciales: 1) la existencia de la relación laboral alegada; 2) las horas extraordinarias laboradas y 3) las ventajas económicas devengadas; pues fuera de esos casos particulares, las afirmaciones argüidas por el trabajador se tendrán por ciertas mientras el patrono no pruebe lo contrario. (...). (Corte de Constitucionalidad, Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2018, Expediente 1932-2018, p. 16)

En principio, es necesario hacer mención que en los casos en que un tribunal razona como lo ha hecho el máximo tribunal constitucional guatemalteco, parte de una inobservancia total de los principios del Derecho del Trabajo; primero, porque presume la veracidad del aspecto formal del contrato lo cual desde ya implica la profundización de la desigualdad entre los sujetos de la relación y; segundo, porque al partir de tal presunción elude tratar el asunto como debe tratarse desde la perspectiva del Derecho Laboral porque, si en lugar de hacerse un contrato de trabajo se hizo un contrato distinto, lo que hay para el Derecho del Trabajo es una ausencia de contrato de trabajo y esto debiera juzgarse al tenor de las reglas con que tal situación es tratada por la legislación; y, en el caso de Guatemala, el Artículo 30 del Código de Trabajo (Congreso de la República, 1947), al imputar la ausencia del contrato de trabajo al patrono, lo cual conlleva el reconocimiento expreso de que es el patrono el que decide hacer o no el contrato y, lógicamente ello implica también la forma a que se ajuste, se deben tener por ciertas las afirmaciones del trabajador.

Ahora bien, este trato, también presupone el sometimiento de la justiciabilidad de los derechos del trabajador a sus propias posibilidades probatorias, lo que equivale a reducir ostensiblemente la expectativa de justiciabilidad de los derechos eludidos porque, naturalmente, la desigualdad marcada por el acceso al control del centro de trabajo, de determinar los mecanismos de documentación, la impartición de instrucciones, así como del acceso que puede tener el trabajador a estos elementos marcará, sin la presencia de los principios del Derecho del Trabajo en el proceso de reconstrucción de la verdad, el acceso o no a estos derechos.

De ahí la importancia del enfoque de que se dote al derecho probatorio en estos casos, ya que, como lo afirmaba Echandía:

(...) sin la prueba del derecho estaríamos expuestos a su irreparable violación por los demás, y el Estado no podría ejercer su función jurisdiccional para amparar la armonía social y secundariamente restablecer el derecho conculcado. Gráficamente expresa ese concepto el viejo adagio: tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo. La administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y la seguridad en los propios derechos y en el comercio jurídico en general. No existiría orden jurídico alguno (1981, p. 13).

Así pues, el establecimiento desde la perspectiva del Derecho del Trabajo de una presunción de veracidad a un contrato que niega la naturaleza laboral del vínculo que regula no solo colisiona sino que desarticula la protección del Derecho del Trabajo puesto que condena la justiciabilidad de los derechos que regula al perfeccionamiento por parte del patrono de los mecanismos para eludir su aplicación; dicho de otra manera, ello no es otra cosa que poner fecha de caducidad a las protecciones del trabajo.

En ese orden de ideas, el derecho probatorio en los procesos en los que se discute la existencia o no del contrato de trabajo para hacer justiciables los derechos y atender a los principios del Derecho del Trabajo no debe forzar a un divorcio entre lo sustantivo y lo adjetivo trasladando

al Derecho Procesal del Trabajo la perspectiva del derecho común, por el contrario, debe partir de que el objeto de protección del Derecho Procesal del Trabajo es un derecho humano y como tal no puede abordarse procesalmente desde la negación del mismo, reclamada la naturaleza laboral de un vínculo, este debe ser tenido como tal a partir de la prueba indiciaria que pueda aportar el trabajador y a partir de allí, solo descartar tal naturaleza una vez se hayan probado la no concurrencia de la totalidad de aspectos de ajenidad y control por parte del patrono demandado.

Esto no es propiamente una inversión de la carga de la prueba puesto que, la carga de la prueba, recae sobre los postulados de hecho y de derecho argumentados por las partes y; en este caso, ante la existencia de elementos indiciarios como lo es la prestación de un servicio personal a cambio de una remuneración, se habilitaría una presunción legal que es prueba en sí y por sí y que solo debiera descartarse si se prueba que no existieron las condiciones de control y ajenidad que son indicativos de la dependencia.

Es decir, se trata de eliminar la contradicción que una mala práctica ha creado entre Derecho sustantivo del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo, de asegurar que los principios del Derecho del Trabajo no solo informen la creación, interpretación e integración de la norma sino también su aplicación.

Conclusiones

La relación de dependencia debe ser identificada teniendo en cuenta además de la prestación personal de un servicio o la ejecución de una obra, de una remuneración periódica y la posibilidad del patrono de dirigir y supervisar el cumplimiento de las tareas, los elementos de ajenidad y de control ya que algunos o la totalidad de estos concurrirán necesariamente en el tracto sucesivo si la relación es de índole laboral debido a la dificultad que existe para su ocultamiento mediante la simulación dada la naturaleza de contrato-realidad del contrato de trabajo.

Desde la perspectiva probatoria, en una relación eminentemente asimétrica, la asignación de la carga probatoria desde el enfoque del derecho común necesariamente implica, dadas las dificultades que presupone la posición del trabajador o trabajadora en tal asimetría, hacer nugatorio el acceso a sus derechos vinculados al trabajo eliminando en la práctica las garantías constitucionales al trabajo.

Así pues, para que los derechos vinculados al trabajo sean justiciables se hace necesario advertir que la función de los principios del Derecho del Trabajo debe trascender de sus funciones creadora, interpretativa e integradora a su aplicación en el proceso de reconstrucción de la verdad objetiva y de no exigir al trabajador un esfuerzo probatorio que vaya más allá de lo indiciario y que permita partir en el proceso de reconstrucción de esa verdad objetiva de que la sustitución del contrato de trabajo por uno de otra naturaleza presupone para el Derecho del Trabajo, la

inexistencia de este y ello es imputable al patrono y, por lo mismo, ante la presunción de existencia del vínculo laboral generada por la prueba indiciaria presentada por el trabajador, tal presunción no podría descartarse sino hasta que el patrono logre demostrar en el proceso que no concurre ni una sola de las características de dependencia, ajenidad y de control; así pues, se requiere de que la percepción de la relación de dependencia busque más allá de la mera posibilidad del patrono de girar instrucciones al trabajador ya que no es solo ese el único elemento que determina la relación de dependencia.

Referencias

- Amézquita Garnica, L. (2023). *El Derecho Humano de Estabilidad Laboral*. Guatemala: Efrén E. Sandoval editor, 2023.
- Aristóteles. (2017). *Política [Edición bilingüe]*. (Edición y traducción: Marías, Julián y Araujo, María, revisada: Abellán, Joaquín). Colección Clásicos Políticos. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castro Dassen, H. y González Sánchez, C. (1968). *El Código de Esnuna (Dos mil años antes de Jesucristo)*, Lecciones y Ensayos No. 37. Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Consultado el 5 de marzo de 2024 en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0037.pdf
- Castro Dassen, H. y González Sánchez, C. (1969). *Código de Lipit-Istar*. Lecciones y Ensayos No. 39. Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1969. Consultado el 5 de marzo de 2024 en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0039.pdf
- Código de Hammurabi. (2018). Estudio preliminar, traducción y comentarios, Lara Peinado, Federico, Colección Clásicos del Pensamiento. Madrid, España: Editorial Tecnos, Grupo Anaya, S.A.
- Congreso de la República de Guatemala. (25 y 26 de febrero de 1947). *Código de Trabajo. Decreto 330*. Diario de Centro América.
- Congreso de la República de Guatemala. (3 de abril de 1989). *Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89*. Diario de Centro América.
- Corominas, J. y Pascual, J. (1983). *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Tomo V. Madrid, España: Gredos.

- Corte Constitucional, República de Colombia. (2016). *Sentencia C086/16 de fecha 24 de febrero*. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-086-16.htm>
- Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala. (2018). *Sentencia de apelación de sentencia de amparo. Expediente 1932-2018*, de 20 de noviembre. Disponible en <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>
- Corte de Constitucionalidad, República de Guatemala. (2024). *Sentencia de apelación de sentencia de amparo. Expediente 6036-2023*, de 29 de febrero. Disponible en <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>
- Chamocho Cantudo, M. y Ramos Vásquez, I. (2013). *Introducción Jurídica a la Historia de las Relaciones de Trabajo*. Madrid, España: Dykinson.
- Devis Echandia, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires, Argentina: Víctor P. de Zavalía.
- Engels, F. (2013). *De la familia, la propiedad privada y el Estado*. Madrid, España: Alianza Editorial, S.A.
- Lara Peinado, F. y Lara González, F. (1994). *Los primeros códigos de la humanidad*. Madrid, España: Editorial Tecnos, S.A.
- Marx, K. (2021). *El Capital. Crítica de la Economía Política*. Libro primero, El proceso de producción del capital. Edición de Pedro Scaron. Colección Clásicos del Pensamiento Crítico. Madrid, España: Siglo XXI de España Editores, S.A.
- Marx, K. y Engels, F. (2020). *La ideología alemana*. Crítica de la novísima filosofía alemana en las personas de sus representantes Feuerbach, B. Bauer y Stirner del socialismo alemán en las de sus diferentes profetas. (Traducción de Wenceslao Roces). Madrid, España: Ediciones Akal, S.A.
- Mercader Uguina, J. (2014). *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación, decadencia y crisis*. Madrid, España: Tirant lo Blanch.
- Ojeda Avilés, A. (2007). *Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato*. Revista Derecho PUCP, No. 60. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Disponible en: https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_060.html
- Olea, M, Alonso. (2013). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Editorial Arazandi, S.A.
- Organización Internacional del Trabajo. (2006). Recomendación 198. Recomendación sobre la relación de trabajo. Ginebra, Suiza: OIT.

- Plá Rodríguez, A. (2015). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Platón. (2006). *La República* [Edición bilingüe]. (Traducción, notas y estudio preliminar: Pabón, José Manuel y Fernández-Galiano, Manuel). Colección Clásicos Políticos, Tomo III, libro VII. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Real Academia Española y Consejo General del Poder Judicial. (2019). Dirigido por Muñoz Machado, Santiago. Madrid, España: Editorial Planeta, S.A.
- Rodríguez Escanciano, S. (2020). *Trabajo subordinado y trabajo autónomo: los nuevos contornos de la dependencia de los profesionales cualificados*. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 4/2020. Madrid, España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000000954 consultado el 14 de marzo de 2023.
- Sarthou, H. (2012). *Hacia una teoría pura del Derecho del Trabajo*. Cuadernillos de la Fundación Electra No. 7. Uruguay: Fundación Electra.
- Scotto, P. (2021). *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Supiot, A. (1988). *El derecho del trabajo*. (Traducción Patricia Rubini-Blanco). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

Derechos de Autor (c) 2024 Lesbia Guadalupe Amézquita Garnica



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

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

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

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

La libertad como límite al Derecho penal

Freedom as limit to criminal law

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.142>



José Pablo Pacheco Samayoa

Corte de Constitucionalidad, Guatemala

pablopacheco71@hotmail.com

Recibido: 17 de agosto de 2024

Aceptado: 30 de septiembre de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: El derecho penal históricamente ha sido la herramienta coercitiva más potente de una organización jurídico-social, pues funge como disuasor de conductas asociales y busca implantar, entre otros, estándares mínimos de convivencia social; sin embargo, al erigirse como la forma de “control” social más fuerte, también ha sido la que más problemas ha creado, en vez de resuelto, pues, en contraposición a éste se posicionan los valores más preciados de quienes cometen un acto antijurídico, sus libertades. Es por ello, que las corrientes modernas ponen énfasis en la balanza tan delicada y volátil, que surge entre los fines propios del derecho penal (preventivo, sancionador, protector) y los del sistema jurídico que le presupone (libertades), apareciendo con gran importancia y bajo una función de contrapeso los principios de legalidad y general de libertad, que controlan el desarrollo y aplicación del derecho penal, y que toman especial relevancia al racionalizar su creación y su uso. Esta investigación muestra lo ya evidente, mientras más derecho penal haya, menos libertades quedarán, y hace hincapié en una reflexión básica: los bienes jurídicos deben ser protegidos por el derecho penal y del derecho penal.

Palabras clave: Derecho penal, principios constitucionales, legalidad, taxatividad, irretroactividad, libertad.

Abstract: *Criminal law has historically been the most powerful coercive tool of a legal-social organization, since it serves as a deterrent to social conduct and seeks to implement, among others, minimum standards of social coexistence; However, by establishing itself as the strongest form of social “control”, it has also been the one that has created the most problems, instead of solving, since, in contrast to it, the most precious values of those who commit an illegal act are positioned, their freedoms. That is why modern currents emphasize the delicate and volatile balance that arises between the purposes of criminal law (preventive, sanctioning, protective) and those of the legal system that presupposes it (liberties), appearing with great importance and under a counterbalancing function the principles of legality and freedom, which control the development and application of criminal law, and which take on special relevance when rationalizing its creation and use. This research shows what is already evident, the more criminal law there is, the fewer freedoms there will be, and emphasizes a basic reflection: constitutional rights and values must be protected by criminal law and criminal law itself.*

Keywords: *Criminal law, constitutional principles, legality, strictness, non-retroactivity, freedom.*

Sumario:

Introducción - Los principios y el Derecho Penal - Principio de legalidad - Principio general de libertad – Conclusiones - Referencias

Introducción

Todo sistema jurídico requiere de formas coercitivas para hacer cumplir sus fines, ello aparece independientemente del tipo de sistema jurídico ante el que se esté, pues, aún y se trate de uno cuya intervención en los habitantes que conforman el objeto del sistema sea escasa o mínima, siempre resultan necesarios mecanismos que aporten el elemento esencial para que un sistema jurídico sea observado y respetado: la coerción (Kelsen, 2019, pág. 71)¹.

Cada sistema construido por las sociedades a lo largo de la historia ha tenido como razón de su existencia el control de sus integrantes (auto control) sean más o menos los fines que se impongan, por lo que la necesidad de someter a estos a fines comunes caracteriza la idea de vivir en “comunidad”, y revela un elemento trascendental, sino el más importante para lograr ese fin comunitario, que a su vez es la razón medular sobre la que gira la existencia del Derecho mismo, en tanto que éste se ha pensado para regular -controlar- la vida del humano en sociedad mediante reglas que pueden ser justas o injustas (Rawls, 1995, págs. 320-321)², pero cuyo respaldo y validez proviene de la sociedad que las formula vía las formas constitucionalmente establecidas.

En esencia, el pacto constituyente o la idea de Constitución es, precisamente, una reunión de ideas de distintos tipos, aportadas por la multiplicidad de miembros que habitan una comunidad y que deciden auto regularse, con fines más o menos precisos, pero que se dirigen a asentar bases para el desarrollo de todos; a esas ideas plasmadas en el pacto constituyente, cualquiera sea su naturaleza, pueden considerárseles valores (Luño, 2018, pág. 288)³, y representarán el telón de

¹ Esta idea es planteada por Kelsen, al señalar que la afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen y que han existido en el curso de la historia; ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no solo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos. En: Kelsen, H. (2019). *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho* (Vol. III). México: Ediciones Coyoacán, p. 71.

² No es difícil, señala Rawls, explicar por qué hemos de obedecer leyes justas, promulgadas con una constitución justa [...] El problema es en qué circunstancias y hasta qué punto estamos obligados a obedecer acuerdos injustos. A veces, se dice que no estamos obligados a obedecer en estos casos, pero esto es un error. La injusticia de una ley no es, por lo general, razón suficiente para no cumplirla, como tampoco la validez legal de la legislación es razón suficiente para seguir con ella. Cuando la estructura básica de la sociedad es razonablemente justa, estimada por el actual estado de las cosas, hemos de reconocer que las leyes injustas son obligatorias siempre que no excedan ciertos límites de injusticia. En: Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia* (Vol. II). (t. d. González, Ed.) México: FCE, p. 320-321.

³ Para Pérez Luño, los valores constitucionales configuran las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural de un Estado, tal tarea es vista desde una triple dimensión: a) Sirven de fundamento al conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, al ordenamiento jurídico en su conjunto; b)

fondo al que aspira esa organización, así como el derrotero que le es marcado al gobernante que ejerza las funciones y competencias allí atribuidas. Por ende, no puede entenderse una organización si no se parte de los valores que la sustentan, pues, en esencia, estos son su punto de partida y su finalidad, el comienzo de la organización, pero también su aspiración.

Y si no puede defenderse (Faller, 1979, pág. 47)⁴ esa idea valorativa plasmada en la Constitución, difícilmente pueden alcanzarse otros fines; en ese sentido, el Derecho Penal contiene conductas contrarias a los valores constitucionalmente relevantes o desvalores, que se dirigen a disuadir a la colectividad, en primer plano y, en segundo, al individuo que incurra en ellas, con el objetivo de preservarlos.

Sin embargo, la gran herramienta de defensa que tiene el esquema constitucional a su disposición en el Derecho penal no puede considerarse infinita sino limitada, por lo que, en la misma dinámica, la propia Constitución establece los límites para el ejercicio del poder, que alcanza al punitivo y fija los parámetros para su desarrollo.

Para fijar esos límites, el texto constitucional establece disposiciones que dan mandatos concretos y genéricos al legislador para el desarrollo de las materias contenidas en él, sin embargo; cuando el mandato de la disposición resulte concreto, estaremos ante una regla constitucional, pero si se trata de una disposición cuyo mandamiento es abierto y general, nos encontraremos ante un principio (Zagrebelsky, 2003, págs. 110-111)⁵.

Orientan ese mismo orden jurídico hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier norma que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de los que están enunciados en el sistema axiológico constitucional y; c) Ejercen una función crítica en cuanto sirven de criterio o parámetro de valoración para medir la legitimidad de los diferentes hechos y conductas. En: Luño, E. P. (2018). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. España: Tecnos, p. 288.

⁴ La defensa constitucional normativa está representada por todas aquellas disposiciones legales que a través de mandatos o prohibiciones han de garantizar la subsistencia del Estado y de su Constitución [y sus valores]. A esta categoría corresponden, sobre todo, las previsiones penales. En: Faller, H. J. (enero-febrero de 1979). Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania, Madrid. *Revista de Estudios Políticos*(7), p. 47.

⁵ Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de «supuesto de hecho», a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles «reaccionar» ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance. En: Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil*. (t. d. Abellán, Ed.) Madrid: Trotta, p. 110-111.

Los principios y el Derecho penal

Al referirnos a principios como mandatos abiertos, debe tenerse en cuenta que estos, desempeñan una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas, que son el desarrollo de lo establecido por los textos constitucionales; en el ámbito penal (como no puede ser excepción) “los principios operarían para “perfeccionar” el ordenamiento y entrarían en juego cuando las reglas no estuvieran en condición de desarrollar plena o satisfactoriamente la función reguladora que tienen atribuida”, en un primer plano y, en segundo, los principios impondrían una “toma de posición” conforme con su esencia en todas las situaciones no precisadas ni predecibles que se pueda plantear en los casos concretos, por ende, estos “no agotan en absoluto su eficacia como apoyo de las reglas penales, sino que poseen una autónoma razón de ser frente a la realidad jurídica” (Zagrebelsky, 2003, págs. 117-118).

Esta posición tomada de Zagrebelsky es la que permitiría plantear una idea que será desarrollada más adelante, en cuanto que los concursos de leyes y de delitos, tal cual principios, debieran dirigir la política criminal de un Estado democrático hacia sus fines, sobretodo, cuando la legislación que nutre al sistema punitivo escapa de ellos.

Otra forma de entender los principios, antes de adentrarnos a los que circundan la materia penal, es la visión de Robert Alexy, quien los postula como “mandatos de optimización” (Alexy, 1994, pág. 75)⁶ al diferenciarlos de las reglas jurídicas comunes, porque estos inspiran la corrección del sistema jurídico hacia sus fines, más bien, los principios serían disposiciones cuyo contenido puede, en un caso concreto, dotar de herramientas para que la decisión sobre éste sea la más razonable acorde a la estructura que el sistema constitucional ha diseñado. En ese sentido, un principio permitiría que la interpretación de las reglas aplicables a un caso concreto sea la más y mejor justificada, precisamente, porque dotan el contenido esencial anclado a los fines del sistema.

La visión de ambos autores comparte la idea de que estas disposiciones genéricas llamadas principios, dotan de sentido al ordenamiento jurídico, en tanto que mejoran las condiciones de aplicación de éste y procuran fijar límites no traspasables. Y es éste último punto del que debiera de partir cualquiera que sea su concepción, pues, al servir como límite axiológico, los principios no solo señalan la ruta hacia los fines del sistema (penal en este caso) sino también fijan las barreras infranqueables que el legislador no puede traspasar al diseñar el conjunto de reglas penales, ni el juzgador al aplicarlas.

⁶ [...] Los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, según las probabilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios. En: Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, p. 75.

Pero su concepción como límites axiológicos no solo parte de la idea de ser una norma directriz, es decir, una aspiración a la que el derecho penal se condiciona, determinando límites negativos y positivos para su práctica, negativos al establecer de qué forma no se pueden crear disposiciones penales, y positivos al establecer la obligación de desarrollar las previsiones penales en congruencia con la esencia del sistema jurídico; sino que también significan el criterio de corrección por el cual pasará toda disposición penal para considerarse válida ante un eventual caso que la someta a duda.

Así las cosas, los principios en el derecho penal suelen tener gran relevancia, más que por el papel optimizador que puedan llegar a tener, por el limitador, pues, precisamente, esta rama del Derecho es la que trata con los ciudadanos de forma más coercitiva; el ejercicio del *ius puniendi* resulta ser el más fuerte dentro del esquema jurídico que posibilita la coerción, por ende, también debe ser el más limitado (Carbonell Mateu, 1999, pág. 85)⁷.

La historia guatemalteca da cuenta de ello en su propia Constitución, que refleja el claro ánimo constituyente de proteger la libertad personal y, específicamente, aquella que puede verse afectada por el ejercicio del *ius puniendi* en la aplicación del *ius poenale*; esto lo podemos encontrar de forma sistemática en los primeros veintiséis artículos del texto constitucional, en los que se plasmó un riguroso sistema limitador del ejercicio punitivo en el país (García Laguardia, 2015, pág. 100)⁸, como consecuencia de una serie de regímenes autoritarios (Muñoz Conde & García Aran, 2010, pág. 100)⁹ que asolaron a la población con herramientas judiciales y extrajudiciales

⁷ En referencia a la Constitución española, Carbonell señala que la característica fundamental del poder punitivo del Estado es que emana de una Constitución propia de un Estado social y democrático de Derecho, la que, al mismo tiempo que lo otorga, limita su extensión, sometiéndolo a los principios que la inspiran al servicio de la libertad, la igualdad, la justicia, del pluralismo político -que ha de ser entendido en el sentido de ideológico-, valores superiores del Ordenamiento jurídico proclamados en el artículo primero. En diferentes momentos he aludido a los distintos principios limitadores del poder punitivo. Los de ofensividad e igualdad limitan el poder normativo: el legislador democrático sólo puede crear normas penales, limitadoras, por tanto, de derechos fundamentales, para tutelar valores e intereses con rango constitucional. En: Carbonell Mateu, J. C. (1999). *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales* (Vol. III). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 85.

⁸ Dictada en un momento de euforia democrática, al final de un largo período muy oscuro de gobiernos autoritarios, en su mayoría militares [...] su preocupación central (de la Constitución) es la de establecer la consagración y garantías de los Derechos Humanos, en un sistema democrático y que siempre estuvo presente la preocupación por el pasado autoritario que se pretendía rebasar. En: García Laguardia, J. M. (2015). *Breve historia constitucional de Guatemala*. Guatemala: Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala, p. 100.

⁹ Sin embargo, la mera existencia de una ley no garantiza el cumplimiento del principio de legalidad en la aplicación de una pena, como demuestra el hecho de que la existencia de leyes e incluso, la proclamación formal del principio de legalidad hayan convivido en regímenes autoritarios junto a la constante violación de los derechos individuales. Precisamente para evitar que el principio de legalidad sea una proclamación vacía de contenido, la ley debe reunir una serie de requisitos que generalmente se resumen en la necesidad de que sea *escrita, previa* a la realización de los hechos que se pretende sancionar y *estricta*, esto es, que establezca claramente las características del hecho punible. En: Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. VIII). Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 100.

ad-hoc, lo que incluía la utilización de un sistema inquisitivo, leyes penales que castigaban al autor del hecho (no al hecho propiamente) y tribunales secretos o jueces sin rostro.

Ahora bien, tradicionalmente dicho ejercicio punitivo, tanto desde su perspectiva sustantiva como adjetiva, ha estado limitado por dos grandes principios, de los cuales provienen muchos otros subprincipios o principios surgidos de la interpretación de estos: el principio de legalidad y el principio general de libertad.

Principio de legalidad

Este principio ocupa una posición privilegiada dentro del Derecho, pues presupone la sistematicidad de todo orden jurídico, es decir, que su existencia misma impone la obligación de su observancia. De esa cuenta, a todo ordenamiento jurídico se impone la idea de que, para el conocimiento y respeto de sus reglas, estas deban ser conocidas por los ciudadanos afectos, lo que permite sean exigibles ciertos comportamientos y aplicables las consecuencias jurídicas de su inobservancia.

Es así, que en materia penal cobra más relevancia el sentido de este principio, en tanto que solo puede considerarse como exteriorizado cierto desvalor contenido en una conducta típica, si el ciudadano puede prever que la misma está prohibida por ser antijurídica; idea de la que resultan otros principios que moldean al Derecho Penal, *verbigracia*, el de irretroactividad, cuya razón de existencia está anclada en la del principio de legalidad, como mandato supremo del ordenamiento penal. La legalidad penal es la forma en que el Estado puede interferir en la vida del ciudadano y su libertad, mediante la creación de conductas que contienen un desvalor (delitos) y que se encaminan a generar dos tipos de prevención (general y especial) por tanto, para garantizar esa interferencia, se requiere que el ciudadano conozca lo que se prohíbe de forma previa, así como las consecuencias que se derivarían de realizar lo prohibido -principio de previsibilidad-.

De esta forma, el contenido esencial del principio de legalidad en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley, lo que coincide propiamente con el denominado *principio de legalidad de los delitos y las penas*, frecuentemente expresado mediante el aforismo «*nullum crimen, nulla poena, sine lege*». Se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del Derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio del Estado liberal. Y asimismo, nos encontramos ante un principio plenamente asumido por la comunidad internacional, como demuestra su acogimiento en los acuerdos supranacionales más importantes de nuestro tiempo; así, el principio de legalidad y sometimiento al imperio de la ley se encuentra proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966. (Muñoz Conde & García Aran, 2010, págs. 99-100)

Sin embargo, la mera consagración de este principio no agota su eficacia y por ello surgen otros que configuran consecuencias directas para su inobservancia.

Subprincipio de irretroactividad (ley previa)

Constituye una garantía de no aplicación de una norma no vigente en el momento de los hechos, al existir falta de capacidad de esa disposición (por no existir) de cumplir con el objetivo de previsibilidad (prevención especial y general), por lo que la irretroactividad responde a que no puede haber vulneración de lo no vigente, al no conocerse y no preverse sus consecuencias.

La Constitución guatemalteca que es especialmente enfática en los límites al ejercicio penal del Estado, contempla en el artículo 17 al principio de legalidad: “**No hay delito ni pena sin ley anterior.** No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración...”; el que ha sido desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional guatemalteco de la forma siguiente:

... la exigencia *lex certa* se encuentra íntimamente ligada al principio aludido [seguridad jurídica] y requiere que el legislador, al crear la ley penal, determine con claridad y precisión las distintas conductas punibles, de tal modo que los ciudadanos conozcan con exactitud el comportamiento reprochable y la sanción que este conlleva, a efecto de que estos, conociendo el contenido de la norma, puedan prever que sus acciones encuadren en alguno de los tipos penales; es decir, que en la formulación de normas en materia penal el legislador debe evitar que estas contengan términos confusos o indeterminados que permitan un campo amplio de discrecionalidad o de apreciación subjetiva del juzgador, pues ello podría, eventualmente, conllevar a una arbitrariedad en su aplicación [...] Este principio se encuentra definido doctrinariamente como: ‘*nullum crime sine scripta, stricta, certa et praevia lege*’, de manera que a través del mismo se establece la prohibición de calificar como delitos, las conductas, activas u omisivas, que no se encuentren previstas como delictivas en una ley estricta, cierta y anterior a la comisión u omisión sancionada. (Sentencia 639-2006, 2006)

También el máximo Tribunal regional en materia de Derechos Humanos, se ha pronunciado al respecto, señalando:

La Corte ha considerado que el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática. Al establecer que “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”, el artículo 9 de la Convención obliga a los Estados a definir esas “acciones u omisiones” delictivas en la forma más clara y precisa que sea posible. (Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas., 2008)

Podría concluirse que, si las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ello anuncian la imposición de una pena a quienes cometan determinadas

conductas, no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no la definía como delito. Pero la finalidad preventivo general nace de la propia función del Derecho penal como ordenamiento protector de los bienes jurídicos esenciales para la colectividad y, de este modo, la exigencia de que el derecho penal exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determina que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno social (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2010, págs. 138-139).

Subprincipio de taxatividad

Este desarrollo permite entender la esencia del citado principio, pero no agota su contenido en la exigencia del conocimiento previo de una acción ilícita como requisito para su punición, pues también existe la dimensión técnica del principio de legalidad, que implica la necesidad de que la norma jurídica exprese de forma clara la conducta prohibida y la consecuencia de su transgresión -*principio de taxatividad* (Navarro & Manrique, 2005, pág. 826)¹⁰ pues no puede funcionar la amenaza condicional del desvalor plasmado en el delito, si no se puede prever cuál es el límite de la conducta de forma clara.

Justo esta sería una de las causas que suscitan la aparición de concursos de leyes y de delitos, en cuanto a que los márgenes de indeterminación que puedan dejar los preceptos penales por ser demasiado amplios o vagos, pueden significar que un mismo hecho sea susceptible de subsumirse en ambos, o bien, dicha indeterminación en cuanto a la diferenciación de tipos que contemplan resultados progresivos, puede provocar la aparición de dudas interpretativas para la aplicación de un concurso ideal de delitos, idea que se profundizará más adelante, pero que, en esencia, se ve nutrida por la falta de taxatividad y, por ende, de legalidad de las disposiciones penales (Navarro & Manrique, 2005, pág. 815)¹¹.

¹⁰ La idea de que el legislador no puede elegir cualquier mundo semánticamente posible para regular la conducta subraya que una interpretación de la taxatividad será admisible sólo si impone algún límite a las opciones que el legislador tiene disponibles al momento de formular las leyes penales. En: Navarro, P., & Manrique, L. (2005). El desafío de la taxatividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LVIII*, p. 826. [...] la vaguedad debería evitarse en la mayor medida posible. Como señala Jakobs, «si una regulación relativamente imprecisa se puede determinar con mayor precisión, hay que elegir la variante más precisa» (Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 2ª Edición, 1997, pp. 95-96.) En otras palabras, «el legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*)» (Hassemer, Winfried, «¿Por qué el lenguaje es tan importante para el derecho?» en *Crítica al derecho penal de hoy*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1995, p. 21).

¹¹ La amplitud de la zona de penumbra determina el margen de indeterminación de un concepto. El grado de precisión (y de vaguedad) de un concepto depende de la extensión de la clase de casos marginales que genera su aplicación, y por ello, la *mayor* precisión de una formulación F1 se puede determinar sólo después de comparar a F1 con otras posibles formulaciones normativas F2, F3, ..., Fn. Por ejemplo, el universo del discurso de las lesiones puede ser dividido mediante las categorías leve, grave y gravísima. Este criterio se basa en la seriedad del daño infligido. Sin embargo, este universo también podría ser clasificado a partir de los días necesarios para la recuperación de la víctima, e.g. menos de treinta días para su recuperación. En ambos casos nos referimos al mismo universo del discurso, pero

Siguiendo con la idea de taxatividad para el funcionamiento adecuado de la amenaza condicional contenida en la norma penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha expresado sobre uno de los factores más recurrentes en la política criminal que ha nutrido a las legislaciones latinoamericanas, el de peligrosidad social, que actúa como parámetro subjetivo para la confección de figuras delictivas y sanciones penales, y que es construido en detrimento de la taxatividad/legalidad:

... el empleo del criterio de peligrosidad del agente, tanto en la tipificación de los hechos del ilícito penal cometido por el señor Martínez Coronado, como en la determinación de la sanción correspondiente, resulta incompatible con el principio de legalidad previsto en la Convención Americana. El examen de la peligrosidad del agente implica la valoración por parte del juzgador de hechos que no han ocurrido y, por lo tanto, supone una sanción basada en un juicio sobre la personalidad del infractor y no en los hechos delictivos imputados conforme la tipificación penal aplicable. En consecuencia, este Tribunal estima que el Estado es responsable por la violación al artículo 9 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, en perjuicio del señor Martínez Coronado [...] Dado lo expuesto, la Corte destaca que la vulneración del principio de legalidad en el presente caso se encuentra configurada por dos elementos: a) la indeterminación del concepto de “peligrosidad futura” contenido en el artículo 132 del Código Penal, y b) la aplicación al señor Martínez Coronado de la sanción prevista (la pena de muerte) en dicha disposición. (Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, 2019)

Subprincipio non bis in idem

Otro de los principios especialmente relevantes que proviene del de legalidad, es el principio *non bis in idem*, que conforma una barrera para impedir que el Estado repita intentos para condenar a un individuo por un mismo hecho, sometiéndolo a una situación de continua inseguridad. En términos generales, el principio *non bis in idem* consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez.

La doctrina y la jurisprudencia ha desarrollado ampliamente este mandato, y actualmente es uno de los pilares fundamentales sobre los que se funda la idea concursal, específicamente, la del concurso de leyes, en cuanto a que,

uno de los mayores problemas de la decisión sobre si se infringe o no el «non bis in idem», es que no siempre aparece de manera clara cuándo nos encontramos realmente ante *un solo hecho* que

dividido mediante categorías diferentes. Si todos los conceptos fuesen igualmente imprecisos, entonces, con independencia de los esfuerzos del legislador, todas sus normas resultarían igualmente indeterminadas. No habría diferencias entre las diferentes formulaciones y ello impediría establecer una diferencia entre los mundos semánticamente posibles y los mundos constitucionalmente posibles. De esta manera, sólo porque los conceptos tienen diferente grado de vaguedad tiene sentido sostener que un legislador cuidadoso puede *disminuir* la indeterminación de sus normas. En: Navarro, P., & Manrique, L. (2005). El desafío de la taxatividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LVIII*, p. 815.

pueda considerarse definido por dos normas distintas. Ésta es la problemática del denominado concurso de leyes o de normas (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2010, pág. 108).

Como requisitos de aplicación, según la jurisprudencia guatemalteca (Expediente de casación 1317-2017, 2018), se requiere la conjunción de tres identidades: *identidad personal* que impide que una misma persona sea imputada dos veces por un mismo hecho; *identidad objetiva*, es decir, ambas imputaciones contengan hechos que sean idénticos o que se superpongan por tener por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona; y, por último, la *fundamento de la causa*, que se refiere a que no puede intentarse una doble causa por hechos que comparten los mismos elementos objetivos y subjetivos (Barrientos Pellecer, 2014, pág. 18).

El principio *non bis in idem* tiene un doble significado: procesal, según el cual nadie puede ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos, y material, en virtud del que nadie puede ser sancionado dos veces por una misma conducta, de esa cuenta, no corresponde aplicar una doble sanción, siempre que se den unidad de sujeto, de hecho, y de fundamento (Carbonell Mateu, 1999, pág. 93). La importancia de este principio íntimamente ligado a la legalidad (o desprendido de ella) tiene consecuencias importantísimas en la política criminal que desarrolla el Estado democrático, pues, supone, justamente, un límite para el ejercicio del poder punitivo contra la libertad de los ciudadanos que, a medida sea desvanecido, conllevará la aplicación y la punición más drástica de conductas delictivas, sin que necesariamente su desvalor haya sido aumentado por el legislador.

Principio general de libertad

Este segundo principio genérico del derecho penal consiste y está anclado a la idea del Estado liberal (Ferrajoli, 2018, pág. 28)¹² y se posiciona en el centro de gravedad de todas las ramas de un ordenamiento occidental; la idea de libertad se basa en la naturaleza del ser humano para decidir sobre su organización y para distribuir el poder a quien lo gobierne y para que éste no abuse de él, para lo que diseña límites claros para que el gobernante actúe y, a su vez, libera todo aquello no limitado para poder ser practicado. Pensar en libertad puede llevar a un debate intenso sobre cuáles serían los límites de ésta y, aunque parezca claro que únicamente la Constitución y las Leyes (por voluntad soberana delegada) son por antonomasia los recipientes que contienen los límites al ejercicio de la libertad, cada vez más, en la práctica del Derecho, puede observarse cómo es que, ni el constituyente ni el legislador, han podido prever la gran cantidad de problemas que el ejercicio

¹² Las garantías penales y procesales, como se ha mencionado, son esencialmente garantías negativas, orientadas a limitar el poder punitivo para tutela de las libertades individuales. Una exigencia, esta última, que ha acabado identificándose con el proyecto de un *derecho penal mínimo*: esto es, de un sistema penal que sea capaz de vincular la intervención punitiva -tanto en la previsión legal de los delitos, como en su averiguación judicial- a rígidos límites impuestos para tutela de los derechos de la persona. Por lo que respecta al *delito*, tales límites no son sino las *garantías penales sustantivas*: el principio de estricta legalidad o taxatividad de los hechos punibles, a los de su lesividad, materialidad y culpabilidad.

de la libertad y sus límites trae consigo; al respecto de límites a dicho elemento esencial (libertad) uno de los más fuertes es el derecho penal y su contenido, pero para profundizar en esta idea, debemos preguntarnos por qué es necesario coartar la libertad.

La libertad puede ser explicada con referencia a tres cosas: los agentes que son libres, las restricciones o límites de los que están libres y aquellos que tienen libertad de hacer o no hacer; en ese sentido, la descripción general de la libertad tiene la siguiente forma: esta o aquella persona (o personas) está libre (o no está libre) de esta o aquella restricción (o conjunto de restricciones) para hacer (o no hacer tal y cual cosa) (Rawls, 1995). Ello querría decir que,

... la libertad consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes, por lo que las personas se encuentran en libertad de hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando su hacerlo o no, está protegido frente a la interferencia de otras personas (Rawls, 1995, pág. 193).

Como lo relaciona el autor, la libertad consiste en una gran red de derechos y obligaciones, que gravitan en torno a limitaciones que son impuestas por la necesidad social de mantener los valores ético-morales protegidos por el sistema normativo; por tanto, si los valores considerados esenciales por el ordenamiento se ven afectados por acciones que se desarrollan en el marco de la libertad de una persona, se hará necesaria una restricción para su disuasión (Morillas Cueva, 2013, pág. 5)¹³, tanto de forma general (dirigida a toda la sociedad) como de forma especial (dirigida al infractor) que planteará, esencialmente, la limitación de la libertad de una o más personas, bajo la lógica de protección de un valor (Malo Camacho, 2016, pág. 121)¹⁴ más importante que ésta última.

Los bienes jurídicos tutelados/protegidos

Estos valores que se posicionan como límites a la libertad tampoco son absolutos, pues son desarrollados por el legislador, en el caso que nos ocupa, en la Ley penal, a medida que su necesidad apremia, es decir, que provienen del esquema normativo penal y tienen vinculación directa con la Constitución, ya que contienen en su esencia tanto la defensa de los derechos como de la

¹³ [...] la función de protección que con primacía ha de realizar el Derecho penal se refiere a la tutela de bienes jurídicos del ciudadano y de la propia comunidad, bienes individuales y bienes colectivos unidos bajo el sostén del carácter estatal de la norma punitiva. En dicha acepción el concepto de bien jurídico toma un papel esencial e indiscutible. En: Morillas Cueva, L. (2013). *La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho (Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia)*. España: Universidad de Almería, p. 5.

¹⁴ En realidad, lo cierto es que el derecho penal observa tanto el interés en evitar las conductas que son lesivas a los bienes y que suponen el contenido ético social, en tanto que al orden jurídico efectivamente le interesa que no se realicen conductas delictivas (tanto en el sentido de voluntad que causa lesiones a bienes, como de voluntad contraria a la norma del Estado y que ésta no puede permitir que quede impune), como también le interesa la producción de los resultados lesivos ocasionados [...] las normas se orientan a regular la relación social, pero, a la vez, tal situación acontece en aras de proteger los bienes jurídicos penalmente tutelados. En: Malo Camacho, G. (2016). *Derecho Penal Mexicano* (Vol. VII). México: Porrúa, p. 121.

organización jurídico-política y su institucionalidad; sin embargo, no basta con que provengan o se vinculen del texto constitucional para considerarse valiosos e imprescindibles, sino que estos valores deben tener reflejo práctico y relevancia material para su validez.

Se les denomina bienes jurídicos tutelados o protegidos y podrían, de forma amplia, entenderse como toda manifestación de valores de titularidad social, comunitaria o supraindividual; como se ha dicho, esta manifestación de valores se desprende por antonomasia de la ideología de la Constitución y su contexto de desarrollo, pero también podrían provenir de otros factores que podrían suscitar dudas en cuanto a su validez o legitimidad, recordando que su razón de ser es limitar uno de los pilares esenciales del Estado constitucional como lo es la libertad.

La cuestión de determinar “qué tipo de acciones son peligrosas o qué bienes jurídicos merecen una protección jurídico-penal son cuestiones a las que se ha respondido de forma muy diferente en cada época y, aun dentro de cada época, según la sociedad o país” (Muñoz Conde & Garcia Aran, 2010, pág. 46); de esa cuenta, moldear qué es un bien jurídico tutelado o, mejor dicho, qué no puede ser considerado como bien jurídico tutelado es bastante complejo. Así las cosas, si bien puede afirmarse que no todo bien jurídico es un derecho, pero sí que todo derecho es un bien jurídico, no podemos desprendernos de la idea que “todos los bienes jurídicos, siguiendo a Von Liszt, son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico” (Bacigalupo, 1996, pág. 9); o por otro lado de las ideas de Maurach y Baumann, quienes consideran que los bienes jurídicos son los “intereses jurídicamente protegidos”, y también las de Welzel, que expresa que se trata de bienes vitales de la comunidad o del individuo, los que debido a su importancia social son jurídicamente protegidos (Hurtado Pozo, 1987, pág. 11);

Michael Marx afirma que los bienes jurídicos pueden ser materialmente definidos, como aquellos bienes (*Gegenstände*) necesarios al hombre para su libre autorrealización; en tanto, Roxin manifiesta que se trata de “condiciones valiosas” en las que se concretizan los “presupuestos imprescindibles para una existencia en común”. Rudolphi, por el contrario, estima que de esta manera no se considera su aspecto esencial, ya que no se tiene en cuenta la naturaleza dinámica de la sociedad. Este autor prefiere hablar de “unidades de función”; Es decir, no se trata de cualquier interés, sino de su “función en la sociedad”. (Hurtado Pozo, 1987, pág. 11)

Todas las nociones anteriores presentan la dificultad en la determinación de un concepto de bien jurídico, pasando por la indeterminación de los valores socialmente relevantes a ser protegidos, tanto de su daño material (resultado) como del riesgo para estos provenientes de acciones concretas (mera actividad) (Hassemer, 1991, pág. 32)¹⁵. Pero esa tarea se ha complicado

¹⁵ El problema central de la doctrina del bien jurídico era y es que ha permanecido anclada en esta tarea (conceptualizarlo). Ya inicialmente era previsible que el concepto de bien jurídico no fuese capaz de enfrentarse a dos grandes obstáculos vinculados: los intereses políticos criminales de conseguir una criminalización global y los intereses de la ciencia penal de ser capaz de oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídicos: se trataba de extender el concepto de bien jurídico para poder abarcar a todo el Derecho penal o de restringirlo para criticar al Derecho penal

mucho más, con la aparición de bienes jurídicos tutelados abiertos o generales, que no hacen especial referencia al objeto de protección, sino al riesgo de daño sobre una condición amplia de importancia social; esta sería la noción de los bienes jurídicos universales -intereses de la mayoría en la protección de la intimidad frente a la recolección de datos, administración de justicia, tráfico jurídico de documentos, etc.- que se han convertido en un tema fundamental de la política criminal.

Tal desarrollo amenaza el concepto de bien jurídico tradicionalmente contemplado y cambia el derecho penal preventivamente orientado en una forma específica (Hassemer, 1991, pág. 32);

...se trata de la criminalización anticipada a la lesión del bien jurídico; de la protección del «bienestar de los hombres» «en un sentido puramente somático» en vez de la protección de la vida y la salud de las personas; trata a la salud pública al funcionamiento del mercado, a la protección estatal empresarial o a la acumulación de datos comercial o administrativa como bienes jurídicos. (Hassemer, 1991, págs. 32-33)

De forma amplia, sin tener en cuenta que muchas de las anteriores no ameritan protección penal, pues, otras formas coercitivas del ordenamiento pueden responder por ellas.

Siguiendo estas ideas críticas, el derecho penal debiera contemplar como bien jurídico tutelado solo aquello estrictamente necesario para preservar sus fines, dentro de los que debieran estar cuestiones concretas; así, desde una perspectiva del “ideal del principio democrático” el penalista estaría en condiciones de discutir la legitimidad de aquellos tipos penales creados o por crearse que no cumplan con proteger bienes jurídicos (Abanto Vásquez, 2016, pág. 4), precisamente, porque irían en contra de la intervención mínima que debe sustentar al derecho penal que plantea a la libertad como ideal máximo del sistema jurídico y como límite a la punibilidad. Por tanto,

... si se pudiera medir la legitimidad en la intervención penal a los ciudadanos utilizando como parámetro los bienes jurídicos tutelados, gozaría de mayor legitimidad y, por tanto, de protección penal decreciente en el sentido de dicha jerarquía, bienes individuales como la vida, la libertad humana, la integridad corporal, el patrimonio, el honor. Y también algo similar se puede hacer con los bienes jurídicos vinculados con el funcionamiento de instituciones básicas necesarias para el pleno desarrollo de tales derechos fundamentales como, por ejemplo, el “funcionamiento de la administración pública”, “la administración de justicia”, “el sistema crediticio”, “el sistema tributario”, etc. (Abanto Vásquez, 2016, pág. 11)

por su abandono del campo delimitado por bienes jurídicos. Así Feuerbach había admitido «Delitos en sentido amplio» en los casos en que no se daba la protección de un bien jurídico, y Birnbaum acabó su búsqueda de bienes jurídicos aprehensibles como personas y cosas en los valores morales de la sociedad. Con ello aparece claro: cuanto más vago es el concepto de bien jurídico y cuantos más objetos abarca, más tenue se vuelve la posibilidad de contestar a nuestra pregunta de si el Derecho penal cumple su función preventiva. (Traducción de Elena Larrauri): En: Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Revista Pena y Estado. Función simbólica de la pena*(1), p. 32.

Ahora bien, esto es un ideal, pues los bienes jurídicos como se ha venido señalando, carecen de contenido propio y son construidos por la realidad social, política y económica que les acompaña; “el concepto de bien jurídico, como todos los conceptos normativos, es una creación artificial, el producto de un consenso o de un proceso constitutivo, en el que necesariamente es reelaborado y, a veces, manipulado y pervertido en sus elementos esenciales” (Muñoz Conde & García Aran, 2010, pág. 78). En esa sintonía,

... el principio de intervención mínima quiere decir que los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos *por* el derecho penal, sino también *ante* el derecho penal, pues, si para el restablecimiento del orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas las que deben emplearse y no las penales, pues no todas las acciones que atacan bienes jurídicos son prohibidas por el derecho penal, ni tampoco todos los bienes jurídicos son protegidos por él. (Muñoz Conde & García Aran, 2010, pág. 80)¹⁶

Por lo que debe dedicar sus esfuerzos a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes evitaría trasgredir la esfera de libertad de la que se desprende todo el ordenamiento pregonado por un Estado constitucional; de ahí su carácter «fragmentario», pues de toda la gama de acciones prohibidas y bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, el derecho penal sólo se ocupa de una parte o fragmento, si bien la de mayor importancia.

La intervención mínima del derecho penal responde al choque que tendría lugar entre la importancia del bien jurídico protegido y la libertad coartada para su protección; es un principio de la política criminal referido a su eficacia, pero en parte tiene que ver también con la extensión atribuida al derecho penal en el Estado. Este derecho penal mínimo impondría la existencia de ciertos límites suficientemente objetivos que no podría superar el poder punitivo dentro del Estado democrático de derecho (Bacigalupo, 1996, pág. 32). Sin embargo, para establecer límites deben confluír todo un esquema de cuestiones en coherencia, siendo esencial para ello la correcta ejecución de la política criminal estatal, pues, si ya es difícil imaginar límites a la punibilidad por la colisión de valores (Guastini, 2007, pág. 636)¹⁷, más resulta su aplicación en casos concretos, en donde se desplegará una seria carga valorativa sobre una y otra cosa de importancia.

¹⁶ Este *carácter fragmentario del Derecho penal* aparece en una triple forma en las actuales legislaciones penales: en primer lugar, defendiendo al bien jurídico sólo contra ataques de especial gravedad, exigiendo determinadas intenciones y tendencias, excluyendo la punibilidad de la comisión imprudente en algunos casos, etc.; en segundo lugar, tipificando sólo una parte de lo que en las demás ramas del ordenamiento jurídico se estima como antijurídico; y, por último, dejando sin castigo, en principio, las acciones meramente inmorales. En: Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. VIII). Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 80.

¹⁷ Los conflictos entre principios constitucionales –también a causa de la pluralidad de valores incorporados en todas las constituciones contemporáneas– son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto entre la libertad de expresión y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, etc). (Traducción de Pedro P. Grandéz Castro) En: Guastini, R. (2007). *Palestra del Tribunal Constitucional del Perú. Revista mensual de jurisprudencia*, VIII(2), p. 636.

Conclusiones

En conclusión, desde bienes jurídicos que protegen los valores “superiores” de un ordenamiento, hasta bienes jurídicos colectivos que carecen de objetividad y concreción, el derecho penal juega dentro de los límites de la libertad y de otros valores para proteger los primeros descritos; ahora bien, sea cual sea la forma en que conceptualice a los bienes jurídicos tutelados:

aquellos presupuestos valiosos y necesarios para la existencia humana. También son definidos como aquellas circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de esos fines o para el funcionamiento del propio sistema. Otros los han descrito como presupuestos instrumentales necesarios para el funcionamiento del sistema social y para que éste sobreviva. También están los que los definen como aquellos presupuestos que aseguran las posibilidades de participación del individuo en la sociedad. (Hefendehl, 2001, pág. 148)¹⁸

Lo cierto es que una buena política criminal, dirigirá sus esfuerzos hacia que, en materia legislativa se regule de forma concreta y en coherencia con los valores del sistema, las conductas que se consideran antijurídicas, así como que en materia judicial, se prevea que los intérpretes y aplicadores de la normativa penal, configuren un sistema de criterios relativamente ordenado y congruente con los demás valores del sistema, entre estos y uno de los primordiales: la libertad.

Referencias

- Kelsen, H. (2019). *Teoría pura del Derecho. Introducción a la ciencia del Derecho* (Vol. III). México: Ediciones Coyoacán.
- Rawls, J. (1995). *Teoría de la justicia* (Vol. II). (t. d. González, Ed.) México: FCE.
- Luño, E. P. (2018). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. España: Tecnos.
- Faller, H. J. (enero-febrero de 1979). Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania, Madrid. *Revista de Estudios Políticos*(7).
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil*. (t. d. Abellán, Ed.) Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Carbonell Mateu, J. C. (1999). *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales* (Vol. III). Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁸ Hefendehl, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. (*Anales de Derecho*), España, Universidad de Murcia, n° 19, 2001, p. 148.

- García Laguardia, J. M. (2015). *Breve historia constitucional de Guatemala*. Guatemala: Editorial Universitaria de la Universidad de San Carlos de Guatemala.
- Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. VIII). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Sentencia 639-2006, 639-2006 (Corte de Constitucionalidad de Guatemala 22 de agosto de 2006).
- Caso Yvon Neptune Vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C. No. 180. Párr. 125. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 6 de mayo de 2008).
- Navarro, P., & Manrique, L. (2005). El desafío de la taxatividad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, LVIII*.
- Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C No. 376 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de mayo de 2019).
- Expediente de casación 1317-2017, 1317-2017. (Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal 24 de enero de 2018).
- Barrientos Pellecer, C. (2014). *Exposición de motivos del Código Procesal Penal, Decreto 51-92*. Guatemala: Serviprensa.
- Ferrajoli, L. (2018). *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Madrid: Trotta.
- Morillas Cueva, L. (2013). *La función de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho (Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia)*. España: Universidad de Almería.
- Malo Camacho, G. (2016). *Derecho Penal Mexicano* (Vol. VII). México: Porrúa.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal* (Vol. II). Lima: EDDILI.
- Hassemer, W. (1991). Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Revista Pena y Estado. Función simbólica de la pena*(1).
- Abanto Vásquez, M. (2016). Acerca de la teoría de los bienes jurídicos. *Revista Penal, XVIII*.
- Guastini, R. (2007). Palestra del Tribunal Constitucional del Perú. *Revista mensual de jurisprudencia, VIII*(2).
- Hefendehl, R. (2001). ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Anales de Derecho, XIX*.

Derechos de Autor (c) 2024 José Pablo Pacheco Samayoa



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

Estudio de las diligencias de extracción compulsiva de muestra de sangre

Study of compulsive blood sample extraction procedures

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.135>



Para acceder al artículo completo en línea

Gustavo Adolfo Coz Juarez

Investigador independiente

tavito43.cj@outlook.com

Recibido: 01 de julio de 2024

Aceptado: 04 de octubre de 2024

Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen: Se expone un análisis exhaustivo de la problemática que surge en el ejercicio de la función jurisdiccional, al realizar el procedimiento de extracción de muestra de sangre y el sindicado es renuente a facilitar su autorización o su anuencia para la práctica de dicha muestra, lo que produce la imperiosa necesidad de requerir la intervención de agentes de la Policía Nacional Civil, dilucidando temas desde el punto de vista doctrinal, de los derechos y principios procesales que se ven involucrados en dicha praxis y los aspectos o criterios jurisprudenciales aceptados por el Estado de Guatemala, en contraste con otros países como Costa Rica y España, entendiendo cada uno de estos elementos como parte de un mismo sistema de derecho penal de garantías.

Palabras clave: Extracción compulsiva, Muestra de sangre, Derechos humanos, Prueba penal, *Última Ratio*, Autoincriminación.

Abstract: *An exhaustive analysis of the problems that arise in the exercise of the jurisdictional function is presented, when carrying out the blood sample extraction procedure and the accused is reluctant to provide his authorization or consent for the collection of said sample, elucidating issues from the doctrinal point of view, the rights and procedural principles that are involved in said praxis and the jurisprudential aspects or criteria accepted by the State of Guatemala, understanding each of these elements as part of the same criminal law system of guarantees.*

Keywords: *Extraction. Human rights. Criminal evidence. Last Ratio. Self-incrimination.*

Sumario:

Introducción - La prueba en el proceso penal - Conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba - Extracción de muestra de sangre como medio de prueba en el proceso penal - Autorización judicial para realizar la extracción - Forma compulsiva y uso de agentes de la Policía Nacional Civil - Consideraciones finales del método objeto de análisis –Conclusiones - Referencias

Introducción

Recurrir a una prueba de Ácido Desoxirribonucleico con el fin supremo de identificar a una persona y así determinar su posible participación en la comisión de un hecho delictivo, representa en algunos casos determinados, un medio de prueba del cual no se puede dejar de prescindir, pues debido a la efectividad de los resultados que de él se obtengan, estos podrán informar y auxiliar al juez en la correcta toma de decisiones al momento de dictar en su sentencia una posible condena o absolución.

Se incurriría en un grave error, dejar de determinar si existen posibles vulneraciones de derechos fundamentales en la realización de los procedimientos en cuestión dentro del proceso penal guatemalteco, la falta de pronunciamientos sobre todo cuando aquellas pruebas resulten estrictamente necesarias, aun cuando para ello, no se cuente con la colaboración del sujeto sometido a dicha prueba o pericia; producen una ineficiente averiguación de la verdad. La necesidad de incidir en los análisis de procedimientos realizados en los órganos jurisdiccionales reviste de importancia a los aportes jurídicos como el presente ensayo, a efecto evitar que bajo la legitimación del derecho punitivo del Estado se pueda llegar a verificar un retroceso de las garantías procesales en lo que supone una aparente colisión de derechos por la realización de esta prueba pericial específica.

En atención a lo anterior, el presente ensayo desarrolla de forma ordenada, los aspectos que deben considerarse en relación con la realización de esta diligencia judicial, subyugando el mismo a efecto de no magnificar innecesariamente los conceptos doctrinales de: la prueba en el proceso penal, los requisitos de conducencia, pertinencia y la utilidad de los que la misma debe anidar, para finalmente analizar la jurisprudencia emanada en esta materia específica.

La prueba en el proceso penal

En la actualidad la prueba representa el medio por el cual el juez puede llegar a convencerse de algún modo sobre las pretensiones de las partes involucradas a un litigio, y es que, en el proceso penal guatemalteco no puede concebirse una justicia imparcial sin que las partes estén revestidas de la libertad de la prueba. El Código Procesal Penal guatemalteco cuya regulación preside de

forma general al proceso penal, otorga a los sujetos procesales que intervienen en su tramitación, una amplia libertad para recurrir a los medios que estimen necesarios para poder probar aquellos hechos que consideren relevantes para el esclarecimiento de la verdad y poder informar al juez de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que fueron cometidos o bien la ausencia de su comisión.

Roxin, (1997), considera que:

En la actualidad suele decirse que un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal sino del Derecho penal, es decir, que todo ordenamiento jurídico debe disponer medios adecuados para la prevención del delito, y también para imponer límites al empleo de la potestad punitiva (*ius puniendi*), ello para que el individuo no quede a merced de una intervención excesiva o arbitraria del Estado. (p. 137)

Un punto resaltante en estas consideraciones, es que el proceso es la vía o el conducto por medio del cual, el juez investido de esa función de impartir justicia, velará siempre por el estricto cumplimiento de las normas procesales, que han sido previamente reguladas, cabiendo resaltar en este análisis la importancia del principio de legalidad que entre otras cosas determina el latinismo “*Nullum proceso sine lege*”, no hay proceso sin ley anterior, la razón es que, son precisamente estos principios generales del proceso, los que instauran la base fundamental para la construcción y desarrollo de otros aspectos procesales específicos en esta materia, que se irán adoptando en cada etapa del proceso penal, es decir, modificando sus procedimientos de tal forma que satisfaga las necesidades procedimentales y consecuentemente atender al contenido del litigio que se trate, cuestión que ha sido comprobada con la evolución histórica del proceso penal de cada país, siendo Guatemala un claro ejemplo de ello, abandonando las practicas del sistema inquisitivo y transformándolo en derecho penal de garantías con el que vela por el estricto cumplimiento de una tutela judicial efectiva.

Al respecto el autor Ovalle Favela, (2016), considera que:

Estos actos de las partes se dirigen a obtener la certeza del juzgador sobre los fundamentos de hecho de la pretensión del actor o del acusador; o sobre los fundamentos de hecho de la excepción o la defensa del demandado o del inculpado. (p. 312)

En ningún caso puede concebirse que un juez absuelva o condene a una persona sin que el Ministerio Público haya realizado una debida investigación objetiva y probado fehacientemente con los medios de prueba necesarios, la culpabilidad o inocencia de una persona; se debe incluso recordar que al no poder probar la culpabilidad de una persona, el juez con sujeción a la ley procesal deberá garantizar la prevalencia del aforismo latino “*in dubio pro reo*”, (la duda favorece al reo), que le impedirá emitir una sentencia condenatoria en su contra.

Conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba

Estos tres conceptos deben ser considerados de alguna forma, como los requisitos indispensables que deben configurarse en un medio de prueba que desee incorporarse a un proceso determinado, para que este pueda primeramente ser permitido en cuanto a su investigación, admitir su incorporación al proceso a través del ofrecimiento de prueba y posteriormente pueda ser diligenciado y valorado en el debate respectivo. La ley adjetiva penal guatemalteca es clara al referirse a estos temas, pues contiene una regulación bastante precisa y específica en cuanto a esas formas y atiende muy bien los momentos procesales en los que debe realizarse cada uno.

En cuanto a la conducencia de la prueba, este requisito se refiere a la idoneidad de un medio de prueba frente a la ley en general, pues al ofrecer un medio de prueba, debe precisarse, que exista una regulación que la adecue.

Su idoneidad respecto al hecho que se pretende verificar y la forma o método de hacerlo, para poder entender de mejor manera el presente concepto, se traen a colación las consideraciones del autor Parra Aquino, (2007), quien expresa:

Si se pretende acreditar la venta de un bien inmueble, valiéndose de un documento privado, podemos alegar que ese documento no es idóneo legalmente para demostrar la venta, ya que la ley exige celebrarla mediante escritura pública. El juicio que se ha hecho para llegar a la afirmación de la inconducencia, tuvo como elementos de comparación la ley y el medio probatorio a emplear. (p. 153).

La conducencia implica también que no exista una regulación contraria, que prohíba utilizar un determinado medio de prueba, visto desde otro punto, puede considerarse al requisito de conducencia, como la legalidad del medio de prueba que se pretende utilizar.

La pertinencia del medio de prueba por otro lado, puede explicarse a través del concepto “tema de prueba”, esto es, la relación que debe configurarse entre los medios de prueba y el “*tema decidendi*”, o sea, los hechos que deben ser probados en el proceso. Analizado en otros términos, las pruebas que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad específicamente del proceso que se está conociendo, deben ser inadmisibles y consecuentemente ser rechazadas, pues en definitiva no conducen a formar la convicción del juzgador.

Al respecto de este concepto el autor Parra Aquino, (2007), explica: “al estar conversando con una persona sobre un determinado tema, consideramos bienvenidos a los que quieren hablar sobre lo mismo y predicamos la impertinencia de quienes introducen conversaciones sobre otros temas, exactamente lo mismo sucede en el proceso” (p. 153).

Respecto a la acepción utilidad de la prueba, esta determina en realidad la eficiencia de la misma, llanamente, la prueba es útil cuando conducen al juzgador a inferir un adecuado conocimiento de los hechos. De esa cuenta, por ejemplo, resultaría un desperdicio de la actividad probatoria, tratar de probar con otros medios un determinado hecho que ya ha sido establecido

perfectamente dentro del proceso, esto, aun cuando exista una conducencia y pertinencia del medio de prueba.

En ese orden de ideas al analizar detenidamente estos conceptos puede colegirse que, las pruebas que no cumplen con los requisitos de conducencia y pertinencia, finalmente deben ser consideradas inútiles, pues sin los anteriores, de nada serviría su incorporación al proceso. Por lo antes planteado, estos tres elementos nos permiten establecer y delimitar la actividad probatoria, cuyo desarrollo está enfocado a que las partes procesales puedan verificar o desmentir los hechos controvertidos e informar al juez sobre los mismos, siendo meritorio resaltar, que es el ente fiscal quien ostenta la obligación de demostrar los hechos que se le imputan a una persona; pudiendo esta última también, presentar las pruebas que considere necesarias para reafirmar su presunta inocencia.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011), considera:

La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en el acusado. (Caso López Mendoza vs. Venezuela, 2011, p. 50)

Extracción de muestra de sangre como medio de prueba en el proceso penal

La estrecha relación existente entre la averiguación de la verdad en el proceso penal, el interés de probar los hechos y los métodos a emplear para poder lograr ese objetivo, conduce directamente a la actividad probatoria y precisamente para desarrollar esa actividad, los sujetos procesales podrán recurrir al catálogo previamente establecido de medios de prueba contemplados en el Código Procesal Penal, dentro de los cuales se encuentra la prueba pericial, cuya importancia hoy en día es en definitiva y en cualquier contexto, un pilar fundamental del derecho probatorio. Esta prueba, caracterizada por ser un oficio científico a la que de conformidad con el Código Procesal Penal (Congreso de la República de Guatemala, 1992): “El tribunal podrá ordenar peritación, a pedido de parte o de oficio, cuando para obtener, valorar o explicar un elemento de prueba, fuere necesario o conveniente poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte técnica u oficio” (Art. 225)

En tal sentido resulta importante resaltar que este tipo de peritaciones podrán ordenarse incluso de oficio por parte del juez, cuestión que bien podría ser analizada como rezago de un sistema penal inquisitivo en el que quien juzga toma parte de aquella investigación; naturalmente debe entenderse que ese derecho esta dado al juez con el objeto de garantizar una efectiva investigación del caso y como fundamento para la protección de los derechos de los involucrados; y es que, precisamente la extracción de muestra de sangre a una persona surge de la necesidad de

constatar de forma efectiva la identidad de un individuo a través de los datos genéticos, cotejando dos muestras de ácido desoxirribonucleico conocido por las siglas (ADN) distintas, una obtenida como indicio en el escenario criminal y otra obtenida de la persona cuyos datos genéticos serán objeto de aquella extracción.

Para poder autorizar la práctica de extracción de muestras de sangre a los sindicados de un delito, debe entenderse que su necesidad es imperativa para el proceso y que el objetivo es identificar o “reconocer” a un individuo; al respecto el Código Procesal Penal establece:

El Ministerio Público o los tribunales podrán ordenar el reconocimiento personal del imputado por médico forense, para la constatación de circunstancias de importancia a la investigación. (...) En casos de urgencia podrá realizarse por dichas autoridades sin intervención de perito, con anuencia del sindicado y en presencia de su defensor. (Congreso de la República, 1992, art. 78)

El artículo citado refleja en parte la conducencia del medio de prueba, pues realizar un análisis de sangre, es una de las formas de obtener material genético, cuyo contenido es el ácido desoxirribonucleico (ADN), una proteína que se encuentra en el núcleo de las células, el cual contiene la información genética de una persona. A su vez es necesario mencionar, que aquel material genético puede ser obtenido en casi cualquier tejido de los seres humanos, por ejemplo: sangre, fluido seminal, saliva o bien folículos capilares por mencionar algunos.

Complementaria a la regulación del Código Procesal Penal, el Decreto 22-2017, Ley del Banco de Datos Genéticos para Uso Forense y su respectivo reglamento; Acuerdo Numero CD-INACIF-32-2018.- Reglamento del Banco de Datos Genéticos para uso forense, contempla dentro de su normativa algunos aspectos importantes que deberán tomarse en cuenta para entender de forma más completa esta diligencia.

Autorización judicial para realizar la extracción

Para entrar a conocer la esencia del presente análisis se debe considerar que, para autorizar la práctica de extracción, el juez deberá, en primer lugar garantizar, los principios de debido proceso y el derecho de defensa convocando a las partes a audiencia con el objeto de decidir sobre la necesidad de realizar el medio de prueba propuesto, el Ministerio Público y la defensa técnica podrán en su momento oportuno, exponer sus argumentos a favor o en contra de aquella autorización; consecuentemente si el juez autoriza la práctica de la misma, se deberá programar una nueva audiencia a la que las partes deban comparecer con el objeto de dar cumplimiento a aquella diligencia, ordenando al Instituto Nacional de Ciencias Forenses (NACIF), para que designe al Médico Forense que deba practicar la toma de la muestra respectiva y obtener el perfil genético de que se trate.

Al respecto de aquella autorización y como punto medular del presente análisis, la primera problemática surge cuando no se cuenta con la anuencia del sindicato para realizar la toma de muestra respectiva, de esa cuenta que deba autorizarse aquel procedimiento bajo la oposición de aquella parte, al respecto la Corte de Constitucionalidad considera en sentencia de fecha veintiocho de septiembre de dos mil once, dentro del expediente de apelación de amparo número 2562-2011, con la que sienta jurisprudencia respecto a este medio probatorio:

La implementación de medios científicos en la investigación penal, en búsqueda de la verdad - algunos de ellos, novedosos-, no podría estar supeditada a la aquiescencia de los sometidos a prueba, ya que ello truncaría la posibilidad de contar con instituciones de investigación penal modernas y eficaces. (p. 6)

Aun cuando esta puede ser una práctica razonable con fines de identificación, ha sido analizada como una violación al derecho de no autoincriminación en contraste con la Constitución Política de la República de Guatemala (1985), que determina: “En proceso penal, ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma, contra su cónyuge o persona unida de hecho legalmente, ni contra sus parientes dentro de los grados de ley” (Art. 16). Disposición que bajo las consideraciones realizadas por la autoridad constitucional, implica que dicho artículo otorga la facultad de abstenerse a declarar contra sí, esto es, con sus propias expresiones o dichos.

Continúa afirmando la Corte:

El derecho que reconoce el artículo 16 de la Constitución Política de la República de Guatemala a la persona sometida a proceso penal para abstenerse a declarar contra sí misma, se explica por la especial condición de orden subjetivo que la preserva de no incriminarse con sus propias expresiones. (p. 4)

No obstante, puede denotarse de forma clara, que las aseveraciones realizadas en el análisis efectuado por la Corte hace nugatoria por completo la esencia de esa normativa constitucional, pues limita el derecho que la misma le otorga al sindicato, a solamente la facultad de “abstenerse”, cuando en realidad el alcance original de aquella garantía, amplía su protección al derecho de no ser obligado a declarar en contra de sí mismo y no únicamente al de abstenerse, que deben ser considerados como dos escenarios completamente distintos.

El surgimiento de los principios de presunción de inocencia, del debido proceso, del derecho de defensa, entre otros, dieron lugar a que el sindicato este revestido del derecho de abstenerse a brindar su declaración respecto a hechos que se le imputen, consecuentemente no está obligado a auto incriminarse ni mucho menos a declararse culpable.

López Barja De Quiroga (2004), explica que:

A pesar de que no autoincriminarse parece ser una manifestación del instinto de conservación connatural al ser humano, no siempre existió como una garantía. De hecho, en cierto momento

histórico se consideraba que el individuo procesado tenía la obligación de ayudar en la investigación, hasta el extremo de exigírsele declarar en contra suya. (p. 521)

En Guatemala, la misma Constitución Política resguarda los derechos tratados en el párrafo anterior, al consagrarlos como norma suprema en sus artículos 14 y 15. Es el juez contralor quien velará por el estricto cumplimiento de esta normativa, aunado a esta misma idea, cualquier declaración o confesión realizada por el sindicado de forma extrajudicial, no podrá de ninguna forma perjudicarle en su situación jurídica. Es evidente, que si el Estado mismo le garantiza a una persona la legítima garantía de presunción de inocencia, es una consecuencia lógica la imposibilidad de obligarlo a coadyuvar activamente con la investigación del hecho delictivo que se le atribuye; sobre todo si se estima que la obligación jurídica de probar la culpabilidad de una persona recae sobre el ente fiscal.

En ese sentido, se trae a colación las argumentaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en resolución de fecha 11 de agosto de 2009, específicamente las consideraciones de los Ministros Lorenzetti y Zaffaroni, al explicar en su voto:

Sería prudente que el Estado evitase el penoso espectáculo del ejercicio de coerción física sobre una persona adulta para hacerle sufrir una lesión subcutánea que, en verdad, y cualesquiera sean los antecedentes de legislación comparada, no se haya previsto en la ley. (Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años, 2009, considerando 14)

A su vez, no debe omitirse que la realización de este medio probatorio también anida la inherente posibilidad de exonerar a una persona de ser hallada inocente, situación que también debe entenderse como de interés social, de manera que no únicamente se debe de propiciar su diligenciamiento por hallar como responsable al examinado, también para poder descartar y así continuar con el proceso investigativo, pues no debe obviarse en ningún caso, la debida protección hacia la víctima del delito.

La jueza Argibay (2009) se expresa en ese mismo sentido en su voto al indicar:

la decisión de encuadrar constitucionalmente el derecho de Prieto a oponerse a la extracción compulsiva de sangre dentro de la protección del artículo 18 de la Constitución Nacional tiene una importante consecuencia que debe ser ponderada, pues dicha garantía admite que en ciertos supuestos el Estado pueda interferir en distintos aspectos de la vida privada de una persona. Esta posibilidad está dada por la necesaria intervención de un juez que deberá estimar si la medida es razonable, es decir, si tan grave interferencia en los derechos individuales está justificada en orden a obtener los elementos de juicio imprescindibles para fallar el caso (Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años, 2009, considerando IV.4)

Las consideraciones expuestas en esta sección, pueden considerarse como uno de los puntos medulares del presente análisis, pues cabe destacar que en este aparente conflicto de derechos en el que pudiera vulnerarse el derecho a la no autoincriminación; esta prueba pericial esta dirigida

directamente a la identificación de una persona a través del material biológico, esto es, en su sentido más intrínseco convertir al sindicado en la fuente de la prueba, cuyos resultados son científicamente únicos e invariables, es decir, que mediante el análisis de las moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN), lo que se pretende es la obtención de un dato meramente objetivo y de cuantificación real. *Contrario sensu* la garantía procesal de no autoincriminación atiende a un aspecto subjetivo de la plataforma fáctica del hecho delictivo, como lo es la confesión expresa o comunicativa del sindicado.

Aun cuando la facultad del juez para ordenar la práctica de esta diligencia pueda ser objetada, debe entenderse como requisito *sine qua non*, para la implementación de aquel procedimiento, que el mismo no implica de ninguna manera una violación a los derechos del sindicado, principalmente porque la decisión de autorizarla está dada en obediencia a la imperativa necesidad de garantizar una investigación efectiva en cumplimiento del objetivo del proceso penal, es decir, la averiguación de un hecho señalado como delito o falta, a efecto de disminuir la impunidad, en especial porque en la mayoría de los casos en que esta diligencia es solicitada, se tratan de delitos considerados como “delitos de soledad”, en los que no se cuenta con mayores medios con los que se puedan probar las circunstancias del delito.

Forma compulsiva y uso de agentes de la Policía Nacional Civil

La segunda problemática y que para efectos del presente análisis puede considerarse como la más importante, tiene lugar en la audiencia programada para realizar el procedimiento de mérito, de manera que, si el sujeto de prueba facilita su colaboración a fin de que el perito designado proceda a realizar la toma de la muestra respectiva, continuará la diligencia sin dilación alguna y conforme al trámite respectivo, consecuentemente la dificultad de este procedimiento, yace de la negativa del examinado de facilitar o bien de colaborar dando su anuencia para la extracción de la muestra de sangre.

Al extraer de manera forzosa la muestra se pudiera considerar que se vulneran los derechos de la persona y obedece a que para poder hacerlo, se debe de alguna manera invadir la humanidad de aquella persona, aunado a ello, en la actualidad se cuestiona en gran manera la praxis de utilizar a agentes de la Policía Nacional Civil, para que puedan sujetar y obligar de forma física al procesado y así obtener la muestra respectiva, es decir, que aquel procedimiento se realiza bajo coacción de los miembros de esa institución policial, coerción que se realiza con fundamento en lo que para el efecto establece el Código Procesal Penal, (Congreso de la República de Guatemala, 1992): “En el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de los actos que ordene” (Art. 177)

A lo anterior debe sumarse que el Decreto 22-2017 Ley del Banco de Datos Genéticos para Uso Forense (2017), establece de forma específica:

Por ser un dato que protege el bien común y los derechos individuales de los sindicados inocentes y las víctimas, se autoriza que se tome la muestra de ADN de sangre de la persona sindicada, aunque esta lo rehúse. El médico que extraiga la sangre observará los protocolos médicos de higiene. Sólo cuando medicamente peligre la salud de la persona, podrá tomarse la muestra de otras fuentes como cabello, uñas, frote de pies o saliva. (Art. 3)

Este artículo contempla de forma inédita la extracción compulsiva, estableciendo que la muestra debe ser obtenida, aun cuando la persona examinada se rehúse a proporcionarla, sin establecer de forma clara y precisa cuales son las circunstancias en las que se puede obtener de forma compulsiva o bien el método o forma en la que se pudiera obligar a una persona a proporcionarla. Regulación que fue sometida a conocimiento de la Corte de Constitucionalidad al menos en dos ocasiones, por inconstitucionalidad general parcial, respectivamente en los expedientes 988-2019 y 5437-2018 dictando sentencia en ambos expedientes en fecha dos de julio de dos mil veinte; en las que la autoridad constitucional confirmó la validez constitucional de la citada norma.

Se estima necesario para el presente estudio, dilucidar la jurisprudencia guatemalteca, específicamente en esta materia, analizando las resoluciones de los casos que han sido sometidos a conocimiento de la Corte de Constitucionalidad, al menos con los que se ha sentado jurisprudencia, con las sentencias de fecha veinticuatro de enero de dos mil ocho, dentro del expediente 3266-2007; sentencia de fecha veintiséis de septiembre de dos mil siete, dentro del expediente 1748-2007 y sentencia de fecha veintiocho de septiembre de dos mil once, dentro del expediente 2562-2011.

De acuerdo con lo analizado por la autoridad constitucional, se puede observar que para poder resolver ese conflicto, es necesario en primer lugar evaluar la necesidad de la práctica de extracción, pues de no ser posible su realización, tampoco se pudiera realizar una investigación fiscal completa y efectiva, además se debe considerar que uno de los principios fundamentales a los que está sometida toda la actuación de los fiscales del Ministerio Público es el de objetividad, en consecuencia, es necesario reflexionar sobre el carácter de la resolución que el juez pudiera dictar si no se realizan todos los medios de investigación suficientes, ya que de ser así, podría dejar en completa impunidad a una persona culpable o bien condenar a un inocente.

En segundo lugar, dentro del último expediente mencionado reitera el criterio jurisprudencial que para poder extraer la muestra de forma compulsiva se debe analizar la proporcionalidad del método, empleando como punto medular los conceptos de trato cruel o degradante, esto al considerar:

A juicio de esta Corte, las pruebas científicas deben practicarse sin que implique lesión a la dignidad o privacidad de la persona y sin que haya un trato cruel o degradante, lo cual, con la extracción de la muestra de sangre puede ser posible, si se respetan los límites correspondientes que establece el principio de proporcionalidad, como el que la prueba sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella, que sea necesaria o imprescindible para ello y que el sacrificio que imponga no sea desmedido. (Apelación de Sentencia de Amparo, 2011, p. 6)

La proporcionalidad a la que se hace referencia implica que en ningún caso podrá implementarse ninguna manera de tortura, tratos crueles o degradantes en contra del sindicado, sin embargo, para efectos del presente análisis se debe enfatizar que, no obstante, tanto en la citada resolución, como en las demás anteriormente mencionadas, la Corte no entra a conocer y por tanto a pronunciarse sobre el uso de agentes de la Policía Nacional Civil para coaccionar al sindicado y ello obedece, a que según la Corte el postulante, no señaló aquella praxis judicial como uno de los actos reclamados, dando a entender, que para poder pronunciarse al respecto de esta práctica, se debe someter a conocimiento de la autoridad constitucional un caso específico donde el acto reclamado sea concretamente la implementación de este método de coacción.

Lo anterior, visto de otra forma, se resume a que del grado de conocimiento del juez sobre los hechos, dependerá su decisión final sobre el caso, bajo esa percepción, es imperativo que el Ministerio Público compruebe por los medios necesarios, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que fue cometido el hecho. Ante ello, se sobreentiende que tanto la autorización judicial para realizar la diligencia, como la ejecución compulsiva de la misma, están dadas, bajo la estricta obediencia de garantizar una investigación efectiva, equivalente a la necesidad de cumplir con la averiguación de la verdad.

Siguiendo ese orden de ideas, existe una interrogante subyacente de aquellas problemáticas y es que, es necesario cuestionarse qué sucedería en un Estado de derecho, como el de Guatemala, cuya justicia ha sufrido una metamorfosis como consecuencia de los diversos tratados internacionales firmados y ratificados, en el que la justicia especializada ha cobrado un gran auge y relevancia en los últimos años; en una situación en la que la práctica de extracción de muestra de sangre deba realizarse de forma compulsiva, empero a una víctima del delito, ¿acaso la forma compulsiva también se consideraría proporcional y necesaria?

Consideraciones finales del método objeto de análisis

Del análisis efectuado puede colegirse que en cuanto a los derechos involucrados se encuentran, por parte de la víctima el derecho de acceso a la justicia reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que determina la garantía de que en todo proceso penal, toda persona tiene derecho a obtener justicia, que esta sea de calidad y de la forma más inmediata

posible; en contraste, por parte del sindicato el ya analizado derecho de no autoincriminación o bien del derecho a un debido proceso; derechos que en ninguna manera se consideran vulnerados al extraer la muestra aun sin la anuencia del sindicato. No obstante, debido a que la Corte de Constitucionalidad no se ha pronunciado respecto al empleo de agentes de la Policía Nacional Civil como forma de coacción para obtener la muestra respectiva, no puede establecerse si en esta forma compulsiva en específico, existe o no, una vulneración de derechos al considerar que este método en particular pudiera encuadrarse entre los conceptos de trato cruel o degradante.

A lo anterior se agrega, que la autoridad constitucional tampoco se ha pronunciado al respecto del procedimiento que debiera considerarse como el adecuado o la forma de resolver el conflicto que genera la negativa del sindicato para proporcionar la muestra respectiva. De la misma forma que lo realiza la Corte de Constitucionalidad, resulta importante en el presente análisis, confrontar la jurisprudencia de Guatemala, con la establecida en Costa Rica, refiriendo específicamente a la sentencia 2002-03486, de fecha diecisiete de abril de dos mil dos, dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, dentro del expediente identificado con el número 02-002534-0007-CO, que entre otras cosas considera:

Se ha indicado que algunas de estas injerencias pueden realizarse en forma coercitiva, es decir, aún contra la voluntad del examinado, tal es el caso de la extracción de sangre (véase en ese sentido las sentencias número 1428-96 de las 15:36 horas del 27 de marzo de 1996 y 0556-91 de las 14:10 horas del 20 de marzo de 1991). Para la realización de ellas es necesario que sean ordenadas y motivadas por el juez penal y de que sean practicadas en todo caso por un perito o médico. Además, debe entenderse que sean útiles, necesarias y no impliquen un tratamiento cruel o degradante para el examinado. (párr. 1)

En su interpretación la Sala Constitucional, aborda el caso sometido a análisis desde la perspectiva de que siempre que verifique la ausencia de tratos crueles o degradantes, la orden de realizar la extracción compulsiva de sangre se encuentra ajustada a derecho y no vulnera ningún derecho fundamental que le asista al sindicato, sin determinar un procedimiento específico que raye dentro de los límites de ambos conceptos.

Otra resolución útil para confrontar, es la del Tribunal Constitucional de España, en sentencia de fecha dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y seis, dentro del expediente identificado como, 207/1996, que al resolver consideró:

Para que una intervención corporal en la persona del imputado en contra de su voluntad satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad será preciso: a) que sea idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (artículo 18 C.E.D.H.), esto es, que sirva objetivamente para determinar los hechos que constituyen el objeto del proceso penal; b) que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, sean igualmente aptas para conseguir dicho fin;

y c) que, aun siendo idónea y necesaria, el sacrificio que imponga de tales derechos no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de las sospechas existentes. (p. 19)

En esta resolución, resalta el énfasis que el Tribunal Constitucional hace sobre la necesidad de efectuar el análisis de ADN, aunado a que aun si se debe realizar de forma compulsiva, esto sería proporcional a la importante información que del resultado de aquel cotejo se obtenga; cabiendo en este punto, mencionar que tampoco esta autoridad constitucional refiera el o los métodos que estime adecuados para realizarlas.

Ahora bien la Cámara Nacional de Casación Penal de Buenos Aires, Argentina, aborda esta confrontación de derechos como la facultad que tiene el Estado de limitar algunos derechos como la libertad, la privacidad y la intimidad, en el fallo del recurso de casación identificado con la causa número 13.957, al estimar:

Vale recordar entonces que la Corte Suprema ha indicado que la privacidad e intimidad encuentran su “límite legal siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (Fallos, 306:1892 y 316:703). De hecho, los instrumentos internacionales de derechos humanos, si bien determinan la obligación pública de proteger la intimidad y la privacidad, lo hacen respecto de injerencias arbitrarias o ilegales, incluso abusivas, pero no de aquellas que resulten legítimas conforme a criterios de proporcionalidad. (Noble Herrera, Marcela y otros/recurso de casación, 2011, p. 137 - 138)

Además resulta importante agregar, que la investigación del ente fiscal ha sido ampliamente reconocida por el derecho internacional y supeditar esa actividad al consentimiento de una persona doblega los intereses sociales ante el interés particular del examinado, a su vez, se debe endilgar la consideración que en la actualidad no puede considerarse que exista un derecho que revista las características de absoluto, fundamentalmente porque cualquiera de ellos puede ser limitado y es que, en el caso del derecho de no autodeterminación, la controversia estriba básicamente verificar específicamente, en qué casos se vulnera y en cuáles no.

Al retomar el análisis del caso específico de Guatemala, la ley procesal penal prevé la implementación del cuerpo policial como auxiliar de sus funciones investigativas e incluso al sumergirse en un estudio de la etapa investigativa de un proceso penal se puede denotar que existe en esta etapa casi de forma inherente una característica de mayor coercibilidad hacia el procesado, facultando a los juzgadores privarlos de su libertad.

A efecto de hacer propicia la resolución de este conflicto, se estima pertinente mencionar que en la práctica judicial una vez autorizada la diligencia, si en la audiencia de mérito el examinado se reusare a colaborar, el juez contralor deberá velar por solicitar de forma directa al sindicado que pueda facilitar dicha muestra, acto seguido, también podrá solicitar la ayuda del abogado defensor para que dialogue con su defendido, haciéndole constar que al realizar el procedimiento, en ninguna manera se vulneraran sus derechos; si hasta ahora, no se pudiera contar

con su anuencia conviene, para este análisis, estimar lo que para el efecto establece el Código Penal, 1992, regula: “Quien desobedeciere abiertamente una orden de un funcionario, autoridad o agente de autoridad, dictada en el ejercicio legítimo de sus atribuciones, será sancionado con multa de cincuenta un mil quetzales”. (Congreso de la República, 1992, art. 414.)

De frente a la imposibilidad de contar con la anuencia del sindicato, es imperativo establecer, que una vez el juez autorice la práctica de la diligencia de extracción, la referida decisión se convierte en una resolución judicial, cuyo cumplimiento, de conformidad con la ley, es obligatorio y, con el objeto de no recurrir a la intervención de agentes de la Policía Nacional Civil, el juez advertirá al examinado la posible comisión del delito de desobediencia anteriormente citado, sin magnificar que la certificación de lo conducente por la posible comisión de ese delito, será exclusivamente por no facilitar la muestra de sangre necesaria.

Posteriormente a la advertencia del juez se muestran dos posibles resultados: la anuencia del sindicato para la realización del procedimiento, o bien su reiterada negativa. En efecto el punto débil del procedimiento desarrollado, es que, si aun cuando en *última ratio* se advierta y certifique por la comisión de aquella conducta señalada como el delito de desobediencia, sin que con ello se obtenga la colaboración del examinado, no resuelve *per se*, la esencia del conflicto, esto es, contar con la participación voluntaria de la persona examinada.

Con el análisis que se ha hecho en el ensayo que se presenta, y a manera de dejar plasmada la posición o el criterio personal del ensayista en cuanto a la prueba pericial de extracción de muestras de sangre, que es el tema focal del trabajo de mérito, es preciso puntualizar que a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el sistema de justicia guatemalteco experimentó un cambio de paradigma en el contexto del proceso penal.

Lo anterior obedece a la adhesión de Guatemala a la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW) y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), y de otros instrumentos jurídicos internacionales de protección de derechos de los grupos poblacionales considerados más vulnerables, mediante los cuales el Estado adquirió compromisos de crear medidas afirmativas de carácter legislativo, legal y judicial de tal forma que se introdujeran al ordenamiento jurídico interno principios, normas y derechos con enfoque victimológico en aras de equilibrar la posición de la víctima (mayormente entre hombre y mujer) frente al sindicado en el proceso penal, de suerte que contendieran en igualdad de condiciones.

Con ello se garantiza, no solo una justicia pronta y cumplida como lo demanda la Constitución Política de la República sino que a su vez, se reconociera el principio universal de humanidad y de dignidad de la persona humana que es de insoslayable observancia y cumplimiento.

Como corolario del estudio realizado y bajo los principios de *pacta sunt servanda* y *del ius cogens*, la pericia de extracción de muestras de sangre ha cobrado una mayor relevancia con especial énfasis en los delitos de naturaleza sexual en donde resultan ser víctimas niños, niñas y adolescentes, siendo esta diligencia la que el Ministerio Público solicita constantemente en este tipo de procesos, pues es a través de este medio probatorio, como se puede probar en la mayoría de estos casos, no la paternidad o filiación del niño o niña que haya sido producto de un delito de violación, sino la participación del sindicado en la comisión del ilícito penal perpetrado, y los jueces contralores están llamados a autorizar esta clase de diligencias, siempre y cuando consideren su viabilidad y la estimen, pertinente, útil y necesaria y por supuesto que no exista material y jurídicamente otro medio probatorio por medio del cual, se logre obtener el resultado que se persiga con la extracción del fluido sanguíneo.

Es importante también acotar que la pericia de extracción de muestras de sangre no constituye un método de tortura, tampoco se considera que revista las características de tratos crueles, inhumanos y degradantes, y aún con la negativa de los imputados de someterse voluntariamente a tal pericia, ésta debe realizarse teniendo en cuenta que el procedimiento médico es sencillo, y no representa una medida invasiva en el cuerpo del sindicado, pues consiste en un pinchazo en uno de los dedos del sindicado para extraerle una mínima cantidad de fluido sanguíneo, y no obstante que el ordenamiento jurídico no regula en forma expresa un método para compeler al imputado a la práctica de dicha pericia, y que la jurisprudencia interamericana y nacional tampoco se han pronunciado sobre este aspecto.

Si bien no se ha establecido una forma expresa, un método para compeler al imputado, si se han establecido una serie de límites que deben revestir dicho procedimiento con base en la jurisprudencia citada; los jueces deben hacer uso de la potestad que les confiere los artículos 11, 11 bis y 177 del Código Procesal Penal, requiriéndose el auxilio de la Policía Nacional Civil para la neutralización del procesado para que se cumpla estrictamente con lo ordenado en la resolución judicial que la autorizó, ya que de lo contrario, su inobservancia, generaría impunidad, y por consiguiente se vulneraría el derecho constitucional de acceso a la justicia y del debido proceso.

Conclusiones

En ese orden de ideas, es necesario traer a colación que la admisibilidad de cualquier medida de coerción casi siempre acarrea de forma inherente algún tipo de polémica, sin embargo, en el caso sometido a análisis, la práctica de la diligencia de extracción de muestra de sangre, aun cuando se practicaren de forma compulsiva no se puede cavilar como proporcional o equiparable al derecho que le asiste al sindicado en cuando a no auto incriminarse mediante declaraciones contra sí mismo, pues la esencia de aquel derecho, refiere a las expresiones propias del sindicado y como ya se ha establecido, son modalidades distintas, principalmente porque la prueba pericial

de mérito tiene como único objetivo la plena identificación de una persona a través del material genético objeto de la muestra.

Cuando dos derechos fundamentales se contraponen existe una difícil tarea para los juzgadores, quienes velando por el estricto cumplimiento de los fines del proceso penal, deberán ajustar su actuar a fin de no transgredir el derecho interno y el derecho convencional, debiendo en su análisis al realizar la ponderación de aquellos derechos involucrados, hacer prevalecer al que más convenga a la averiguación de la verdad y fundamentalmente a la protección del derecho humano más vulnerado.

De forma concluyente, en la toma de muestras de forma compulsiva, no se vulneran los derechos humanos fundamentales que le corresponden al examinado, aun cuando para ello, se requiera la intervención de la fuerza policial, pues únicamente se trata de un procedimiento pericial en el que, requiere una mínima intervención de la persona y no un acto de tortura física o mental y el actuar de los agentes de dicha institución atiende únicamente a neutralizar de forma idónea el movimiento corpóreo del sindicado a efecto de obtener la muestra por parte del perito, cuyo procedimiento médico no implica más, que un pinchazo en la yema de un dedo, por supuesto, en observancia de las condiciones de higiene adecuada.

Al recurrir a un análisis de cotejo de Ácido Desoxirribonucleico con el objeto de poder identificar a una persona y determinar su participación en la comisión de un hecho delictivo, se entiende que su autorización y diligenciamiento obedece, a la imperiosa necesidad del medio de prueba y a su vez a que el mismo, resulta conducente, pertinente y útil para la averiguación de la verdad; prescindir del mismo, supone un retroceso de los esfuerzos realizados por parte del Estado en avanzar hacia un proceso penal que cumpla con las exigencias de la coyuntura social, sin dejar de mencionar el incumplimiento de los compromisos internacionales respecto a garantizar una tutela judicial efectiva y de debida diligencia.

Referencias

Apelación de Sentencia de Amparo, expediente 2562-2011 (Corte de Constitucionalidad 28 de septiembre de 2011).

Congreso de la República. (1992). *Código Procesal Penal decreto 51-92*. Guatemala: Diario Oficial de Centro América.

Gualtieri Rugnone de Prieto Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años, causa n° 46/85 A- (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CAPITAL FEDERAL, CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES 11 de agosto de 2009). Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos->

[aires-gualtieri-rugnone-prieto-emma-elidia-otros-sustraccion-menores-10-anos-causa-n-46-85-fa09000070-2009-08-11/123456789-070-0009-0ots-eupmocsollaf?](#)

Inconstitucionalidad General Parcial, Expediente 988-2019 (Corte de Constitucionalidad 2 de Julio de 2020).

Inconstitucionalidad General Parcial, Expediente 5437-2018 (Corte de Constitucionalidad 2 de Julio de 2020).

López Barja De Quiroga, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Navarra: Editorial Aranzadi S.

Muñoz Conde, F., & García Aran, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General* (8ª edición ed.). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Noble Herrera, Marcela y otros/recurso de casación, causa numero 13.957 (Cámara Nacional de Casación Penal 2 de junio de 2011).

Ovalle Favela, J. (2016). *Teoría General del Proceso* (séptima ed.). (L. G. Iriarte, Ed.) México: Oxford University Press.

Parra Aquino, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio* (Vol. Décima Sexta Edición). Bogotá, D.C., Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

¡Error! Marcador no definido.

Derechos de Autor (c) 2024 Gustavo Adolfo Coz Juarez



Este texto está protegido por una licencia [Creative Commons 4.0](#).

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

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

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



OPUS MAGNA CONSTITUCIONAL

Tomo XXI

Análisis jurisprudencial

Inconstitucionalidad general total de leyes por vicio *interna corporis* según la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

Total general unconstitutionality of laws, due to interna corporis vice, according to the jurisprudence of the Constitutional Court

DOI: <https://doi.org/10.37346/opusmagna.v21i1.131>



Lester Manuel Meda Ruano
Universidad Mariano Gálvez, Guatemala
lesmanu2@gmail.com

Recibido: 28 de marzo de 2024
Aceptado: 30 de septiembre de 2024
Publicado: 15 de octubre de 2024

Resumen:

El presente trabajo constituye un repaso doctrinal y jurisprudencial de la inconstitucionalidad general por vicio *interna corporis* en la formación de las leyes. Al efecto, se realiza una explicación de cómo se constituye este defecto de la norma, y luego se presentan casos en los cuales la Corte de Constitucionalidad ha definido los elementos necesarios para que este error ocurra.

Palabras clave: inconstitucionalidad, defecto, formación de leyes.

Abstract:

This work constitutes a doctrinal and jurisprudential review of general unconstitutionality due to internal vice corporis in the formation of laws. To this end, an explanation is made of how this defect of the norm is constituted, and then cases are presented in which the Constitutional Court has defined the necessary elements for this legal normative defect to occur.

Keywords: Unconstitutionality, legal flaw, formation of laws.

Sumario:

Introducción - Generalidades del vicio interna corporis de las normas - Aspectos puntuales de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad - Conclusiones

Introducción

Según la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 267 entre las funciones de la Corte de Constitucionalidad está resolver inconstitucionalidad de leyes de carácter general:

Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. 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.

Esta función, según la propia Corte de Constitucionalidad consiste en:

La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley es excepcional, y procede cuando una norma confronta directamente mandatos o preceptos constitucionales, o bien, cuando la normativa impugnada no sea susceptible de ser interpretada conforme la Constitución; de esa cuenta, si la norma superior determina la validez de la inferior y ésta puede ser interpretada de acuerdo con la Constitución, los poderes constituidos deben ceñirse a la interpretación que, a la luz de la Carta Magna, realice la Corte de Constitucionalidad, supremo intérprete de la misma. (Expediente 2489-2009)

La acción de inconstitucionalidad sirve entonces como un mecanismo que permite la expulsión de disposiciones normativas que atentan contra la Constitución Política de la República de Guatemala. Su desarrollo y trámite se encuentra detallado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, además del Auto Acordado 1-2013 emitido por la propia Corte de Constitucionalidad.

Sin embargo, la explicación anterior no toma en cuenta que, la labor de análisis e interpretación de la Corte de Constitucionalidad se ha tecnificado de tal forma que se han generado dos motivos para impugnar una norma por vicio de inconstitucionalidad: por vicios materiales o de fondo, y por formales o de procedimiento (también llamados *interna corporis*). Esto ocurre porque:

Desde la sentencia dictada por este Tribunal Constitucional el uno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, en el expediente 258-87, se estableció que el examen de la constitucionalidad puede comprender tanto la ilegitimidad de las normas por vicios materiales como la de los actos legislativos por vicios formales. Esto sobre la base del principio de supremacía constitucional y el de la sumisión de los poderes públicos a la constitucionalidad, reconocidos en el Magno Texto y que fundamentan el Estado

Constitucional de Derecho. De manera que no quedan sometidas al control de constitucionalidad solamente las normas de rango legal en su contenido material, sino también los procedimientos legislativos ("interna corporis"), porque deben ajustarse a las formas que la Constitución determina. En consecuencia, desde entonces ha estado claro que también se sujetan al control formal de constitucionalidad las leyes, reglamentos y demás disposiciones de carácter general. (Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 2089, 2303, 2352, 2412, 2521, 2547, 2667, 2689, 2788, 2859, 3145, 3171, 3211, 3257 y 3678-2014).¹

El resultado es la violación de la Constitución Política de la República de Guatemala, no por la sustancia, sino por el no cumplimiento de las normas de procedimientos, lo cual genera que el cuerpo normativo completo carezca de validez (Corte de Constitucionalidad, expediente 4134-2016, expediente 2867-2020).

El motivo de inconstitucionalidad condiciona tanto la forma de plantear la acción de inconstitucionalidad, como el análisis propio de la Corte. A lo largo de este ensayo, se presentan ejemplos de la forma en la que la Corte de Constitucionalidad ha generado un modelo de criterios y requisitos indispensables para que se lleve a cabo una impugnación por vicio *interna corporis* de la norma. Fue necesario utilizar una metodología cualitativa de forma que, a través de la investigación, y análisis de sentencias, se pudiera alcanzar una comprensión más precisa sobre su importancia y la forma en la que se aplica el criterio sobre el vicio *interna corporis* por el máximo tribunal constitucional del país.

La estructura del escrito incluye una base general doctrinal, previo a pasar a la parte medular constituida por los diversos extractos de sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad en casos de inconstitucionalidad general por vicio de forma. Por último, se cierra el escrito presentando con las conclusiones que pueden extraerse de las sentencias de inconstitucionalidades generales por vicio de forma, con el objeto de presentar una versión concentrada de los aspectos que son ya doctrina legal en la materia.

Generalidades del vicio interna corporis de las normas

La Corte de Constitucionalidad, de forma reiterada en su jurisprudencia, ha resaltado que:

... cabe señalar que también se ha establecido el criterio de que el examen de inconstitucionalidad de las normas puede ser incoado no solo por vicios materiales, sino también por vicios formales, conocidos como vicios "interna corporis" por la jurisprudencia guatemalteca. Al respecto se ha señalado que en la creación de normas

¹ En el mismo sentido se emitieron los fallos de dieciséis de junio y veintiséis de octubre, ambos de dos mil veinte y veintinueve de enero de dos mil veintiuno, veintiocho de septiembre de dos mil veintidós dictados dentro de los expedientes 2271- 2016, 4091-2018 y 1767-2020, 2861-2022 respectivamente).

“... puede incurrirse en ilegitimidad de manera indirecta, cuando, por la forma, se infrinja el orden constitucional, bien sea porque la autoridad de la que emana el precepto carezca de competencia o la produzca inobservando reglas fundamentales para su formación y sanción o cuando no exista la adecuada correspondencia jerárquica con una norma superior que la habilite”. [sentencias de dieciséis de octubre y veintiséis de marzo, ambas de dos mil diecinueve y trece de junio de dos mil, dictadas dentro de los expedientes 5184-2018, 5440-2018 y 1094-99]. (Expediente 7211-2019).

A lo ya señalado aporta Salguero Salvador (2019):

(...) El Vicio formal o de procedimiento también es conocido como *interna corporis* - en el cuerpo- y alude al defecto constitucional que se presenta cuando la contravención a la Constitución deriva de la inobservancia del procedimiento de formación de una disposición normativa, regulado en su texto (...) Ha de tenerse presente que la tesis ha de sustentar un planteamiento motivado por vicio de procedimiento deberá hacer la confrontación entre la forma de proceder observada en la creación de la disposición y lo regulado constitucionalmente para el efecto. A juicio del tesista, también se configura vicio formal ante la falta de competencias normativas de parte del creador del documento que contiene la disposición; en ese caso, la tesis deberá hacer relación de por qué la emisión de una disposición infraconstitucional por una autoridad determinada resulta violatoria de la preceptiva fundamental, en razón de que su emisor no cuenta con facultades para ello. (pp. 102-103)

Vicio interna corporis de las normas, definición y procedencia

El planteamiento de una inconstitucionalidad requiere que se confronte una norma determinada con un precepto de la Constitución Política de la República de Guatemala. Es decir, debe realizarse una parificación entre la norma impugnada y el contenido constitucional lesionado por esta.

En palabras de Ezquiaga (1999), las inconstitucionalidades *interna corporis* son

(...) aquellas que establecen los diferentes requisitos para la producción de nuevas normas. De este tipo deben distinguirse las siguientes categorías: la inconstitucionalidad formal por vulneración de las normas de producción jurídica que otorgan competencias normativas, las que establecen los procedimientos legislativos y las relativas a la materia objeto de regulación. (p.p. 195)

La inconstitucionalidad general es una acción; es decir, sigue un procedimiento nuevo e independiente, autónomo de cualquier otro y su resultado tiene la particularidad de expulsar del ordenamiento jurídico a la norma impugnada. Es importante resaltar que, al considerar que la acción de inconstitucionalidad se promueve contra una norma, debe entenderse a esta como toda disposición que se desprende de una autoridad pública. La característica fundamental en ese caso

es que la norma es de cumplimiento obligatorio. Esa obligatoriedad deja a quien debe cumplirla con la posibilidad de sanciones en caso de no acatarla.

Si bien las actuaciones de las entidades públicas gozan de una presunción de legalidad, eso no limita la posibilidad de impugnar las mismas. En palabras de la Corte de Constitucionalidad

Lo anterior, porque los actos del poder público se presumen que deben ser realizados conforme a la Constitución y la ley que les rige. Ello es así, pues se parte de la presunción de constitucionalidad, por una parte, supuesto que conlleva partir de la noción de que las autoridades actuarán conforme a derecho, con diligencia y claridad, en observancia de los principios inherentes al Estado Constitucional de Derecho, lo cual implica que todas las acciones de las autoridades, incluido el cambio de mando en los Organismos Legislativo y Ejecutivo, se prevén que se realizarán conforme las normas constitucionales y los procedimientos legalmente establecidos. También aplica la “presunción de legalidad” de los actos del Poder Público, por el cual cualquier acto emitido por la autoridad legalmente legitimada para el efecto se presume se enmarcará en el ámbito de la legalidad y conforme a derecho, salvo que se compruebe lo contrario. (Expediente 6175-2023).

La inconstitucionalidad general puede ser planteada por cualquier persona, con el auxilio de 3 abogados, por lo tanto, es un mecanismo de control del accionar público.

Su planteamiento puede atacar una parte tan reducida como una palabra, una frase, un párrafo o un artículo de la norma en cuestión. En esos casos la confrontación que se realiza es de carácter material, porque se efectúa un análisis del fondo de la impugnación. Sin embargo, esa no es la única manera en la cual se puede accionar contra una norma. Existe otra modalidad denominada inconstitucionalidad de forma, por la cual no se plantea una confrontación entre lo impugnado y disposiciones constitucionales, sino sobre el proceso que se llevó a cabo para emitir esa norma, en ese caso debe ser de toda la disposición normativa y no sólo de una de sus partes.

Cabe mencionar como señalan Padrón y Castillo (2003):

[e] estudio de constitucionalidad de las leyes consiste en una comparación entre la ley y las normas constitucionales. Sin embargo cuando se trata de denuncias de infracción de las normas constitucionales sobre el procedimiento legislativo, el juez constitucional debe confrontar, no el texto de la ley (pues este por sí solo no le dice nada sobre la corrección o no del procedimiento legislativo), sino el trámite o procedimiento que efectivamente se realizó en el Congreso de la República. (p. 177).

Todo proceso de producción normativa lleva implícito una serie de pasos (proceso). Los pasos seguidos dependen de la institución que emita la norma, así se tiene desde el Organismo Legislativo con las leyes, hasta el Organismo Ejecutivo emitiendo acuerdos gubernativos, pasando por Ministerios de Estado, Organismo Judicial con sus regulaciones, hasta todo lo reglado por las

entidades autónomas y descentralizadas en el país. Cada una de estas entidades tiene sus procesos para emitir normas. Estos pueden ser complejos como los del Congreso de la República de Guatemala, o sencillos como la emisión de una circular.

En palabras de Pereira (2012):

Se cuestiona el contenido íntegro del cuerpo normativo impugnado; usualmente ocurre cuando este último por alguna razón se ve inescindiblemente afectado por el vicio de inconstitucionalidad que se denuncia. Puede ser debido a ser particularmente concentrado o breve, acaso integrado por preceptos íntimamente conectados por una misma idea fundamental; también es común que ello obedezca a que lo que se señala es un defecto interna corporis, o bien, cuando el objeto de impugnación es una mera disposición general. Incluso puede ocurrir que el postulante advierta motivos de inconstitucionalidad correlativos a todas las normas que conforman una ley...PARCIAL. Se cuestionan determinadas disposiciones o pasajes del cuerpo normativo impugnado; el vicio de inconstitucionalidad se ubica en un segmento específico del mismo. (pp. 248-249)

Lo importante es que existe una serie de pasos concatenados que deben seguirse para emitir cada norma. Esto resulta significativo, por virtud del principio de legalidad consagrado en el artículo 154 de la Constitución Política de la República de Guatemala:

Este principio, según ha sostenido la Corte de Constitucionalidad, implica que:

... mientras los ciudadanos deben ser libres para hacer todo lo que no esté explícitamente prohibido por la norma, los funcionarios públicos únicamente pueden hacer lo que está permitido por la ley. Este concepto es fundamental para el establecimiento del Estado de Derecho en un contexto democrático. (Expediente 2579-2009)

La emisión de normas según el marco legal para ello brinda certeza jurídica, y respetarlo es una obligación de toda autoridad pública. El incumplimiento de esta obligación genera la posibilidad de una acción de inconstitucionalidad general sobre la totalidad de la norma impugnada, esto porque el vicio existe desde su creación y por ello el resultado de un proceso espurio es que la norma sea expulsada del ordenamiento jurídico guatemalteco. (Corte de Constitucionalidad, expediente 300-95, expediente 427-2015, expediente 4091-2018, expediente 3126-2022).

No se debe perder de vista que:

[...] la conducta del funcionario con el ejercicio del cargo debe sujetarse a la ley, y como tal, debe responder de las consecuencias de sus actos. En ese orden de ideas, se puede afirmar que la Constitución no prevé la posibilidad de eximir de responsabilidad a ningún funcionario en el ejercicio del cargo, por lo que cualquier disposición en ese

sentido la contraría y, por ese hecho, no puede coexistir con la Constitución [...] (Corte de Constitucionalidad, expediente 261-93)

Lo dispuesto sirve para dimensionar la importancia de esta modalidad de inconstitucionalidad general, y lo valioso que resulta realizar un repaso de las actuaciones de la Corte de Constitucionalidad.

Además, la Corte de Constitucionalidad insiste en cuanto a que:

... el examen de inconstitucionalidad de las normas puede ser incoado por vicios materiales o por vicios formales, como en el caso de la actividad legislativa. Los poderes públicos, por supuesto, están sometidos a la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico y, consecuentemente, quedan sometidos al control de constitucionalidad, no solamente normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procesos legislativos "interna corporis", que deben ajustarse a las normas que la Constitución prescribe. Sin embargo, debe decirse que los actos y las normas que tienen su origen en decisiones de los poderes legítimos, tienen una presunción de constitucionalidad, lo que trae como consecuencia considerar excepcional la posibilidad de invalidarlos; situación que especialmente se manifiesta cuando se trata del órgano legislativo, el cual dispone de distintas alternativas a la hora de legislar, siempre dentro del marco fijado por el constituyente y de ahí que "puede declararse la inconstitucionalidad cuando es evidente la contradicción con la Constitución y existan razones sólidas para hacerlo. Cuando no haya bases suficientes se debe respetar la decisión del Congreso, porque de acuerdo con el principio democrático, es el único autorizado para decidir las políticas legislativas que el constituyente dejó abiertas. La Corte debe declarar la inconstitucionalidad de la ley cuando su contradicción con el texto constitucional es clara, en caso contrario, es conveniente aplicar el principio de conservación de los actos políticos y la regla básica en la jurisdicción constitucional: "in dubio pro legislatoris" (criterio sostenido por este Tribunal en el expediente 2029- 2010, sentencia de treinta de septiembre de dos mil diez). (Expediente 4644-2010)

Aspectos puntuales de la Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad

Sobre la inconstitucionalidad *interna corporis*, hay que señalar, que:

Sólo puede impugnarse de inconstitucional un precepto de una ley constitucional cuando éste ha pretendido incorporarse a la ley violando el procedimiento establecido para hacerlo. Esto aplica a la generación de: leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general, además para que proceda una acción de inconstitucionalidad general por vicios *interna corporis* que se promueva, el procedimiento legislativo que se cuestione debe contener una transgresión a la normativa constitucional que lo rige y, por ende, las

denuncias deben ir dirigidas a señalar las afectaciones en el procedimiento de formación, discusión, aprobación y sanción del cuerpo legislativo afectado. (Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 5818-2013 y 136-2014).

La consecuencia que se desprende de este vicio de inconstitucionalidad como lo ha presentado la Corte de Constitucionalidad, redundando en que:

(...) en caso de vicios de inobservancia de la normativa que rige el procedimiento de formación de la ley, sus efectos serán propios de sentencia estimatoria de la acción de inconstitucionalidad general, la nulidad del cuerpo normativo afecto y su pérdida de vigencia dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco. (Expedientes acumulados 2089-2014, 2303-2014, 2352-2014, 2412-2014, 2521-2014, 2547-2014, 2667-2014, 2689-2014, 2788-2014, 2859-2014, 3145-2014, 3171-2014, 3211-2014, 3257-2014 y 3678-2014).

Resulta importante que este análisis se fundamenta en la obligación de brindar certeza jurídica para las personas, caso contrario, se genera espacio para abusos por parte de las autoridades. En otras palabras:

El examen de inconstitucionalidad de las normas puede ser incoado por vicios materiales o por vicios formales. Los poderes públicos, por supuesto, están sometidos a la norma fundamental y fundamentadora de todo orden jurídico y, consecuentemente, quedan sometidos al control de constitucionalidad, no solamente normas de rango legal objetivadas externamente, sino también los procesos legislativos “interna corporis”, que deben ajustarse a las normas que la Constitución prescribe. (Corte de Constitucionalidad, expediente 735-2002).

La necesidad de un razonamiento claro

Señalar que el proceso de emisión de una norma es defectuoso no puede ser algo sujeto a interpretación, sino que deben señalarse los pasos que fueron cambiados o afectados. En el caso del Congreso de la República de Guatemala, se necesita resaltar las normas constitucionales que no fueron respetadas (Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 5818-2013 y 136-2014, expediente 3874-2022, expediente 2861-2022).

La Corte de Constitucionalidad, es clara al establecer que se trata de un vicio formal, y por tanto se debe desarrollar un análisis en el planteamiento de la inconstitucionalidad, que presente la explicación de cuál o cuáles pasos den el proceso de elaboración y entrada en vigencia no cumplieron con lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala. Esto ha llevado a determinar que la inconstitucionalidad general puede darse en dos grandes casos:

La tacha de inconstitucionalidad puede formularse por advertir vicios de índole formal o interna corporis, que acaecen por los siguientes supuestos: i) incompetencia o falta de

facultades del órgano que la emitió; ii) inobservancia del procedimiento establecido para su formación; y iii) por regular una materia distinta a la que el órgano emisor desarrolla de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala o la Ley que la contempla. También pueden existir vicios de índole material, caso en el cual la acción deberá indicarse las razones jurídicas por las cuales se estima que uno o varios artículos (o parte de ellos) violenta uno o varios artículos o principios constitucionales. En el supuesto de que se acogida la inconstitucionalidad instada, la consecuencia será, en el primer caso, la expulsión del ordenamiento jurídico de la totalidad del cuerpo normativo impugnado, y en el segundo caso, la expulsión de la parte o artículo específicamente atacado. (Corte de Constitucionalidad, expedientes acumulados 380-2017 y 2400-2017).

Lo descrito queda resaltado de forma constante porque la Corte de forma reiterada ha llegado a la consideración que:

Esta Corte en sentencias de dieciocho de febrero y veinticuatro de agosto, ambas de dos mil dieciséis, proferidas en los expedientes 3494-2015 y 815-2016, respectivamente, consideró que: “El desarrollo jurisprudencial relativo a la inconstitucionalidad general, ha separado dos causas principales de planteamiento de la acción: i) por vicios en el proceso de formación y promulgación de normas jurídicas (interna corporis) que implica ilegitimidad por la forma, aunque no la hubiera por su fondo, por lo que, como instrumento depurador de la institucionalidad jurídica constitucional, la normativa espuria debe ser expulsada del ordenamiento; ii) por contravenciones materiales a las normas jurídicas de jerarquía constitucional, como garantía efectiva de la supremacía y rigidez de la Constitución Política de la República. En este caso, de ser encontrada la o las infracciones a la Constitución que hubieren sido denunciadas, el Tribunal ordenará que dichos preceptos contraventores pierdan su vigencia al día siguiente de la publicación de la sentencia firme en el diario oficial. Es obligatorio que el enjuiciamiento por inconstitucionalidad deba hacerse, como dispone la ley reguladora, de manera ‘razonada y clara’, requisito indispensable que debe cumplirse haciendo la comparación puntual entre la norma sindicada de vulneración con aquella o aquellas de la Constitución que la parte postulante ha tenido como fundantes de su pretensión. La omisión en cuanto a precisar el razonamiento con cita de las premisas, produce la imposibilidad de concatenarlas para decidir -con base en el criterio valorativo del tribunal- sobre la materia planteada. Por esa exigencia legal y, además lógica, de citar puntualmente las normas señaladas de inconstitucionalidad, es de rigor que en la práctica forense se ataquen las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general en sus diferentes fragmentos, bien sea artículos, párrafos o incisos de artículos, o inclusive solo oraciones, frases u otras dicciones, sin que sea insólito que una inconstitucionalidad o una incongruencia pueda determinarse en uno o varios signos ortográficos. Esta exigencia de precisión para el examen comparativo es la que --en terminología de esta

Corte-- se ha designado como análisis factorial, pues resulta obligado que el estudio se haga con el suficiente rigor lógico que justifique, en su oportunidad, que un juicio de constitucionalidad derive hacia el abatimiento de la presunción de legitimidad normativa. De esa manera hace efectivo el valor de seguridad jurídica, que es sustento de todo régimen constitucional, y que se encuentra reconocido y preceptuado en el Preámbulo y en el artículo 2º de la Constitución Política de la República de Guatemala (...) Esa obligación de puntualizar la confrontación entre la norma impugnada y la constitucional supuestamente vulnerada, ha sido exigida por esta Corte en varios casos (por lo menos ciento veinte) de inconstitucionalidad en caso concreto y de inconstitucionalidad general, y es conocido en su terminología como ‘parificación’ (Corte de Constitucionalidad, expediente 2341-2016).

Existen entonces numerosas resoluciones en las cuales la Corte de Constitucionalidad ha sido conteste en sus interpretaciones, agregando con el paso del tiempo mayor fortaleza a esta variante de la inconstitucionalidad general, y con ello fortaleciendo la seguridad jurídica que se espera del sistema legal guatemalteco.

Conclusiones

La Corte de Constitucionalidad ha sido constante en el desarrollo de la inconstitucionalidad general por vicios de forma. Resulta de suma importancia que todas las regulaciones emitidas por las autoridades públicas cumplan con los requisitos para su validez. Caso contrario, se estaría validando conductas que atentan contra el principio de legalidad en materia administrativa, sin perjuicio de otro tipo de responsabilidad para los involucrados como lo indica la Ley de Probidad y Responsabilidad de Funcionarios y Empleados Públicos, en sus artículos 8, 9, 10 y 11.

Si bien la inconstitucionalidad general por vicios de forma no se encuentra enlistada dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, o el Auto Acordado 1-2013, la jurisprudencia la ha reconocido, desarrollado y da vida dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Las sentencias incluidas en este escrito reflejan los análisis técnicos generados por la Corte de Constitucionalidad, que demuestran que al ser un vicio formal el alegado, se debe presentar tanto la explicación del procedimiento que debía seguirse, como el desarrollo de donde ocurrieron las omisiones, variaciones o directamente contradicciones en el proceso de emisión de la norma.

Es importante para ello, que el interponente de la acción de inconstitucionalidad general tenga la capacidad de desarrollar el tema, sin entrar a realizar consideraciones personales, sino tan solo dejando claro donde se cometieron el o los hechos que invalidan la norma. Otro aspecto para considerar es que, si bien la nomenclatura de la acción es de inconstitucionalidad general de leyes, se entiende el precepto leyes de forma amplia, e incluye cualquier regulación emanada de autoridad

pública. De modo que la Corte de Constitucionalidad demuestra que sus interpretaciones en estos casos se centran en proteger al ordenamiento jurídico de vicios, y no centrarse únicamente en errores cometidos por el Congreso de la República de Guatemala u otras entidades con potestad normativa.

Debe entonces tomarse como un ejemplo del complemento que las decisiones emitidas por la Corte de Constitucionalidad generan sobre aspectos no establecidos en el sistema legal guatemalteco. En particular, que el desarrollo de la inconstitucionalidad por vicio *interna corporis*, sea una de tipo jurisprudencial, refuerza el objetivo de la Corte de Constitucionalidad, en cuanto a ser garantía del orden constitucional en la República de Guatemala.

Referencias

Auto Acordado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala 1-2013 (2013).

Constitución Política de la República de Guatemala (1985).

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 258-87, de fecha 01 de diciembre de 1987.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 261-93, de fecha 19 de julio de 1995.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 300-95, de fecha 12 de marzo de 1996.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 1094-99, de fecha 13 de junio de 2000.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 735-2002, de fecha 09 de mayo de 2003.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 2579-2009, de fecha 07 de enero de 2010.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 2029-2010, de fecha 30 de septiembre de 2010.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 4644-2010, de fecha 27 de septiembre de 2012.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expedientes acumulados No. 518-2013 y 136-2014, de fecha 17 de septiembre de 2014.

Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 427-2015, de fecha 21 de julio de 2015.

- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 3494-2015, de fecha 18 de febrero de 2016.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 2105-2016, de fecha 13 de junio de 2017.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expedientes acumulados No. 2089, 2303, 2352, 2412, 2521, 2547, 2667, 2689, 2788, 2859, 3145, 3171, 3211, 3257 y 3678-2014, de fecha 10 de marzo de 2016.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 815-2016, de fecha 28 de agosto de 2016.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 2271-2016, de fecha 16 de junio de 2020.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 2341-2016, de fecha 14 de marzo de 2018.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 4134-2016, de fecha 10 de enero de 2018.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expedientes acumulados No. 2380-2017 y 2400-2017, de fecha 26 de febrero de 2019.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 4091-2018, de fecha 16 de octubre de 2020.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 5184-2018, de fecha 16 de octubre de 2019.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 5440-2018, de fecha 26 de marzo de 2019.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 203-2019, de fecha 29 de enero de 2021.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 7211-2019, de fecha 30 de junio de 2021.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 1767-2020, de fecha 29 de enero de 2021.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 2867-2020, de fecha 23 de noviembre de 2021.

- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 2861-2022, de fecha 28 de septiembre de 2022.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 3126-2022, de fecha 11 de enero de 2023.
- Expediente de inconstitucionalidad general de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 3874-2022, de fecha 15 de noviembre de 2023.
- Expediente de amparo en única instancia de la Corte de Constitucionalidad expediente No. 6175-2023, de fecha 14 de diciembre de 2023.
- Ezquiaga, F. (1999). La producción jurídica y su control por el tribunal constitucional. España.
- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (1986).
- Mejicanos, M. (2016). La inconstitucionalidad de leyes y reglamentos. Revista Jurídica UNAM. México. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/30312/27361>
- Padrón, F. et al. (2003). Vicios formales de la ley. Análisis desde la jurisprudencia constitucional colombiana. Revista Derecho del Estado. Colombia.
- Pereira, A., et al. (2012). Derecho Procesal Constitucional. Guatemala.
- Salguero, S. (2019). Legitimidad de las sentencias atípicas dictadas por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en planteamiento de Inconstitucionalidades directas. Tesis Doctoral, Universidad del País Vasco y Universidad Rafael Landívar, Guatemala. España.

Derechos de Autor (c) 2024 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 del licencia](#) - [Texto completo de la licencia](#)