

# Revista Parlamentaria

Junio 2019

José Alejandro Valverth Flores

René Arturo Villegas Lara

Carmen Bejarano Girón

Alba Johana Cifuentes Santizo

Victor Manuel Valverth Morales

Alberto Pereira Orozco

Fernando Rodas De León

Carlos Giovanni Ruano Pineda

Sonia Elizabeth Godoy Flores



# REVISTA PARLAMENTARIA

**Editor: LEGIS**

7a avenida 8-56 Zona 1, edificio el centro oficina 801, Ciudad de Guatemala

Página web: [www.legis.gt](http://www.legis.gt)

Correo electrónico: [revistaparlamentaria@legis.gt](mailto:revistaparlamentaria@legis.gt)

Subdirector: José Alejandro Valverth Flores

**Consejo Editorial:**

René Arturo Villegas Lara

José Alejandro Valverth Flores

José Fernando Fernández Rojo

Alba Johana Cifuentes Santizo

**Foto y diseño de portada:**

Ronald Alexis Cardona de León

 @soyalexisdeleon

Año VI, Volumen XI  
Junio 2019

Las ideas, afirmaciones y opiniones que se expresan en este material pertenecen y son responsabilidad únicamente de sus autores. Los artículos de esta revista se pueden reproducir total o parcialmente, citando la fuente y el autor. Todos los derechos reservados.



# REVISTA PARLAMENTARIA



## SUMARIO

- I. ANÁLISIS DE INICIATIVA 5257. REFORMA A LA LEY DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES PARA EL DESARROLLO Y MAPA DE PODER DEL CONGRESO RESPECTO A TENDENCIAS DE VOTACIÓN.  
José Alejandro Valverth Flores 1
- II. TEMAS CONSTITUCIONALES: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO, SEGÚN FIX ZAMUDIO.  
René Arturo Villegas Lara 15
- III. LA RECEPCIÓN SUSTANTIVA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.  
Carmen Bejarano Girón 23
- IV. IGUALDAD DE DERECHO PARA LA DIVERSIDAD SEXUAL EN GUATEMALA.  
Alba Johana Cifuentes Santizo 39
- V. FILIBUSTERISMO Esa práctica de ralentizar la actuación del Estado.  
Víctor Manuel Valverth Morales 51
- VI. UN SIGLO DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.  
Alberto Pereira-Orozco 59
- VII. PERSONAS REFUGIADAS Y SU DERECHO DE ASILO.  
Fernando M. Rodas De León 87

- VIII. DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.  
Carlos Giovanni Ruano Pineda 97
- IX. EL CONSTITUCIONALISMO Y LA SEGURIDAD SOCIAL.  
Sonia Elizabeth Godoy Flores 109

## **EDITORIAL**

### **PACTO DE GOBERNANZA**

(Apuntes para una propuesta que permita encontrar soluciones a la problemática del Estado de Guatemala)

#### **Antecedentes históricos.<sup>1</sup>**

En la historia de Guatemala, han existido etapas de convulsión social y política, que normalmente han requerido la puesta en marcha de soluciones negociadas para trascender a cierto margen de estabilidad. Normalmente las salidas, pactos o acuerdos han sido negociados por las elites (ejército, empresariado, comunidad internacional, políticos). La participación de esos estamentos, ha variado en trascendencia en distintas etapas, pero su composición se ha mantenido en mayor o menor medida.

La recomposición política en la revolución de 1944, requirió un pacto, entre la elite ciudadana y el ejército para finalmente desembocar en la constitución de 1945, en éste, al ejército se le concedió una especie de autonomía, a cambio de independencia política y democrática para los partidos políticos y la ciudadanía.

Con la reforma agraria impulsada por Árbenz, y el clima geopolítico se configuró el escenario que desencadenó la contra revolución que fue gestada mediante pactos que tuvieron como protagonistas a Castillo Armas e Ydigoras Fuentes en representación de partidos políticos y posteriormente otros oficiales del ejército, los pactos consistieron en un marco de principios, y trazar una ruta a seguir para lograr la salida de Árbenz.

---

<sup>1</sup> Siguiendo el libro “Biografía Política de Guatemala, Los pactos políticos de 1944-1970” de Francisco Villagrán Kramer

Tras la caída de Árbenz, fue configurado un “pacto entre ejércitos” (de la “liberación” y el ejercito nacional) que supuso finalmente el fin de la Constitución de 1945 y ascenso al poder de Castillo Armas y la consolidación de un nuevo régimen.

Estos son algunos ejemplos de cómo, hasta antes de la constitución de 1986, los pactos políticos de ese entonces configuraron los escenarios de gobernanza y gobernabilidad, Obsérvese con estos ejemplos, que los pactos tradicionalmente han sido entre elites y sin un mínimo de justificación ética, condiciones que en la actualidad sería injustificable mantener

### **Antecedentes fácticos recientes.**

La lucha contra la corrupción y la impunidad en Guatemala con visible punto de arranque en 2015 y dirigencia por el Ministerio Público y la Comisión CICIG, tiene abiertos innumerables procesos judicializados unos y en investigación otros. Las consecuencias de las investigaciones para iniciar procesos penales pueden llegar a extremos no imaginables toda vez que la corrupción es un efecto de un sistema proclive a su tolerancia y promoción, razón por la que puede afirmarse que la lucha contra la corrupción podría durar muchos años y no alcanzar sus propósitos como consecuencia de los esfuerzos por hacerla ineficaz. Por eso se debe considerar que, mientras se enfrentan los efectos de esa debilidad sistémica, debe a la vez afrontarse las causas de la corrupción, es decir, el sistema mismo, ya sea desde el ámbito jurídico (constitucional, legal, reglamentario) como desde otros ámbitos (promoción de valores, etc.).

En efecto, si se atacan las causas, los efectos podrían desaparecer y el trabajo de los entres investigadores enfocarse a hechos pasados sin mayor riesgo de que otros hechos futuros amenacen la eficacia de la lucha.

Es mediante un cambio de sistema, o reformas al existente, que se puede hacer mejor frente al flagelo que nos ocupa. Todo sin desatender las investigaciones y acciones penales para castigar a los infractores.

Los indicadores principales que llevan a concluir que se debe promover un pacto de gobernanza son los índices de corrupción existentes, que alcanzan funcionariado del más alto rango en el sector público y empresarios del gran capital, así como a militares, entre otros. Algunos de ellos ya procesados y otros en proceso de investigación e incluso algunos hasta han confesado públicamente sus delitos. Además, lo justifica la falta de un modelo de Estado, derivado del incumplimiento de los acuerdos de paz y de otros pactos.

Las capacidades de investigación de la Policía y del Ministerio Público, con el apoyo de la CICIG no son ilimitadas y podría ser que hayan llegado a un punto de colapso en que la lucha contra la impunidad podría estancarse, sobre todo si se toma en cuenta los actuales niveles de mora judicial y fiscal agregado a lo que tiene todas las características de una conspiración de los poderes tradicionales para hacerla fracasar mediante el desmantelamiento de las instituciones y sus capacidades instaladas.

De cualquier manera, el sistema de justicia está ya casi colapsado y esa es la razón que explica que haya personas e instituciones que proponen reformas penales para facilitar el procesamiento mediante diversas medidas legales (ley de aceptación de cargos es quizás lo más visible) y también la norma que permite otorgar medidas sustitutivas bajo control telemático.

Asimismo, aprovechando esa misma lógica, quienes pugnan por la impunidad, plantean reformas legales que dejarían sin persecución o sin sanción delitos incluso de lesa humanidad y que solo sería un retorno al pasado de impunidad para los detentadores del poder, lo que representaría un mayor deterioro del Estado.

### **Escenarios posibles en el futuro inmediato.**

La pugna que desde hace meses domina el ambiente es entre la tendencia que procura mantener el estado de cosas anterior a 2015 y la corriente renovadora que tiene por desiderátum la eliminación de la corrupción, o a menos su control, para que la gestión pública (y privada) se desarrolle conforme a la Constitución, las leyes y los principios de la ética. La idea de esta corriente es que la corrupción deje de ser un estilo de vida y la democracia con equidad pueda por fin salir a flote al librarse de ese lastre que nos carcome como sociedad.

La corriente retrógrada hace todos los esfuerzos a su alcance para destruir los logros alcanzados por los órganos de investigación y de persecución penal (PNC, MP y CICIG), materializados por jueces independientes y probos, para volver al pasado en que la impunidad era “impunemente” moneda de cambio. La corriente renovadora vislumbra una sociedad en que cada cual tenga lo que le corresponde, que los órganos públicos cumplan su función sin otro afán que el de servir y no de medrar con los recursos públicos.

Con solo normalizar una dinámica estatal sin las distorsiones de la corrupción pública y privada, el Estado dispondría de recursos suficientes para cubrir las necesidades sociales y podríamos tener un nivel de gobernabilidad aceptable. Hay que recordar a este respecto que la gobernabilidad se puede definir por la definición de su contrario: La ingobernabilidad deviene de cuando el Estado pierde la capacidad de atender las demandas ciudadanas.

Esas dos corrientes –quienes propician impunidad y quienes luchan en contra de ella- se contraponen y se encuentran actualmente en una pugna que alcanza todos los medios imaginables, desde la lucha mediática (TV, radio, medios impresos, redes sociales, etc.) hasta el cabildeo en otros

países. Del resultado de esa lucha depende el futuro de Guatemala como Estado y como Nación. Si volvemos al pasado podríamos derivar hacia un Estado fallido (que no falta mucho) y si avanzamos y superamos la impunidad y la corrupción, podremos consolidarnos como un Estado sano y próspero.

No obstante, los alcances muy generalizados de la corrupción obligan a pensar en soluciones intermedias que permitan acortar la lucha, reducir plazos procesales para sancionar a quienes resulten culpables y lograr pronto la “normalidad” pues las condiciones de confrontación entre los retrógrados y los renovadores no puede ser por un período prolongado debido al desgaste que provoca (incertidumbre, falta de inversión, ansiedad y otros desarreglos sociales, políticos y económicos).

Para eso se han propuesto algunas soluciones, tal como la iniciativa conocida como “Ley de aceptación de cargos” que a pesar que propicia soluciones contrarias a nuestro modelo de proceso penal acusatorio, facilita el avance de los procesos y quizás, la vuelta a la normalidad. No obstante, el eje central de nuestro planteamiento es que la corrupción no terminará con el ataque de los efectos sino en la solución de las causas. Por esa razón, cualquier solución tipo “aceptación de cargos” u otra similar de orden legislativo que se pretenda, debe ir acompañada de otras medidas para poder enfrentar las causas del sistema corrupto pues de lo contrario, pasaremos una vida entera atacando efectos y se seguirán reproduciendo. Debe pensarse en disposiciones que tiendan al bien común y a la paz social, alcanzables mediante la implementación de un Estado de Derecho en el que cada quién cumpla con sus obligaciones y disfrute plenamente sus derechos.

### **La propuesta de un pacto de gobernanza.**

Actualmente debe partirse de la existencia de una serie de condiciones de “transición” (desde 2015). Estas condiciones implican pasar del desorden o

desajuste social hacia un escenario más estable. La justicia es por lo general un elemento delimitador de los escenarios de transición (aunque no en Guatemala, salvo los acuerdos de paz) y también de los pactos políticos que establezcan una hoja de ruta y una serie de condiciones para caminar hacia la estabilidad.

En ese contexto debe plantearse como primera cuestión si la justicia debe ser el primer elemento esclarecedor, para un escenario “limpio”. Es decir, se hace justicia y sobre la base de los casos juzgados se trabaja en el pacto. También vale la pena preguntarse si el juzgamiento de los casos derivados del desajuste deben ser pactados como parte de la transición. Con ese elemento de discusión, se proponen los siguientes puntos mínimos que deberían ser incluidos en un pacto de gobernanza.

1. Materia fiscal, transparencia y rendición de cuentas (retomar el Pacto Fiscal)

- a. Impuesto sobre la renta
- b. Controles aduaneros
- c. Exenciones
- d. Gobierno abierto, acceso a la información
- e. Calidad de Gasto. Atribuciones de la Contraloría General de Cuentas
- f. Contrataciones del Estado, Probidad, ley orgánica del presupuesto
- g. Conflictos de interés

2. Agenda económica

- a. Ley de competencia, Antimonopolio, Desarrollo rural
- b. Cooperativas y pequeñas y medianas empresas
- c. Derechos del consumidor

3. Servicio Civil y estructura administrativa

- a. Nueva ley de servicio civil
  - b. Sindicatos de servidores públicos, pactos colectivos
  - c. Código administrativo, ley de lo contencioso administrativo
  - d. Código de ética de funcionarios públicos
  - e. Ley de probidad y responsabilidades
4. Sistema electoral y de representación
- a. Democracia interna de los partidos
  - b. Distritos electorales, fórmula electoral, sistema de partidos
  - c. Financiamiento electoral
  - d. Cuotas de representación o paridad
  - e. Instituto electoral y tribunal electoral
5. Sistema de justicia
- a. Financiamiento de la justicia
  - b. Aceptación de Cargos/ nuevo código procesal penal
  - c. La situación del amparo
  - d. Comisiones de postulación
  - e. Carrera judicial
  - f. Presencia del sistema en todo el territorio
  - g. Juzgados de paz
  - h. Derechos de los pueblos indígenas
6. Seguridad social
- a. Ampliación de la cobertura
  - b. Sistemas previsionales
  - c. Cuotas
  - d. Sostenibilidad.

**Conclusión.**

Medidas legislativas aisladas ya sea para propiciar agilidad en el juzgamiento de casos de corrupción o para otorgar beneficios a quienes hubieran cometido ilícitos, por sí solas no constituyen un marco de solución de los problemas de Guatemala como Estado. El abordaje debe ser integral para atacar las causas, y la coyuntura es propicia debido a que muchos de quienes podrían oponerse en otros tiempos a un rediseño del Estado de Guatemala, ahora estarían de acuerdo. Las condiciones para un nuevo pacto social están dadas, pero debe garantizarse que no vuelva a ser un pacto de élites.

Guatemala abril de 2019

# **ANÁLISIS DE INICIATIVA 5257. REFORMA A LA LEY DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES PARA EL DESARROLLO Y MAPA DE PODER DEL CONGRESO RESPECTO A TENDENCIAS DE VOTACIÓN.**

*José Alejandro Valverth Flores\**

**E**n marzo del año 2017, fue presentada al Congreso de la República la iniciativa de ley número 5257, la cual busca reformar el decreto 02-2003 Ley de Organizaciones no Gubernamentales para el desarrollo. Esta iniciativa estuvo en trámite de primer debate en tres ocasiones con tres dictámenes distintos, lo cual resulta un tanto extraño e inédito. En las tres ocasiones dictaminó la Comisión de Gobernación y no la Comisión de Cooperativismo y Organizaciones No Gubernamentales, que resulta ser la

más idónea en función de la materia.

Este proyecto es promocionado por diputados ponentes y otros afines, como una propuesta que permitiría transparentar a las organizaciones de sociedad civil. Pero al analizarlo se puede concluir que la transparencia no es precisamente el objetivo.

La propuesta busca en su afán por controlar a las organizaciones, cargar con obligaciones impertinentes y groseras a las mismas y además desincentivar la organización civil en Guatemala. Organización civil que resultó

\* Abogado y Notario, representante legal de la Asociación INTEGRIDAD.

fundamental en las protestas del año 2015 en contra de las máximas figuras del Gobierno sindicadas por corrupción.

El proyecto impone la obligación de no únicamente inscribirse en el Registro de las Personas Jurídicas – REPEJU- (como está actualmente), sino además en la Secretaría de Planificación (SEGEPLAN) y en el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Esta propuesta también busca desincentivar a la población organizada, no solamente con la carga de más trámites burocráticos, que con la inscripción / actualización en el REPEJU ya resulta mayúsculo esfuerzo para satisfacer requisitos antojadizos o “de ventanilla”; sino que además modifica lo relativo a las obligaciones de la ONG; puesto que como se encuentra actualmente en la norma, la Organización responde únicamente con su patrimonio, la propuesta de la iniciativa 5257, en su artículo 6 bis señala que de las

obligaciones que contraigan las ONG responderán con su patrimonio y el de sus asociados.

Además se indica que referente a las donaciones recibidas, se debe informar al Ministerio de Relaciones Exteriores cuando sean donaciones de fuente externa indicando la cantidad recibida, cuál es su procedencia y el destino de la misma, añadiendo a continuación: “con la finalidad de rendir cuentas a las entidades correspondientes”. Sin aclarar o en el entendido que puede ser el Estado el que deba rendir las cuentas al donante... o al beneficiario, o a alguien más. Lo anterior desnaturaliza la función de la ciudadanía de ejercer auditoría social y revierten los papeles si se aprobara ese proyecto, resultando que el controlado pasaría por su propio poder a controlar a quienes estamos llamados a controlarlo.

Pero ese artículo no termina ahí, además añade que “ninguna donación o financiamiento externo puede usarse para realizar

actividades que alteren el orden público...” y que de ser así, la organización “será inmediatamente cancelada en el Registro de las Personas Jurídicas...”. Y es en este artículo donde se menciona la facultad del REPEJU de cancelar las organizaciones.

Esto último lleva a cuestionar el alcance de “alterar el orden público”. ¿Podiera considerarse como alteración del orden público manifestar en la Plaza de la Constitución en contra de un presidente sindicado de corrupción?

Posteriormente en el artículo 22 de la iniciativa, menciona nuevamente sobre la cancelación de la ONG, lo hace de la siguiente forma:

El proceso de cancelación se desarrolla en el reglamento, y debe considerar otorgar audiencia. Contra la resolución de cancelación cabe el recurso de revocatoria, el

cual resuelve el Ministro de Gobernación.

El Registro de las Personas Jurídicas (REPEJU) del Ministerio de Gobernación podrá actuar a instancia de parte o de oficio a cualquier violación a la normativa contemplada en esta Ley, a efecto de que las Organizaciones No Gubernamentales se circunscriban a cumplir con sus estatutos, caso contrario podrá resolver su cancelación.

El proceso de cancelación es uno de los puntos torales o fundamentales de la iniciativa 5257, pero la propuesta de norma se limita a indicar que el proceso se desarrollará en el reglamento. No es de extrañar en virtud de que para que una iniciativa de ley sea aprobada, como es el caso de esta iniciativa, se necesitan que 80 diputados la aprueben,<sup>2</sup> algo que resulta más complicado que emitir un reglamento de ley en donde el Presidente del Ejecutivo es el responsable.

---

<sup>2</sup> La Constitución señala cuándo la votación deba ser con mayoría calificada de dos terceras partes del total de diputados

que integran el Congreso. No es el caso para la iniciativa 5257.

Es decir que resulta favorable que el escabroso tema de la cancelación que ya quedó abierto en la Ley, pueda ser desarrollado a sus anchas por alguien que no es representante del pueblo y que al dejar abierta la puerta pudiera considerar limitar aún más los derechos fundamentales de libre asociación, libre emisión del pensamiento, entre otros.

Es de recordar que las enmiendas permiten, posterior a la aprobación en tercer debate, modificar el sentido de un artículo. Estas enmiendas pueden ser presentadas por escrito ante Dirección Legislativa y leídas ante el Pleno, aunque también pueden ser presentadas durante la sesión, de forma sorpresiva, lo que se conoce como enmiendas de curul y suele ser una estratagema parlamentaria para evitar expresiones de rechazo y movilización popular cuando se sabe que los proyectos responderán a intereses espurios y no a necesidades verdaderas de la Nación. Es decir, las enmiendas que

pueden conocerse son las presentadas antes o durante la sesión plenaria y las otras, las enmiendas de curul resultan por su propia naturaleza ser objeto de sospecha ciudadana. Es aquí donde nace el dicho de que al Congreso entra un caballo y sale una cebra, donde se puede modificar incluso el espíritu de una iniciativa de ley. Es decir que un proyecto es conocido, tramitado y aprobado en su tercer debate, para posteriormente ser modificado por medio de las enmiendas.

A Dirección Legislativa fueron presentadas varias enmiendas a la iniciativa 5257, en este caso la enmienda al artículo 22 indica lo siguiente:

...todo incumplimiento a lo establecido en el presente Decreto, dependiendo de la gravedad del caso, será motivo de la imposición de sanciones administrativas, incluida la cancelación de la organización, de conformidad con lo que se regula en el reglamento de la presente ley.

Los diputados que proponen esta enmienda, consideran conveniente eliminar lo relativo a la audiencia por parte de la organización que se encuentra en proceso de cancelación y eliminar el recurso de revocatoria para la defensa de la organización.

Otro punto importante es que la cancelación de una ONG será consecuencia de incumplir la ley, pero esta es motivada por “la gravedad del caso” lo que lleva a cuestionar ¿Cuándo se considera una acción grave? y ¿cuál es el parámetro de consideración? Nuevamente será el Reglamento el que analice estos extremos, de lo cual resulta una delegación impropia de la facultad legislativa que el Congreso pretende trasladar al Presidente de la República.

Para finalizar, la iniciativa señala en el artículo 24 que al entrar en vigencia la ley, todas las organizaciones están obligadas a actualizar su información y cumplir con todos los requisitos expuestos

en un plazo que no exceda los 6 meses.

El Registro de las Personas Jurídicas o REPEJU, es una dependencia del Ministerio de Gobernación, encargada de la inscripción y actualización de las organizaciones. A manera de ejemplo: el registro de quien ejerce la representación de una organización, toma aproximadamente cuatro semanas en ser tramitado. Estos tiempos se incrementan cuando existen “previos” o reparos por parte del Registro.

Lleva entonces a cuestionarse si el total de organizaciones en Guatemala, van a poder actualizar su información como señala el artículo 24 de la iniciativa. Y en virtud del artículo 4 de la iniciativa que clasifica las organizaciones en varios criterios y éstos deben ser indicados en el nombre de la organización, obliga al total de organizaciones en Guatemala a actualizar datos. Mismos que

debería el Registro tener listos en el plazo antes indicado. La falta de atención de este artículo conllevaría pues a la cancelación.

Es decir que a pesar de que la organización pudiera realizar su actualización, esta se podría ver amenazada por los tiempos discrecionales de una autoridad administrativa y hasta de maniobras retardatarias dispuestas arbitrariamente para inscribir en el Registro su representación legal. Si la organización sobrevivió hasta entonces, aquí podría ser filtrada nuevamente. Este escenario más probable ante este panorama legislativo es que solo las organizaciones afines al régimen pudieran quedar “debidamente” inscritas y en función, no obstante las organizaciones no alineadas estarían sujetas a su inminente cancelación.

La iniciativa 5257 en realidad no busca transparentar a las organizaciones no gubernamentales, busca ponerles

una camisa de fuerza, limitar el ejercicio de libre asociación y limitar la libre expresión entre otros. Esta iniciativa encuadra en el tipo de acción que realizan gobiernos dictatoriales para limitar derechos ciudadanos.

Esta iniciativa se encuentra pendiente de su tercer debate y aprobación final. La cual no ha podido ser celebrada debido al reclamo y la protesta nacional e internacional dirigido a los diputados, la cual busca que los dignatarios recapaciten sobre el riesgo que conlleva aprobar un adefesio legislativo de esa magnitud.

### **Integración del Congreso y mapa de poder.**

El Congreso se encuentra integrado por 134 diputados en 15 bancadas y 24 diputados independientes, que hacen un total de 158 diputados. La bancada mayoritaria con el 23% es FCN-Nación, también conocida como bancada oficial por ser el mismo partido de gobierno.

La segunda bancada es la de la Unidad Nacional de la Esperanza con 18%. La bancada TODOS agrupa al 10% de diputados. Le sigue el bloque Reformador y Alianza Ciudadana con 8 y 7 por ciento respectivamente. Encuentro por Guatemala y UCN ambas integran 4% del total de diputados. Por último, CREO con 3%, VIVA 3%, CONVERGENCIA y PAN 2%, FUERZA, URNG, WINAQ y UNIONISTA con menos del 1%. Los diputados independientes corresponden al 15%.

En total son 90 diputados que fueron electos para integrar el Congreso y 68 diputados que fueron reelectos.

La Asociación para el Desarrollo Legislativo y la Democracia analiza la agenda legislativa y las iniciativas que son presentadas al pleno del Congreso. Realiza además un estudio sobre el contenido de las mismas, las agrupa y etiqueta en dos grupos: iniciativas progresivas e iniciativas regresivas.

Para determinar si una iniciativa es Progresiva o Regresiva, esta es sometida a un análisis de concordancia entre la Constitución, jurisprudencia constitucional e instrumentos nacionales e internacionales en materia de Derechos Humanos.

Las iniciativas progresivas promueven los Derechos Humanos, fomentan la lucha contra la corrupción e impunidad, fortalecen la democracia, la institucionalidad el Estado de Derecho y el bien común. Por el otro lado, las iniciativas etiquetadas como regresivas, son opuestas a las primeras y buscan la limitación de Derechos Fundamentales, debilitan el Estado de derecho, fomentan impunidad o promueven beneficios a elites, entre otros.

LEGIS creó una herramienta que pondera los votos de los diputados únicamente en eventos considerados como progresivos y regresivos. Suma o resta un punto

en virtud de la acción tomada por el diputado dependiendo el evento.

Por ejemplo: Si está en votación un evento de tipo progresivo, si el diputado vota a favor se le asigna un punto, si el diputado se abstiene de votar (considerado voto en contra) se le resta un punto y si se ausenta del evento de votación se le resta un punto. Esto último porque se considera que su postura es contra al evento en cuestión.

De igual forma si el evento es de tipo regresivo, el voto que apoya este evento es ponderado quitando un punto, si se opone y se abstiene de votar (vota en contra) se le suma un punto. De igual forma la ausencia es castigada restando un punto.

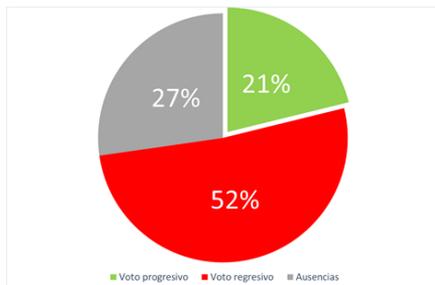
La suma de puntos es dividida por la cantidad de eventos y eso da una tendencia que permite determinar si el diputado se inclina por apoyar alguna de las dos etiquetas expuestas. Este instrumento permite determinar las futuras tendencias de votación.

El instrumento contabiliza eventos desde el 2 de febrero del año 2017 hasta el 3 de abril del año 2019, esta última fecha corresponde al último evento sistematizado.

Los eventos evaluados son: Declaración con lugar diligencias de antejuicio a la magistrada Blanca Stalling; moción de apoyo al comisionado Iván Velásquez; declaración si ha lugar a formación de causa diligencias de antejuicio en contra del presidente Jimmy Morales; reforma al delito de financiamiento electoral ilícito; reforma a la conmuta de las penas; elección de juntas directivas; moción para regresar a comisión iniciativa 5257; moción para crear comisión de investigación; moción para regresar a comisión iniciativa 5377 (amnistía); moción para enviar a consulta a la Corte de Constitucionalidad iniciativa 5377, elección de Contralor General de Cuentas. Este último evento por la denuncia pública de diputados

respecto a que se había comprado el voto.<sup>3</sup>

Los resultados generales dan cuenta que de 158 diputados, en promedio 33 diputados tienen tendencia a apoyar eventos progresivos (21%), 82 diputados en promedio se inclinan a apoyar eventos regresivos (52%) y 43 diputados promedio se ausentan de estas votaciones (27%).

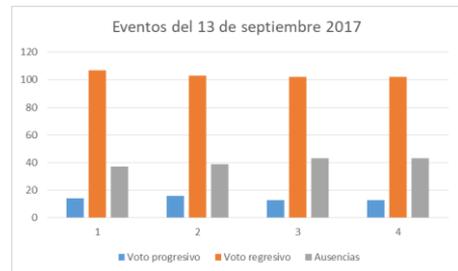


<sup>3</sup> <https://lahora.gt/aplanadora-elige-nuevo-contralor-de-cuentas/>

<sup>4</sup> Constitución Política de la República de Guatemala. Artículo 176. Presentación y discusión: ...Se exceptúan aquellos casos que el Congreso declare de urgencia nacional con el voto favorable de las dos terceras partes del número total de diputados que lo integran. Decreto 63-94,

Una constante en la herramienta de LEGIS, es que cuando desciende el porcentaje de ausencias, tiende a aumentar la tendencia regresiva.

El 13 de septiembre del año 2017, los diputados votaron de urgencia nacional<sup>4</sup>, reformas al Código Penal, específicamente lo relativo al delito de financiamiento electoral ilícito, también del Código Penal: reforma a la conmutación de las penas.



Ley orgánica del Organismo Legislativo. Artículo 113. Petición de declaratoria de urgencia nacional. La declaratoria de urgencia nacional se debe solicitar mediante moción privilegiada, caso en el cual no será necesario el dictamen de Comisión. La moción privilegiada será privilegiada en su discusión, pero sin limitar el número de oradores que participen en ella.

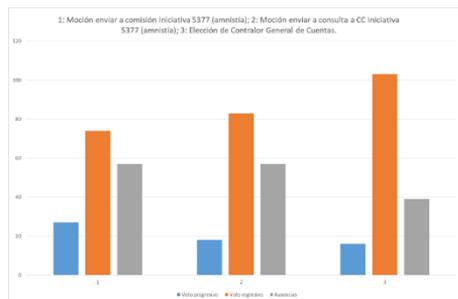
El evento 1: Declaración de urgencia nacional reforma al delito de financiamiento electoral ilícito. Evento 2: Redacción final reforma al delito de financiamiento electoral ilícito. Evento 3: Declaración de urgencia nacional reforma a la conmuta de las penas y evento 4: Redacción final de la reforma a la conmuta de las penas.

En la gráfica se puede observar que los votos progresivos fueron de entre 16 y 13 votos. Los votos regresivos fueron de 107 en el primer evento, 102 en el segundo y 102 en los últimos dos restantes. Mientras que las ausencias fueron de 37 en el primer evento, 39 el segundo y 43 en los dos eventos restantes. Fue este día donde el voto regresivo tuvo su pico más alto (107 votos).

La siguiente gráfica representa los últimos tres eventos sistematizados. La número uno representa el resultado de la votación sobre una moción privilegiada para que se enviara la iniciativa 5377, que promueve impunidad, de regreso a comisión para que sea revisada y de ser necesario se emita un nuevo dictamen, ello en virtud de existir

posibles inconstitucionalidades. El segundo evento es nuevamente una moción para que sea enviada la iniciativa a la Corte de Constitucionalidad, para que esta se manifieste si considera o no que existan inconstitucionalidades. Y el tercer evento es el resultado de la votación donde se eligió al Contralor General de Cuentas, esto en base a la denuncia que un diputado hiciera ante el pleno, de que existía ofrecimiento monetario para elegir a un candidato.

Tipo voto	Comisión	CC	CGC
Progresivo	27	18	16
Regresivo	74	83	103
Ausencia	57	57	39



## Voto por bancadas

El voto de las bancadas se produce regularmente en base a la disciplina legislativa, que indica que los miembros de un bloque votan en un mismo sentido, anteponiendo generalmente los intereses particulares por los del partido.

Hix, Sieberer y Carey, citado por Campos-Parra y Navia:

La disciplina es el resultado del poder que ejerce el partido sobre los legisladores a través de incentivos y sanciones que pueden tener como fin último la reelección o la distribución de recursos obtenidos por el partido en sus negociaciones con el Ejecutivo. (2017)<sup>5</sup>

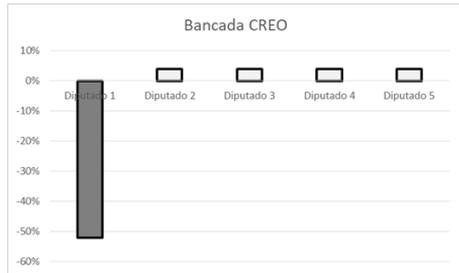
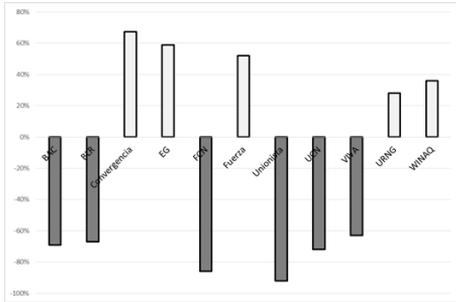
Según la fórmula presentada por LEGIS respecto a eventos progresivos y regresivos, de las 16 bancadas (incluyendo los independientes como bancada), 11 bancadas votan disciplinadamente.

Se sumaron las tendencias de los diputados, utilizando la fórmula antes descrita; la tendencia de la bancada se consigue promediando la tendencia de sus integrantes.

Alianza Ciudadana	-69%
Bloque Legislativo Reformador	-67%
Convergencia	67%
Encuentro por Guatemala	59%
FCN-NACIÓN	-86%
Fuerza (1 diputado)	52%
Unionista (1 diputado)	-92%
UCN	-72%
VIVA	-63%
URNG (1 diputado)	28%
WINAQ (1 diputado)	36%

<sup>5</sup> Hernán Campos-Parra y Patricio Navia. (2017). Disciplina legislativa en la Cámara. Sitio web: <https://www.researchgate.net/publication/>

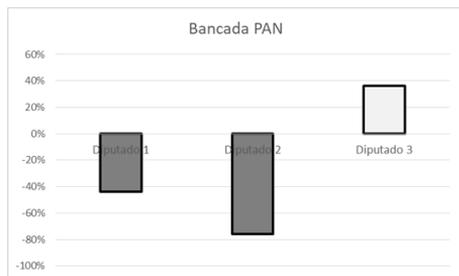
323110353\_Disciplina\_legislativa\_en\_la\_Camara\_de\_Diputados\_de\_Chile\_2010-2014 Recuperado 06 de mayo 2019.



Solo 5 bancadas votan en sentido progresivo, pero estas conforman solo el 9% del total del Congreso de Guatemala. Mientras que el resto de bancadas que votan en forma disciplinada, conforman el 46% del total del Congreso.

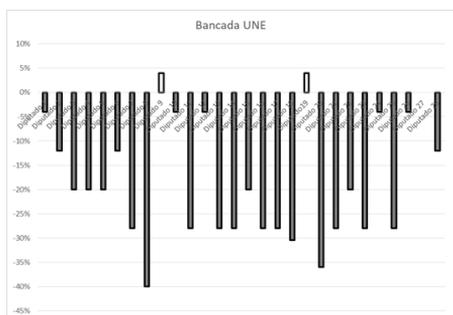
La bancada Partido de Avanzada Nacional, dos diputados tienen resultados negativos (-44% y -76%) y el restante tiene tendencia a votar por proyectos progresivos (36%).

Respecto al resto de bancadas en temas progresivos y regresivos, la bancada Compromiso Renovación y Orden, cuatro de sus integrantes tienen resultados positivos, mínimos pero positivos (4%). Solo un diputado tiene tendencia regresiva (-52%):

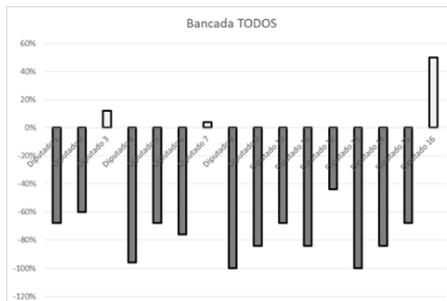


La segunda bancada con más integrantes dentro del Congreso, es la bancada Unidad Nacional de la Esperanza. En esta bancada, dos diputados tienen saldo positivo de

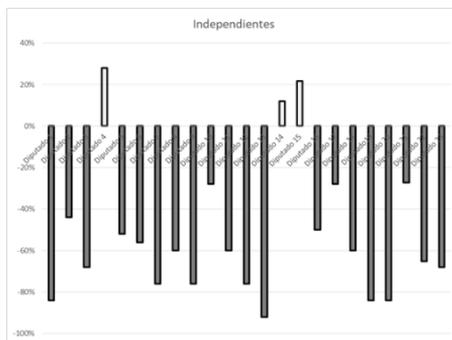
4%, uno tiene tendencia neutral del 0% (misma cantidad de votos progresivos versus misma cantidad de votos regresivos y ausencias). La mayoría tiene tendencia de entre 0% a -20% y 12 diputados tienen tendencia inferior a -28%.



La bancada TODOS cuenta con tres diputados con tendencia a votar progresivo, pero la mayoría vota con tendencia fuertemente regresiva, con tendencias que van de -44% hasta menos -100%.



Los diputados independientes por otro lado, solo tres votan con tendencia de voto progresivo.



Para que un diputado tenga una tendencia positiva, sus votos deben reflejar apoyo a eventos e iniciativas Progresivas. Esta tendencia es afectada por ausencias. Pero estas últimas no implican

precisamente que el diputado no llegó al hemiciclo; pueden ser interpretadas como estrategia de bancada para, entre otros, desintegrar cuórum por ejemplo, o para manifestar el no apoyo a una votación. Se consideró el “castigo” de disminuir un punto por ausencia, en virtud de que se espera del diputado una manifestación de desaprobación. Y esta se consigue al votar en contra (no votar) y de ser posible una manifestación verbal sobre el motivo de su desaprobación.

#### Conclusiones:

- La iniciativa 5257. Reforma a la ley de organizaciones no gubernamentales para el desarrollo, busca someter a las organizaciones de sociedad civil a controles innecesarios que desincentiven la expresión organizada de la ciudadanía. Además busca cancelar a las organizaciones, limitando con ello al derecho fundamental de libertad de acción, de

asociación, de expresión, entre otros.

- La aprobación de la iniciativa 5257 representaría para Guatemala un retroceso de más de 40 años y la violación a la Constitución y a tratados y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos. La búsqueda de limitar la organización ciudadana es común en gobiernos represivos y dictatoriales, no es propio de un Estado Constitucional de Derecho, donde se respetan derechos fundamentales.
- La mayoría de diputados del Congreso tiene tendencia a votar por iniciativas y eventos regresivos, contrarios al bien común, a la libertad y el respeto a los derechos fundamentales

## **TEMAS CONSTITUCIONALES: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD EN EL ÁMBITO INTERNO, SEGÚN FIX ZAMUDIO.**

*René Arturo Villegas Lara\**

**C**on motivo del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Tucumán, Argentina, en el año 2013, el insigne jurista mexicano, Héctor Fix Zamudio, maestro de la gran mayoría de constitucionalistas de México y autor de muchos textos de Derecho Constitucional, tanto en su parte sustantiva como en su parte procesal, dictó una conferencia sobre el tema de este comentario y que estimo necesario conocerla porque nos da una versión muy singular sobre el control de la

constitucionalidad y de la convencionalidad en el orden interno de cada Estado, planteando una tesis que de alguna manera tiene que ver con el tema de la jerarquía de las normas de los tratados y convenciones de derechos humanos y con el llamado “bloque de constitucionalidad”, aunque el maestro no utilice expresamente estos términos ni se refiere a ellos, de manera que lo que expondré es una inferencia vía interpretación de la totalidad argumentativa que nos expone el maestro.

\* René Arturo Villegas Lara es Doctor en Filosofía por la Universidad Rafael Landívar; Doctor en Derecho por la Universidad de San Carlos; Socio Correspondiente de la Asociación Nacional de Abogados de México; Miembro de Número de la Asociación Latinoamericana de Abogados; Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela de Postgrado de la Universidad de San Carlos; Expresidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

Principia el doctor Fix Zamudio con una serie de datos sobre las convenciones internacionales que han generado diversos instrumentos que norman el tema de los derechos humanos y que han condicionado una materia que se conoce como “derecho internacional de los derechos humanos”. Esta relación da cuenta de la Declaración de París del 10 de diciembre de 1948, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, del Pacto de Derecho Civiles y Políticos del año 2000 entre otros que enumera de manera puntual y que tocan diversos tópicos: derechos de los niños, igualdad de la mujer, derechos de refugiados, derechos de las personas mayores de edad y muchos otros temas tratados en una materia que cada día amplía su radio y cobertura jurídica en provecho de la persona humana. La existencia de estos instrumentos jurídicos internacionales que los Estados han suscrito o se han

adherido, dice el maestro Fix Zamudio, ha generado diversas opiniones entre los juristas de muchas latitudes del mundo académico, dando diversas tesis sobre las interrogantes que se han planteado sobre el problema.

La primera cuestión es cómo armonizar las reglas internacionales sobre derechos humanos con los textos constitucionales. En algunos Estados, como los casos de Argentina, Venezuela o México en la reforma del 2011, el legislador constitucional normó expresamente que los tratados y convenciones sobre derechos humanos son parte del texto formal de sus constituciones, y en el caso de la Constitución mexicana, se establece la obligación de proteger el principio pro-persona en las actuaciones de los poderes del Estado, decisiones de inclusión constitucional que ya principian a crear problemas de orden interpretativo.

Por ejemplo, ahora que Venezuela quiere y ha pedido separarse de la Convención o Pacto de San José, por haber incluido la Convención de manera formal en el texto constitucional, se le señala que no puede hacerlo sino siguiendo un proceso de reforma constitucional; y en México, que también hizo una recepción del mismo instrumento en el texto de su Constitución, ya se le está señalando que hay contradicción entre la norma convencional y la norma constitucional en materia de arraigo y algunos profesores de la materia se preguntan :¿Puede haber inconvencionalidad de una norma constitucional? Obviamente, en los círculos académicos y en la práctica de los tribunales son conocidas las acciones procesales que existen para la protección del ordenamiento jurídico Constitucional, que Kelsen denominó como garantía jurisdiccional de la Constitución.

Para esa garantía la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que rige en Guatemala, están previstas las diferentes modalidades de acción para proteger la supremacía de la Constitución: la excepción, el incidente, el motivo de casación de fondo y la acción de inconstitucionalidad, según se trate de un caso concreto, propio del control difuso, o de una relación jurídica abstracta, propia del control concentrado.

Todo lo anterior dentro del sistema dual de justicia constitucional que existe en Guatemala. Junto a estas modalidades de tutela de la Constitución, también hay que señalar que la exhibición personal y la acción de amparo, son parte de la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos legales y constitucionales.

Se advierte que hace prevalecer la jerarquía superior de la norma constitucional, no es materia

exclusiva de la función jurisdiccional, pues también en el ejercicio de las funciones legislativa y ejecutiva, deben respetarse los mandatos constitucionales.

El control de la constitucionalidad, según Fix Zamudio, es materia del ámbito jurídico interno del Estado, control que incluye al derecho convencional. El ordenamiento jurídico se integra por todas las leyes y reglamentos que emiten quienes tienen potestad para ello, además de los tratados y convenciones que se originan en una fuente internacional.

Las normas internacionales que han ingresado al ámbito interno del Estado, conforme a las disposiciones de la Constitución, se convierten en derecho nacional. El problema se presenta en este derecho de origen internacional, cuando se trata de los tratados y convenciones de derechos

humanos, conocido como “derecho convencional”, pues los Estados receptores están obligados a observar y garantizar, sobre todo cuando la misma Constitución en su artículo 46 le asigna preeminencia sobre todo el restante derecho interno de naturaleza ordinaria. Y es en este aspecto en donde radica lo novedoso de la tesis del notable maestro Fix Zamudio, pues aclara muchas confusiones que se han dado con respecto esta clase de reglas, sobre todo cuando se recurre al uso de términos que provocan discusiones y opiniones encontradas.

Dice Fix Zamudio que las constituciones establecen los procedimientos que deben seguirse para que el Estado sea Parte de un instrumento internacional, regularmente con la participación de la legislatura y del poder ejecutivo, para la aprobación y ratificación de un tratado o una convención.

Cumplido el proceso interno de aprobación y ratificación, así como otros pasos posteriores previstos en los instrumentos internacionales, éstos pasan a ser parte del ordenamiento jurídico del Estado y son parte del derecho interno, tal como ocurre en Guatemala. ¿Qué significa que pasen a formar parte del ordenamiento jurídico interno? Conforme a la Teoría General del Derecho, un ordenamiento jurídico se integra por la totalidad de normas vigentes en el Estado y tal como lo explica con claridad Norberto Bobbio, el sistema se caracteriza por tener unidad y coherencia, de manera que no tiene partes, es uno solo.

Las normas de derechos humanos provenientes de fuente internacional, porque también las hay de fuente constitucional o fuente interna, que son las garantías individuales y los derechos sociales, no constituyen una parte que este “pegada” al ordenamiento

jurídico, sino se confunden en él como unidad. Es decir, que las normas de derechos humanos tienen dos fuentes: la Constitución, que son los derechos denominados garantías individuales; y los tratados y convenciones de derechos humanos cuya fuente es de naturaleza internacional. Lo anterior sin perjuicio de los derechos de la persona humana no enumerados y que permite su existencia según el artículo 44 de la Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Myrna Mack Chang versus Estado de Guatemala, año 2003, principió a introducir en la teoría jurídica el concepto de inconvencionalidad, definida como la acción que tiende a resolver la contradicción entre una norma ordinaria y la de un tratado o convención de derechos humanos, que tienen preeminencia sobre las normas ordinarias del ordenamiento jurídico interno,

término en el que no se incluye a la Constitución.

La jerarquía normativa de estas reglas de derechos humanos, es igual a las de las normas constitucionales y se sitúan en la grada máxima de la jerarquía normativa, según lo establecido en el artículo 46 de la Constitución.

Ahora bien, como los tratados y convenciones de derechos humanos han ingresado al ordenamiento jurídico del Estado, entonces, según la tesis del maestro Fix Zamudio, se producen varias consecuencias que deben señalarse como esenciales: Una, que no hay acción de inconvencionalidad en el ámbito interno del Estado, porque para el juez nacional lo que fundamenta sus resoluciones es el derecho interno o derecho nacional, de manera que lo que resuelve es una acción de inconstitucionalidad cuando se da una contradicción entre una norma ordinaria y una de

derechos humanos de fuente internacional.

La acción de inconvencionalidad, según Fix Zamudio, sólo la puede conocer un tribunal internacional instituido con esa competencia, porque no se trata de ningún derecho interno de un Estado.

La otra es que, al ser las normas de las convenciones y los tratados internacionales de derechos humanos, unas de las tantas células que forman el tejido general del ordenamiento jurídico interno, no hay nada que conjuntar y por lo mismo no existe posibilidad de la existencia del discutido tema del bloque de constitucionalidad, lo cual significa, según entiendo a Fix Zamudio, que lo que lógicamente existe es un control de constitucionalidad por inconvencionalidad, que en nuestro caso estaría fundamentado en el artículo 46 de la Constitución Política de la República: Si una

norma ordinaria es contraria a una norma de derechos humanos, sería inconstitucional porque hay una norma en la Constitución que prevé la supremacía jerárquica de esta última.

Y una tercera, es que la jerarquía suprema de la norma convencional, conforme a lo previsto en el Pacto de San José, los jueces deben vigilar su prevalencia y jerarquía frente a las demás normas del derecho ordinario.

Pienso que la tesis del maestro mexicano apuntala mi idea de que la Constitución formal está definida y que la posibilidad de reforma, ya sea por ampliación, por supresión o por aclaración, sólo es factible cumpliendo el procedimiento previsto en la Constitución.

La forma prevista en la Constitución de Honduras (artículo 17) me parece una solución inteligente, pues se establece que si

una norma de derechos internacional reforma la Constitución, sólo puede ingresar al ordenamiento siguiendo el procedimiento de reforma a la Constitución.

La tesis del maestro Fix Zamudio me ha llamado a reflexionar lo que sostengo en cuanto a la supremacía jerárquica de las normas de los tratados y convenciones de derechos humanos y sobre el llamado bloque de constitucionalidad.

Sobre la jerarquía, sostengo que los tratados y convenciones de derechos humanos son superiores a todo el derecho interno ordinario, pero no superiores a la Constitución ni formalmente forma parte de ella y, además, son parte del derecho interno del Estado. Tal criterio no destruye su jerarquía normativa, que es la misma de que gozan las normas constitucionales.

Y en cuanto al bloque de constitucionalidad, conforme a la tesis de Fix Zamudio, estimo que es una idea inconsistente, porque las argumentaciones que se han utilizado al respecto, incluyendo las que constan en sentencias de nuestra Corte de Constitucionalidad, en el sentido de que el bloque de constitucionalidad como ampliación o cambio del texto formal no puede darse porque la rigidez de la Constitución no lo permite. En resumidas cuentas, todo es derecho interno, todo es derecho nacional.

Concluyo este comentario a la conferencia del profesor Fix Zamudio, diciendo que, aunque con argumentos diferentes a los expresados por el ilustre maestro mexicano y quizá con menos claridad, mi tesis no es un razonamiento equivocado.

No debe perderse de vista la trascendencia del contenido del artículo 46 de nuestra Constitución; y al tenor de esa norma, hay una preeminencia de las normas de derechos humanos en el ámbito del derecho interno, lo cual significa que las tesis que se han venido sosteniendo sobre la naturaleza y jerarquía el derecho convencional, siguen vigentes, aunque su infraestructura teórica no sea la misma que se ha difundido en la doctrina constitucional, sino la que, con toda claridad, defiende el maestro Héctor Fix Zamudio, en el sentido de que el derecho convencional de los derechos humanos es derecho nacional.

## LA RECEPCIÓN SUSTANTIVA DE LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

*Carmen Bejarano Girón \**

**E**n Guatemala, de conformidad con la Constitución Política de la República, rige un sistema de Gobierno republicano, democrático y representativo, por lo que el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales son elementos esenciales para asegurar su cumplimiento. Para ello el Estado ha adquirido compromisos internacionales al ratificar diversos instrumentos y ha reconocido la competencia de la Corte regional perteneciente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos; además se ha comprometido a realizar una recepción sustantiva de la normativa internacional en materia de derechos humanos.

A continuación se hace una referencia, en primer lugar, de la recepción formal de la normativa internacional aludida, luego se realiza un breve análisis para tratar de establecer el nivel de cumplimiento en cuanto a la recepción sustantiva por parte de los tres Organismos del Estado de la normativa indicada, destacando el riesgo inminente que se emitan leyes por parte del Organismo Legislativo que, por una parte, mantenga en desacato al Estado ante la instancia judicial regional de cierre en materia de derechos humanos, y por otra parte, haga incurrir en responsabilidad internacional al Estado.

La Constitución Política de la República establece la recepción

\* Carmen Bejarano Girón es abogada consultora experta en Derechos Humanos. Profesora en la maestría Derechos Humanos en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

formal del derecho internacional de los derechos humanos. En el artículo 44 que consagra los “Derechos inherentes a la persona humana”, abre las puertas a la posibilidad de otorgar el carácter de normas constitucionales a todas aquellas disposiciones que reconocen derechos humanos; amplía el margen de protección de los derechos de la persona humana, maximizando esa protección. Además, constituye una cláusula *numerus apertus* que no especifica proveniencia, es decir, los derechos referidos, podrían provenir de diferentes fuentes, por lo que resulta importante recordar que estos derechos tienen una doble fuente formal: internacional y nacional.

La fuente internacional emana de dos sistemas, el de Naciones Unidas y el Interamericano que sirve de principal marco normativo

internacional para este artículo académico. Se identifican en la categoría de fuente internacional, las convenciones internacionales; la costumbre internacional; los principios generales del derecho; las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho<sup>6</sup>.

Para el tema que nos ocupa, destacan dos de estas fuentes: los convenios internacionales y las decisiones judiciales, particularmente las emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –Corte IDH- que conforman su jurisprudencia, a la cual el propio Tribunal Interamericano les ha reconocido “el valor de fuente del Derecho Internacional”<sup>7</sup>. Mientras que, la Constitución Política constituye la

---

<sup>6</sup> Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

<sup>7</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Solicitud de opinión consultiva

solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución del 24 de junio de 2005.

fuerza nacional de derechos fundamentales; en el artículo 46 otorga preeminencia sobre el ordenamiento jurídico interno a los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado de Guatemala.

La Corte de Constitucionalidad implementó la doctrina del bloque de constitucionalidad con fundamento en los artículos 44 y 46 constitucionales; precisó que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen el bloque de constitucionalidad **“son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno.** Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, **exigiendo**

**la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos”**<sup>8</sup>. (Resaltado agregado).

Desde la doctrina, a la versión latinoamericana de bloque de constitucionalidad se le atribuyen dos funciones principales: por una parte, la de parámetro de constitucionalidad; y por otra parte, otorga integridad, o complementa, a la norma constitucional.<sup>9</sup>

Con la determinación de la Corte de Constitucionalidad en cuanto a que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parámetro de constitucionalidad, adquiriendo por tanto jerarquía de norma constitucional, el ejercicio de todo control de constitucionalidad entraña la práctica del control de

---

<sup>8</sup> Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad general parcial por omisión legislativa en el delito de tortura. Expediente 1822-2011, sentencia de fecha 17 de julio de 2012.

<sup>9</sup> Guevara Palacios, Augusto. El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos y la Corte Interamericana. IIDH-Bosch Editor, San José, 2012. P. 45.

convencionalidad; así lo ha advertido la Corte IDH.<sup>10</sup>

Para cumplir con la finalidad esencial del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional, que consiste en la protección de derechos de la persona humana, interactúan los dos sistemas, el nacional y el internacional observando algunas reglas vinculantes. El Estado de Guatemala es parte de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados – Convención de Viena- en la cual se establecen principios del derecho internacional para el cumplimiento de dichos instrumentos internacionales, entre los que destacan el principio *pacta sunt servanda*, el cumplimiento de buena fe, entre otros.

En el sistema interamericano de derechos humanos, además de la normativa que conforma el *corpus juris* interamericano, se han producido estándares vinculantes que son implementados por los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>11</sup> -Convención Americana-; así, en su calidad de sujetos de derecho internacional, cumplen con los compromisos adquiridos al firmar y ratificar voluntariamente, en el ejercicio de su soberanía, los tratados internacionales.

Entre dichos estándares figura la doctrina del control de convencionalidad, que se fundamenta en el principio *pro persona*. Este principio “(...) informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la

---

<sup>10</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, de fecha 20 de marzo de 2013.

<sup>11</sup> El Estado de Guatemala ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 25 de mayo de 1978.

interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (...).<sup>12</sup>

En el mismo sentido, el juez Piza Escalante refiriéndose al derecho interno y al derecho internacional, asegura que en materia de derechos humanos en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice

al ser humano.<sup>13</sup> La Corte de Constitucionalidad señala como fin del principio pro persona “lograr la máxima eficacia de los derechos y libertades, y, consiguientemente, de sus instrumentos de garantía”.<sup>14</sup>

El fundamento legal de este principio se encuentra en la prohibición de la interpretación restrictiva de los derechos humanos que establece el artículo 29 b) de la Convención Americana<sup>15</sup>, que en alguna medida armoniza con la disposición del artículo 44 de la Constitución Política, que en el último párrafo establece la nulidad

---

<sup>12</sup> Pinto, Mónica: “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”; en: “La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales”; pág. 163; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Argentina, Editorial Del Puerto, 1997.

<sup>13</sup> Piza Escalante, Rodolfo. El valor del derecho y de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en el derecho y la justicia internos: el ejemplo de Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José Costa Rica, 1998. P. 183.

<sup>14</sup> Corte de Constitucionalidad. Expediente 2817-2014, Amparo en única instancia, sentencia de fecha 18 de marzo de 2015.

<sup>15</sup> Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

*ipso jure* que afectaría a todas aquellas normas que en lugar de ampliar los derechos establecidos en la Constitución, tiendan a disminuirlos.

Aunque ya se ha escrito abundantemente sobre el control de convencionalidad, es necesario recordar que está conformado por la normativa interamericana y por la interpretación que de ésta ha realizado la Corte Interamericana, tanto en los casos en los que el Estado es parte material en el proceso, como en los que no lo es; debe aplicarse de oficio por todos los órganos a cargo de la administración de justicia, en todos los niveles, y por todas las autoridades pertenecientes a los tres organismos del Estado; todo ello con el propósito que no se vean mermadas las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.<sup>16</sup>

Asimismo, la Convención Americana establece dos obligaciones principales de los Estados Partes de este tratado: el deber de respeto y garantía del pleno y libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1), y el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2).

La Corte IDH, al referirse al artículo 2 antes mencionado, ha establecido que “tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) **la expedición de normas y el desarrollo de**

---

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de Río Negro

Vs. Guatemala. Sentencia de fecha 4 de septiembre de 2012.

**prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”** (Resaltado es agregado). Esta acotación de la Corte IDH es oportuna para referirnos a la recepción sustantiva de la normativa internacional en materia de derechos humanos, principalmente por parte del Organismo Legislativo, en cuanto a la expedición de normas conducentes a la efectiva observancia de las garantías y derechos consagrados en la Convención Americana, la cual constituye parámetro de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el Congreso de la República al emitir leyes contrarias a la Convención Americana hace incurrir en responsabilidad internacional al Estado, sin perjuicio de la posibilidad de faltar al cumplimiento de lo preceptuado en los artículos 46 (preeminencia del

derecho internacional); 149 (de las relaciones internacionales); 152 (poder público); 154 (función pública, sujeción a la ley), y utilizando palabras de la Corte de Constitucionalidad: “so pena de incurrir en alguno o algunos de los supuestos previstos en el artículo 155 [responsabilidad por infracción a la ley]”.<sup>17</sup>

A manera de ejemplo de la responsabilidad internacional en que ha incurrido el Estado de Guatemala como consecuencia de la emisión de leyes contrarias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente a la Convención Americana, el caso Raxcacó Reyes que se refiere a la pena de muerte establecida para castigar el delito de plagio o secuestro cuando no fallece la víctima. Para este delito, por parte del Congreso de la República se vulneró, entre otros, los artículos 46 y 149 de la

---

<sup>17</sup> Corte de Constitucionalidad. Apelación de sentencia de Amparo. Expediente

3753-2014, sentencia de fecha 12 de enero de 2016.

Constitución Política y el artículo 4 de la Convención Americana (derecho a la vida), que en el inciso 2 prohíbe la extensión de la pena de muerte para delitos para los cuales no estaba establecida esta pena al momento de entrar en vigencia la Convención Americana.

En el caso comentado, la Corte IDH en septiembre de 2005, condenó y ordenó al Estado de Guatemala modificar dentro de un plazo razonable el artículo 201 del Código Penal<sup>18</sup> que tipificaba el delito de plagio o secuestro y lo sancionaba con pena de muerte incluyendo los casos en que no falleciera la víctima. Transcurridos varios años sin que por parte del Congreso de la República se diera cumplimiento a la sentencia de la Corte IDH aludida, la Corte de Constitucionalidad al resolver acción de inconstitucionalidad general parcial, declaró con lugar

dicha acción de inconstitucionalidad y expulsó del ordenamiento jurídico penal la aplicación de la pena de muerte en el delito de plagio o secuestro, entre otros.<sup>19</sup>

Así, puede observarse por una parte, el Congreso de la República no llevó a cabo una recepción sustantiva de la normativa internacional al legislar, vulnerando derechos consagrados en la Convención Americana y otros estándares vinculantes, haciendo incurrir en responsabilidad internacional al Estado. Por otra parte, tiene lugar una recepción sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte de Constitucionalidad que al cumplir con su mandato y función establecida en la Constitución Política, ejerció el control de constitucionalidad conjuntamente

---

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

<sup>19</sup> Corte de Constitucionalidad. Inconstitucionalidad general parcial. Expediente 5986-2016, sentencia de fecha 24 de octubre de 2016.

con el control de convencionalidad, así adicionalmente el Estado cumplió con lo ordenado por la Corte IDH en el caso Raxcacó Reyes en cuanto a la modificación de la legislación penal indicada.

Sin embargo, lo cierto es que sin la acción de inconstitucionalidad general parcial aludida, impulsada por ciudadanos en ejercicio de sus derechos, interesados en el respeto y garantía de los derechos humanos, el Estado de Guatemala seguiría en desacato en cuanto a lo ordenado por la Corte IDH en la sentencia del caso mencionado. No obstante, el Estado está obligado a cumplir con los compromisos internacionales de buena fe y conforme a esos compromisos, no puede invocar el derecho interno para dejar de cumplirlos, de conformidad con lo establecido tanto en la Convención de Viena y en la Convención Americana, particularmente el deber de respeto y garantía, así como el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

De esta manera se puede establecer la necesidad que no sólo los órganos jurisdiccionales, sino que todos los órganos del Estado faciliten la recepción normativa internacional de derechos humanos, dando cumplimiento al mandato constitucional para el ejercicio de sus funciones que les impone, entre otros, el artículo 154 que establece la sujeción a la ley de las funcionarias y funcionarios públicos, quienes “son depositarios de la autoridad, responsables legalmente por su conducta oficial, sujetos a la ley y jamás superiores a ella”.

Las iniciativas de ley del Congreso de la República que constituyen violación de derechos humanos consagrados en diversos tratados internacionales de los que es Parte el Estado de Guatemala, son representativas del incumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado soberanamente. Entre otras, la iniciativa 5733 que reforma la Ley de Reconciliación Nacional, ha provocado que desde

el sistema de Naciones Unidas y desde la Corte IDH se requiera al Congreso de la República para que no se apruebe dicha iniciativa.

En resolución de supervisión de cumplimiento del caso Molina Theissen<sup>20</sup>, la Corte IDH al pronunciarse sobre la iniciativa de ley 5733, reiteró lo dispuesto en resolución previa en cuanto a **“Requerir al Estado de Guatemala que, para garantizar el derecho al acceso a la justicia de las víctimas (...), interrumpa el trámite legislativo de la iniciativa de ley 5377 que pretende reformar la Ley de Reconciliación Nacional de 1996 concediendo una amnistía para todas las graves violaciones cometidas durante el conflicto armado interno, y la archive”**.<sup>21</sup> (Resaltado agregado).

La negativa del Congreso de la República para acatar esta

resolución, estaría vulnerando nuevamente los derechos de miles de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, de genocidio y otros delitos de lesa humanidad, siendo una manifestación del incumplimiento de obligaciones internacionales, incluidas las garantías judiciales y protección judicial (artículo 8 y 25 de la Convención Americana), con repercusiones negativas sobre la recepción de la normativa internacional de derechos humanos. Sumado a ello, se subraya el desacato de las sentencias condenatorias contra el Estado de Guatemala, emitidas por la Corte IDH en trece casos más que ordenan la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de graves violaciones a derechos humanos: Bámaca Velásquez; Myrna Mack Chang; Maritza Urrutia; Masacre Plan de Sánchez; Carpio Nicolle y Otros;

---

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Resolución de supervisión de

cumplimiento de sentencia, de fecha 14 de marzo de 2019.

<sup>21</sup> *Ibídem*.

Tiu Tojín; Masacre de Las Dos Erres; Chitay Nech; Masacres de Río Negro; Diario Militar; García y familiares; Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades vecinas del Municipio de Rabinal; y, Masacre de Xamán.

La manifiesta gravedad de la posibilidad de aprobar la reforma a la Ley de Reconciliación Nacional referida, provocó que el Sistema de Naciones Unidas se pronunciara al respecto manifestando su profunda preocupación por la posibilidad que iniciativas de ley que siguen el proceso legislativo no permitan la recepción sustantiva de la normativa internacional en materia de Derechos Humanos. Así, ha tenido lugar el pronunciamiento del Sistema de Naciones Unidas en Guatemala sobre la Iniciativa de ley 5272 cuyos contenidos provocan la limitación de los derechos sexuales y reproductivos, además puede contribuir al odio y a la violencia

con base en la diversidad sexual y la identidad de género; esta iniciativa de ley “presenta inconsistencias con respecto a las normas sobre derechos humanos que afectan directamente el acceso a derechos de determinados grupos de personas, así como estigmatizan conceptos diversos de familia. De la misma forma, se vulneran los derechos a la igualdad y no discriminación, a la libertad de expresión, la igualdad en la familia y la educación”.<sup>22</sup>

De los derechos que se mencionan que se consideran vulnerados con la Iniciativa 5272, nos referimos al derecho a la igualdad y no discriminación para señalar la trascendencia legal ante la posibilidad de la negativa del Organismo Legislativo para cumplir con el deber de respetar y garantizar derechos, así como de adoptar las medidas legislativas

---

<sup>22</sup> Sistema de Naciones Unidas en Guatemala. Comunicado de fecha 8 de mayo de 2019.

necesarias para hacer efectivos los derechos humanos.

El derecho a la igualdad y no discriminación es una norma de *ius cogens*, recordando que de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Convención de Viena, se entiende como norma de *ius cogens* aquella que ha sido “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Se subrayan los requisitos que establece la norma convencional citada para considerar el carácter de *ius cogens* de determinadas normas: a) categoría de norma de derecho internacional general; b) aceptación por la comunidad internacional; c) inmunidad de derogación; y, d) modificable únicamente por una norma del mismo estatus. Es decir, una norma de *ius cogens* sólo puede modificarse por otra norma que

cumpla con requisitos indicados en a), b) y c), nunca por disposiciones de derecho interno.

La Corte IDH ha determinado que el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Para ello ha tomado en consideración que este principio “(...) en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional (...) Esto implica que **el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio**

**de un determinado grupo de personas”.**<sup>23</sup>

En el mismo sentido se pronunció la Corte IDH en Opinión Consultiva sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. La Corte considera a la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana; asimismo, resalta el deber de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el acceso en igualdad de condiciones y sin discriminación a diversos derechos (derechos de familia, derechos laborales, relacionados con la seguridad social, entre otros), de la población de la diversidad sexual que ha sido históricamente discriminada y estigmatizada.

En cuanto a la protección convencional del vínculo entre parejas del mismo sexo, la Corte determina que “una interpretación restrictiva del concepto de ‘familia’ que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención [que] es ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’, sin distinción alguna”<sup>24</sup>. En consecuencia, entre otras evidentes violaciones de derechos humanos, la prohibición expresa del matrimonio entre personas del mismo sexo contemplada en la Iniciativa 5272, vulnera el artículo 1.1 de la Convención Americana que consagra el derecho a la igualdad y

---

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de fecha 17 de septiembre de 2003.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de fecha 24 de noviembre de 2017.

no discriminación<sup>25</sup>, que constituye una norma de *ius cogens*.<sup>26</sup>

Así, la Iniciativa de ley comentada y su eventual aprobación como ley de la república, es una muestra más de la falta de recepción sustantiva de la normativa internacional de derechos humanos por parte del Estado de Guatemala que le hace incurrir en responsabilidad internacional, en perjuicio de la consolidación del Estado de Derecho ante la falta de respeto y garantía de los derechos humanos y la inobservancia de estándares internacionales, como la práctica del control de convencionalidad al legislar.

Desde el Organismo Judicial, aunque con excepciones, también son múltiples las acciones y omisiones que no permiten plenamente la recepción sustantiva

de la normativa internacional de derechos humanos. Nos limitamos a mencionar los casos contra el Estado de Guatemala que han conocido y los que actualmente conocen la Comisión Interamericana y la Corte IDH; los cuales se presentan ante esas instancias por parte de las víctimas como consecuencia de la falta de acceso a la justicia en el ámbito nacional. Algunos de esos casos se mencionaron previamente.

Para cerrar el círculo sobre la falta de recepción sustantiva de la normativa internacional de derechos humanos por parte de los Organismos del Estado, entre múltiples omisiones por parte de autoridades del Organismo Ejecutivo, citamos el derecho de Consulta, que si bien es cierto es una expresión de omisión

---

<sup>25</sup> El derecho a la igualdad y no discriminación está consagrado en diversos tratados de derechos humanos, entre otros, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>26</sup> Se cita el derecho a la igualdad y no discriminación, sin perjuicio que son múltiples las violaciones de derechos humanos que contiene la iniciativa de ley comentada.

legislativa, la Corte de Constitucionalidad ha señalado a entidades del Ejecutivo que no cumplen con los parámetros establecidos por la normativa internacional para garantizar el derecho, afectando principalmente a los pueblos indígenas.

Específicamente sobre el derecho de consulta consagrado en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo –Convenio 169 de la OIT-, la Corte de Constitucionalidad en expediente de apelación de sentencia de Amparo, al resolver afirmó que el proceder de la Dirección General de Minería<sup>27</sup>, omiso de toda acción encaminada a respetar prerrogativas establecidas en el Convenio 169 de la OIT, resulta injustificable desde la perspectiva de la justicia constitucional, por cuanto denotó

**“negligencia gubernamental con relación a la debida observancia y aplicación de lo establecido en normas que forman parte del bloque de constitucionalidad y supuso consentir el incumplimiento de una obligación internacional adquirida y vigente para el Estado de Guatemala”<sup>28</sup>.**

(Resaltado es agregado).

En conclusión, en Guatemala la Constitución Política de la República y los tratados internacionales y demás estándares vinculantes para el Estado, facilitan la recepción formal de la normativa internacional en materia de derechos humanos. Sin embargo, la recepción sustantiva ha sido fomentada por parte de la Corte de Constitucionalidad con la implementación de doctrinas y otros estándares internacionales vinculantes; mientras que los

---

<sup>27</sup> Dependencia del Ministerio de Energía y Minas.

<sup>28</sup> Corte de Constitucionalidad. Apelación de Sentencia de Amparo. Expediente

2567-2015, sentencia de fecha 31 de marzo de 2016.

Organismos del Estado, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no han cumplido plenamente con los compromisos asumidos soberanamente por el Estado de Guatemala, por lo que existen altos riesgos, al menos por parte del Organismo Legislativo, no sólo de mantener en desacato al Estado de Guatemala ante la Corte IDH, sino de incurrir en la violación de normas de *ius cogens* como se ha mencionado previamente. Esto como consecuencia de la posibilidad inminente que se emitan leyes contrarias a los estándares internacionales sobre derechos humanos, vinculantes para el Estado de Guatemala, con lo cual se hace incurrir en responsabilidad internacional al Estado.

Finalmente recordamos que la Corte IDH con fundamento en los

Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos internacionalmente ilícitos preparados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, ha recalcado que “todo hecho ilícito acarrea responsabilidad para el correspondiente Estado, que la ilicitud consiste en una acción u omisión atribuible a este último y que viola una obligación internacional según el derecho internacional, con prescindencia de lo que establezca su derecho interno y que la responsabilidad la contrae el Estado por el comportamiento de cualquiera de sus órganos”<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-24/17, Op. Cit.

## IGUALDAD DE DERECHO PARA LA DIVERSIDAD SEXUAL EN GUATEMALA.

*“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”*

Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

*Alba Johana Cifuentes Santizo \**

**E**l pueblo hace al Estado y no el Estado al pueblo, el Derecho es evolucionario y cambiante conforme las necesidades de la sociedad, no se puede concebir al Derecho como un ancla de la sociedad que no le permite encauzarse sino al contrario, como el timón que le permite dirigirse hacia donde desea llegar. “El Derecho no es un fin en sí mismo, es solamente un medio al servicio de un fin. Este fin consiste en la existencia de la sociedad.”<sup>30</sup>

El Constitucionalismo ha permitido a diversos regímenes ocuparse en la promulgación de su ley suprema, a la cual las demás leyes quedan supeditadas al contenido de la misma, se consagren los derechos mínimos que el sistema debe respetar, garantizar y promover para su pueblo.

Sin embargo en la historia de la humanidad han existido -y existen- regímenes que pese a tener una constitución garante de los derechos mínimos de sus habitantes hacen caso omiso a la garantía, promoción y a su vez a la

\* Alba Johana Cifuentes Santizo es abogada y notaria consultora de LEGIS.

---

<sup>30</sup> Luis Recasens Siches, (1999). Tratado General de Filosofía del Derecho. 14<sup>a</sup> Edición. México: Editorial Porrúa.

progresividad que caracteriza a dichos derechos fundamentales; elementos que acompañan al ser humano en la medida que evoluciona en sociedad; Por ello se hace necesario la existencia de diversos organismos nacionales e internacionales, encargados de recordar la finalidad de un Estado y el propósito de promulgar una Constitución.

En el marco de distintas convenciones y declaraciones a nivel internacional y con la emisión de distintas políticas nacionales, los Estados reafirman constantemente su rol de garantes y reconocen en sus ordenamientos jurídicos, aumentando sus alcances, los derechos que deben tutelar a sus pueblos atendiendo a sus necesidades, a la evolución de las sociedades y a sus diversas realidades.

Guatemala es un Estado que en su Constitución Política instituye a la persona humana como sujeto y fin del orden social e instaura al Estado como responsable de la promoción

del bien común, igualdad, libertad y paz; además, reconoce y garantiza diversos derechos fundamentales a todas las personas habitantes del país, tales como la vida, la igualdad, la libertad, el acceso a la justicia, a la familia, así como el derecho a hacer todo aquello que la ley no les prohíbe.

Además ha ratificado diversos instrumentos internacionales a través de los cuales estos derechos y otros se reconocen a toda persona sin distinción alguna, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su artículo uno indica:

*“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones*

*políticas o de cualquier otra índole, origen nacional.”*

También la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, que en su artículo dos indica: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.” Este reconocimiento internacional permite a sus habitantes mayor exigibilidad para el desarrollo de sus derechos.

En ese espacio, corresponde hablar sobre el movimiento LGTBI, el cual ha promovido la igualdad de derechos que les corresponde a sus integrantes por el solo hecho de ser seres humanos y, que se les han visto condicionados o vedados por su orientación sexual, una de esas luchas atiende a la necesidad de incluir dentro de nuestra legislación ordinaria, como en la de otros Estados, la amplitud de las figuras jurídicas del matrimonio y la unión de hecho para las parejas

conformadas por personas del mismo sexo.

Tomando como punto de partida el que todos los seres humanos somos todos iguales y libres, derechos que fueron reconocidos en instrumentos internacionales e internos hace dos siglos atrás, tal como se manifiesta en el preámbulo de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.” Es deber del Estado promover la plataforma jurídica adecuada para desarrollarnos de manera integral y fraternal.

Actualmente dicha plataforma jurídica no se ha completado en Guatemala, y la falta de dicha legislación en favor de las personas miembros o que se auto identifican con el movimiento LGBTI ha provocado la ausencia de un mecanismo interno efectivo para la protección de los derechos que

nacen de las figuras del matrimonio o la unión de hecho, dejando a dicha población desprotegida ante cualquier arbitrariedad de las autoridades culminando en un trato desigual a causa de dicho vacío legal, aunado a que por parte del Estado no se ha consumado una política eficaz que erradique el trato discriminatorio por parte de la sociedad en general a determinado grupo de personas.

En América, según el informe - Homofobia de Estado- publicado por ILGA, “durante 2016 se consolidaron significativos avances en el continente.... Sin embargo, a pesar de estos avances ha aumentado la brecha existente entre los Estados de la región en los niveles de reconocimiento de los derechos de personas LGB.” (Ginebra; ILGA, mayo de 2017)<sup>31</sup> y se menciona que entre los países en los que se concretan tendencias de retroceso y/o de bloquear el

reconocimiento de los derechos de personas LGBTI se encuentra Guatemala.

Esa desigualdad genera un clima de trato diferenciado en todos los aspectos, convirtiéndole a la comunidad LGBTI en un grupo vulnerable a causa de la discriminación, la cual puede llegar a desencadenar la perpetración de actos de violencia contra de dicha comunidad, es decir no se coadyuva a una convivencia armoniosa que prevenga el delito como lo busca la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, sino al contrario.

Mientras tanto, el Estado de Costa Rica realiza ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos una consulta integrada por cinco preguntas sobre identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo con el objeto de determinar si

---

<sup>31</sup> International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Carroll, A. and Mendos, L. R., State-Sponsored

Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition.

algunas actuaciones de dicho Estado se estimaban como actos de discriminación en razón de la orientación sexual e identidad de género, pero para efectos del tema que se aborda en el presente artículo, mencionaremos las respuestas brindadas a las interrogante cuatro y cinco de dicha consulta.

Pregunta cuatro: *“Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?...”*<sup>32</sup>

Atendiendo a dicha consulta la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró y decidió:

*“...el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales (supra párr. 198).... Por unanimidad que: El*

---

<sup>32</sup> Opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa

Rica, sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Citando las preguntas planteadas por el Estado de Costa Rica.

*Estado debe reconocer y garantizar todos los derechos que se derivan de un vínculo familiar entre personas del mismo sexo de conformidad con lo establecido en los artículos 11.2 y 17.1 de la Convención Americana, y en los términos establecidos en los párrafos 200 a 218.”<sup>33</sup>*

En cuanto a la interrogante cinco: *““En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?””<sup>34</sup>*

La misma Corte indicó: *“Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con*

*respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna... por seis votos a favor y uno en contra, que: De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al*

---

<sup>33</sup> Ídem.

<sup>34</sup> Ídem.

*matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales, en los términos establecidos en los párrafos 200 a 228.”<sup>35</sup>.*

Guatemala podría estar vulnerando los derechos de un grupo de personas de su soberano pueblo al omitir legislar sobre este tema y promover la creación de normas que su objetivo final sea todo lo contrario, continuar desatendiendo los reclamos de un grupo históricamente excluidos; con ésta omisión no permite el goce efectivo de derechos fundamentales internacionalmente reconocidos, los cuales a medida que distintos organismos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos emiten esta clase de opiniones y otras sentencias, dichos

derechos dichos derechos debiesen convertirse en aspiraciones pendientes de alcanzar del Estado guatemalteco; y si la ley es la “expresión mínima de los principios éticos de una sociedad concreta integrados por el acuerdo de diferentes intereses y concepciones morales e ideológicas, que se han flexibilizado en la formación de acuerdos políticos para posibilitar la convivencia.”<sup>36</sup>, ¿qué clase de pueblo seríamos si no se incluye la voluntad de una de nuestras comunidades? es acaso que existen hombres y mujeres más humanos que otros o es que derivado del país en que nacemos, ¿algunos hombres y mujeres merecen tener más derechos que otros? Y aún más, ¿existen seres humanos de primera y segunda categoría? Seguramente, estaríamos muy lejos de ser una democracia.

---

<sup>35</sup> Ídem.

<sup>36</sup> Barrientos Pellecer, C. C. (2001). Poder Judicial y Estado de Derecho. Guatemala: F&G Editores.

Una de las finalidades del Estado es que está organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades en plena igualdad, tanto individual como de manera colectiva, al ampliar las figuras jurídicas del matrimonio y la unión de hecho para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, entonces se cumpliría de manera plena el inherente derecho de igualdad de todos los seres humanos, así como se favorecería al desarrollo de la persona de manera integral.

En nuestra legislación no es una prohibición taxativa la existencia de parejas o relaciones homosexuales pero, al instituir las figuras del matrimonio y la unión de hecho se excluyó a las parejas conformadas por el mismo sexo, de gozar de los derechos que suceden de esas figuras, todo en consideración del ámbito temporal y el contexto en el que fue emitida dicha legislación.

En la actualidad esos derechos son exigidos por un grupo de la

sociedad por lo que se hace necesario incluir en el texto legal a las parejas homosexuales, para atender ese clamor, y de esa forma otorgar las oportunidades y reconocerles de manera legal las herramientas con las cuales puedan defender a lo interno y de modo efectivo sus derechos al tenor del artículo cuatro de la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su texto reconoce a todos los seres humanos libres e iguales en dignidad y derechos. “El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades.”

El matrimonio es una institución que ha sido considerada nivel internacional como una de las formas existentes para fundar una familia, sin embargo, no es la única en la actualidad las formas para fundar una familia se han diversificado con el paso del tiempo aunado a la evolución de la vida en sociedad, “el modelo de familia afianzado en la inmediata

posguerra, ampliamente difundido bajo el rótulo de “familia nuclear”, fue cediendo espacio a una creciente diversidad de formas y estilos de vida familiares<sup>37</sup> podríamos mencionar entre ellas la familia nuclear, extensa, la monoparental,<sup>38</sup> la adoptiva y ya en algunos países reconocida la homoparental<sup>39</sup>.

Al excluir a las parejas homosexuales de la institución del matrimonio y la unión de hecho, se les priva de establecer, a través de una de las formas, el acceder a una familia y en Guatemala es por medio de esas instituciones la única vía por la cual devienen derechos como la sucesión intestada, el patrimonio familiar, por ende regímenes patrimoniales, a adquirir de esa manera una nacionalidad,

una pensión o un beneficio de salud o ser beneficiario de un seguro revistiendo la figura de cónyuge y, en caso de la privación de libertad, las visitas conyugales, así como la posibilidad de adopción como pareja; por lo que de continuar con dicha omisión de origen legal, el Estado de Guatemala incumpliría de manera continua, con los compromisos internacionales adquiridos, el respeto al derecho de igualdad y con el principio de progresividad de los derechos humanos.

Como resultado surge un tipo de discriminación, al no dársele un trato legal igualitario a las personas miembros o que se auto identifican como miembros comunidad LGBTI. Discriminación según Guillermo Cabanellas “Desde el

---

<sup>37</sup> Nuevas formas de Familia, Perspectivas nacionales e internacionales. UNICEF – UDELAR, Noviembre 2003.

<sup>38</sup> Clasificación extraída de: Cuaderno de Investigación del Centro de Estudios de la Mujer No. 5 “Género y Familia”, Escuela Nacional de Trabajo Social, Universidad Nacional Autónoma de México, Febrero 2008 pág. 31.

<sup>39</sup> Chaparro, L.J., Guzmán, Y.M. (2017). Adopción homoparental: Estudio de derecho comparado a partir de las perspectivas de los países latinoamericanos que la han aprobado. Revista CES Derecho, (8), 2, 267-297. <http://revistas.ces.edu.co/index.php/der> echo consultada el 3 de agosto de 2018.

punto de vista social, significa dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos u otros.”<sup>40</sup> en este caso lo conforma una restricción por motivo de la orientación sexual que le impide a una determinada persona gozar de ciertos derechos y libertades que nacen de ciertas figuras jurídicas, tal como lo indica la Comisión Interamericana de Derechos humanos “*La discriminación por percepción tiene el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona objeto de dicha discriminación, independientemente de si dicha persona se auto-identifica o no con una determinada categoría*”<sup>41</sup>

Al Estado en una democracia le corresponde ser neutral en algunos aspectos como lo son la religión y la orientación sexual de sus habitantes, a la vez le corresponde coadyuvar a la promoción del respeto de esos derechos, sin embargo, debe tomar una postura más radical en cuanto a las diferentes formas de discriminación y exclusión ya que es el garante de los derechos que se ven violentados con tales acciones

*“La discriminación tiene múltiples facetas y está presente no sólo en el Estado o en las estructuras políticas, sino también en la sociedad en general. En mayor o menor escala, la discriminación puede afectar la manera en que las personas son tratadas en las*

---

<sup>40</sup> Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanellas de Torres, Edición 2006.

<sup>41</sup> Opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa

Rica, sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Citando: Cfr. Mutatis mutandis, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, párr. 158; Caso Ríos y otros vs. Venezuela, párr. 146, y Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 120.

*esferas de la política, la educación, el trabajo, los servicios sociales y médicos, la vivienda, los sistemas penitenciarios, la aplicación de la ley y la administración de justicia en general.”<sup>42</sup>.*

Como ya se mencionó anteriormente, los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí; bajo esa premisa el Estado y quienes ejercen la administración del gobierno en Guatemala deben crear la plataforma efectiva para incluir en la legislación el reconocimiento del matrimonio o la unión de hecho, para las parejas conformadas por personas del mismo sexo, de esa forma coadyuvar a la eliminación de la discriminación institucional hacia esta comunidad integrante y viva en la sociedad, cumpliendo el acogimiento que nuestra

Constitución hace sobre otras garantías y derechos que sin estar expresamente en ella, son inherentes a la persona humana según el artículo cuarenta y cuatro, y, también contribuyendo a que entre ciudadanos se respeten.

*“...el Derecho... es también esencialmente un instrumento para la vida social, para la realización de los fines humanos, dentro del cauce vario y cambiante de la historia... el objetivo del Derecho es la justicia y bienestar social. Por lo tanto, ninguna norma que en su resultado práctico se aparte de esa finalidad puede justificar su existencia.”<sup>43</sup>*

Guatemala, de no procurar la inclusión de figuras y herramientas legales para esta comunidad se

---

<sup>42</sup> Capítulo 5 Derecho a la igualdad y a la no discriminación en la administración de justicia. Insumos para la formación en derechos humanos y administración de justicia. Oficina del Alto Comisionado de

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Guatemala, diciembre de 2010.

<sup>43</sup> Luis Recasens Siches, a cerca de la Jurisprudencia Sociológica. (1999). Tratado General de Filosofía del Derecho. 14ª Edición. México: Editorial Porrúa.

podría estar ante la violación del derecho al libre acceso a tribunales y dependencias del Estado, “...para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la ley...”<sup>44</sup>.

Las acciones que realice el Estado así como las leyes que emita deben garantizar, tal cual lo establece la Constitución Política de la República, el goce pleno de derechos a sus ciudadanos de manera igual y sin condición alguna; negarse a legislar sobre dichas herramientas resultaría en un trato legal desigual y discriminatorio.

*“Un derecho que le está reconocido a las personas no puede ser negado o restringido a nadie, y bajo ninguna circunstancia, con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género.”*<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Artículo 29 de la Constitución Política de la República.

<sup>45</sup> Opinión consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 24 de noviembre de

2017, solicitada por la República de Costa Rica, sobre la identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párr. 83.

## FILIBUSTERISMO

### Esa práctica de ralentizar la actuación del Estado.

*Víctor Manuel Valverth Morales\**

**E**l filibusterismo, también llamado obstruccionismo consiste en tácticas, generalmente en los parlamentos, para retardar intencionalmente las deliberaciones e impedir la toma de decisiones sobre determinado tema. Por extensión, podremos decir que también el filibusterismo se aplica a los procesos judiciales cuando una de las partes hace uso de cuanto recurso legal está en sus manos para prolongar la resolución del tema en litigio.

Si bien es cierto se retardan los debates o los procesos, generalmente tiene propósitos bien definidos. El objetivo en el **filibusterismo parlamentario** es obtener una ventaja política o llamar la atención para que las mayorías no aplasten a las minorías

aprovechando su superioridad numérica. Se convierte en una práctica parlamentaria al alcance de los grupos minoritarios para impedir convertirse en cuórum o complemento para la integración de las cámaras y hacer valer su condición de grupo representante de un sector de población más o menos importante.

Como práctica parlamentaria es admisible y se ejerce en varios Congresos o asambleas legislativas. Es mecanismo de freno a los abusos de la mayoría que, cuando concentra poder, tiene la tendencia de pisotear los derechos de las minorías. Estas, entonces reaccionan con maniobras obstruccionistas.

En Guatemala se ha registrado esa práctica mediante diversos

\* Víctor Manuel Valverth Morales es director de LEGIS. Profesor de Doctorado en Derecho y Doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

mecanismos. El más común de ellos es el uso prolongado de la palabra por parte de un bloque o un parlamentario, a veces durante horas, que retrasa la toma de decisión, sea porque ésta está atada a un plazo determinado o porque provoca cansancio en los integrantes del órgano quienes terminan por abandonar sus trincheras parlamentarias.

Durante una legislatura reciente también en Guatemala se practicó el filibusterismo mediante el mecanismo de llevar a cabo interpelaciones kilométricas que tuvieron duración de varios meses con el agravante que la ley lo permitía y mediante ese procedimiento se obstruía el desarrollo de otras agendas (funciones de control, funciones administrativas y, particularmente, funciones legislativas por lo que se detenía por tiempo indefinido la aprobación de leyes).

Es, se insiste, una práctica parlamentaria, un mecanismo procedimental que resulta útil como

freno o contrapeso al abuso de poder de las mayorías y al servicio de las minorías que, de tanto ser ignoradas y hasta aplastadas, han recurrido a dichos procedimientos. Aparte es la discusión sobre la legitimidad o no del filibusterismo.

Como dispositivo de freno al abuso y la arbitrariedad, el filibusterismo se considera legítimo toda vez que el poder debe ser contrarrestado frecuentemente por medios no convencionales y este es uno de ellos. El poder que no se controla se desborda y termina convirtiéndose en disonante de la democracia porque si bien es cierto en el concepto formal de democracia se cuenta con que es la voluntad de la mayoría, también lo es que no es democrático pisotear los derechos fundamentales, y, en estos casos, los derechos de un grupo parlamentario que representa a un sector no despreciable (ninguno lo es) de la población.

Ahora bien, cuando las motivaciones del filibusterismo son espurias, deviene ilegítimo, esto es,

cuando simplemente se pretende diferir la aprobación de un proyecto por mero capricho, por disidencias no esenciales, por tratar de proteger intereses de grupos o personales o simplemente para llamar la atención sin otro sentido, puede considerarse que son propósitos ilegítimos y la práctica toma el mismo rumbo. Es ilegítima la práctica parlamentaria que no tiene propósitos válidos ni justificables.

Si, por ejemplo, se discute un proyecto de ley que es de beneficio general o de un importante sector de población (grupos marginados, personas con discapacidad, pobreza extrema, minorías, etc.) puede ser que haya bloques parlamentarios que por razones ideológicas no compartan ese proyecto pero eso no les otorga derecho de obstruir su aprobación. El filibusterismo no fue diseñado para sustituir el debate político. Quienes estén en desacuerdo tienen el deber de estar presentes en el debate y expresar sus disidencias mediante argumentación que exponga las

razones –si las tienen- para su oposición, razones que pueden estar vinculadas a motivos financieros, u otras preocupaciones de Estado, pero no con base en prejuicios u otros argumentos difíciles de sustentar en una discusión de altura.

Desde luego que el mecanismo de obstrucción, cuando es legítimo, tiene resultados positivos: la defensa de ciertos derechos o impedir el abuso y la arbitrariedad de la mayoría de la Cámara que suele caer en la tentación de hacer valer los números por sobre las razones desfigurando el concepto de democracia. Cuando es ilegítimo deja de tener beneficios y se convierte en una práctica nociva sobre todo si se vuelve reiterativa y desnaturaliza la función parlamentaria.

La legitimidad aquí referida es de esencia más que de reconocimiento social, pero también redundan esas prácticas en la pérdida de simpatías ciudadanas cuando son prácticas reiteradas y notoriamente nocivas. Los ciudadanos se percatan que se

ejerce la representación sin propósitos legítimos y sospecha que se trata de estrategias utilizadas simplemente para hacerse visible, ganar protagonismo o para perjudicar la imagen de alguien más y se termina dañando la imagen del Congreso y con ella la imagen de la representación y la democracia representativa.

Desde luego que quienes utilizan esa práctica deben poner en la balanza los beneficios que puede obtener la democracia o los perjuicios que eventualmente le ocasione, más allá de las ventajas personales o partidarias. Después de todo, los diputados no deben olvidar que representan a millones de constituyentes.

El filibusterismo no tendría espacio si la cultura democrática le permitiera a las mayorías entender que no se trata de avasallar con los votos y que si hacen eso de lunes a jueves, pues lo más seguro es que el viernes se encontrarán con medidas de resistencia al abuso y que

pueden manifestarse mediante prácticas obstruccionistas que pueden salir caras, por la debilidad que ocasionan al sistema democrático. La mejor opción es cuidarse de los excesos, contenerse de aplicar las aplanadoras y promover el consenso para procurar armonía en la Cámara.

No se trata de negar que a la hora de votar debe prevalecer la voluntad de la mayoría sino que se hayan agotado todos los procedimientos de negociación y convencimiento para la búsqueda del consenso. Si se ha buscado de buena fe sin éxito, pues procederá a las votaciones con los resultados ya previstos: La mayoría impondrá su voluntad.

### **Filibusterismo judicial.**

Ahora bien, en sede judicial suele practicarse el obstruccionismo con propósitos distintos de los políticos y que más se asocian con la voluntad de las partes y sus abogados de diferir la decisión de los jueces hasta que haya condiciones más favorables para

quien acude a las tácticas retardatorias.

Los motivos son distintos y van desde el ánimo de diferir indefinidamente las decisiones de los juzgadores (cuando hay certeza que cualquier decisión no le será favorable), atrasar los procesos en espera que luego cambien a los titulares del tribunal con la esperanza que otro juez pueda ser más benevolente, ingenuo o susceptible de presiones o simplemente para que al transcurrir el tiempo se pierdan evidencias, se cansen los testigos de cargo, o cualquier otra causa que incluya que una reforma legal le beneficie y le ponga en condiciones de solicitar la falta de mérito, sobreseimiento, clausura o absolución.

El problema cuando el filibusterismo se da en sede judicial es que puede vulnerar el concepto de plazo razonable. Es más, no faltará quién provoque demora de su proceso para luego alegar que no ha sido juzgado en un plazo

razonable y requerir el cierre del mismo.

Y a este respecto debemos decir que hay instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que velan por que los procesos se lleven a cabo en plazo razonable. Y los órganos encargados de aplicar justicia en esta materia han desarrollado criterios jurisprudenciales que nos orientan sobre qué se debe entender por plazo razonable.

Así, el Pacto de San José, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Guatemala es parte, establece en su artículo 8.1 que 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, fiscal o de cualquier otro carácter.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH. Myrna Mack, Sentencia Fondo. Pár. 212), definió al respecto los elementos que deben tenerse presentes para determinar la razonabilidad del plazo. Dice la Corte que debe tomarse en cuenta la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, y también la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Por lo que si hacemos el intento de hacer un examen de los casos que se encuentran bajo control judicial actualmente, antes de hacer valoraciones sobre si se ha o no cumplido con el principio de plazo razonable debemos observar la complejidad del caso (ahora hay procesos en que los imputados son varias decenas, casos que son complejos y hasta han sido calificados de “mega procesos”). Si lo vemos desde el punto de la

actividad procesal del interesado habrá que hacer recuento de recursos, recusaciones, acciones constitucionales, maniobras retardatorias de los procesos como las ausencias por enfermedad, por excusa de los abogados, etc. Y solamente después de ese inventario de incidencias se puede obtener información que lleve a concluir si hay obstruccionismo por parte de los interesados y en ese caso no puede hablarse de violación del plazo razonable por las razones indicadas por la Corte IDH.

Si lo analizamos por la conducta de las autoridades judiciales se debe establecer si los atrasos se pueden atribuir a jueces y otras autoridades (que creo aquí debe considerarse la conducta de los auxiliares de la justicia, como los fiscales que representan al Ministerio Público). Finalmente debe enfocarse de forma racional según la afectación en la situación jurídica.

De conformidad con lo anterior, cuando se hacen valoraciones sobre la prolongación de procesos –que

generalmente se refiere a lo penal porque en los procesos civiles parece haber resignación al respecto- deben tenerse estos parámetros. No es lo mismo un proceso en que se tiene un sindicado de otro en que hay 30. No es lo mismo un proceso sin incidencias procesales que otro con innumerables acciones, recursos y mecanismos obstruccionistas. Esta forma de filibusterismo judicial es injustificable y no solo afecta a las personas sindicadas de la comisión de delitos sino a las víctimas que se les veda el derecho fundamental de acceder a la justicia.

Las consecuencias resultan en una tendencia generalizada a desconfiar en los órganos jurisdiccionales y la sensación de que no hay justicia toda vez que para que esta exista debe ser “pronta y cumplida”, razón por la que muchas veces las personas tienden a evocar otro tipo de soluciones “divinas” que revelan la pérdida de credibilidad del Estado en su función de administrar justicia.

Una consecuencia extremadamente negativa es que esa sensación de desconfianza en los órganos oficiales conduce a la venganza privada que significa retroceder siglos en la forma de resolver conflictos. Los linchamientos derivan de la sensación de indefensión ciudadana en algunas áreas del país que sienten abandono por parte de las autoridades y acuden a sus propios mecanismos más movidos por cuestiones emocionales que racionales. Y aquí es cuando el Estado debe reaccionar y empeñarse en mejorar su presencia en el territorio y en la efectividad de los órganos del sector justicia (jueces, fiscales, etc.).

Esta forma de filibusterismo resulta dramática y debe ser motivo de reflexión de las autoridades y de las partes procesales que, cuando les interesa exigen justicia pronta y cuando le conviene promueve la demora de los procesos mediante estrategias obstruccionistas que

ningún favor hacen a la convivencia y a la efectividad del Estado.

Y es probable que la preocupación por los procesos prolongados motive reformar la ley procesal para ponerle límites en el tiempo de sustanciación. Debe anotarse que cualquier norma que limite los plazos en que deben celebrarse los procesos penales debe establecer la condición que esa delimitación debe hacerse siempre que se tome en cuenta los criterios que determinan el concepto de plazo razonable de manera que no se vaya a terminar motivando el filibusterismo judicial con el solo propósito de agotar los plazos y obtener resultados favorables sin decisión judicial

## UN SIGLO DE CONSTITUCIONALISMO SOCIAL.

*Alberto Pereira-Orozco\**

**Conceptos clave:** constitucionalismo, constitucionalismo liberal, constitucionalismo social, Constitución, Revolución de octubre, cuestión social.

**Resumen:** El presente ensayo tiene por objetivo transmitir noticia sobre las circunstancias que dan origen al constitucionalismo social y sus primeras y principales concreciones, a propósito de su centenario (1917-2017). En razón de ello, se da cuenta del proceso de transición o adaptación que ha experimentado el constitucionalismo de su primer momento liberal o clásico a su etapa social. Se exponen, de forma sucinta, las circunstancias que llevan a su momento de crisis al constitucionalismo liberal y la manera en que este se adapta acogiéndose como sujeto de pleno derecho a las grandes masas de proletarios y campesinos abandonados a su suerte en el contexto de la revolución industrial. También se pasa revista al New Deal norteamericano, a la Constitución del Estado de Guatemala de 1945, a la Declaración Universal de Derechos Humanos, y se da una brevísima reflexión respecto de la situación actual del constitucionalismo social.

«El constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna, y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar».

—Carl J. FRIEDRICH: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*

\* Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Los Altos (Cepcla); miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Guatemala; miembro fundador de la Academia Quetzalteca de Constitucionalistas y exdirector de su Unidad Académica, y docente universitario en el nivel de posgrado. Contacto: albertodepereira@gmail.com.

## I. Liminar

**D**e forma general, podemos identificar el constitucionalismo como un proceso histórico e ideológico, de carácter formalmente jurídico y sustancialmente político y económico. No estamos, como lo sentenciará FIORAVANTI, ante una herencia pacífica ni una tradición ininterrumpida: *nunca ha existido «un» constitucionalismo, sino que han existido «varias» doctrinas de la constitución, con la intención, siempre recurrente, de representar en el plano teórico la existencia, o la necesidad, de una constitución, de un ordenamiento general de la sociedad y de sus poderes.*<sup>46</sup>

Al ser un proceso histórico, es común que los antecedentes del constitucionalismo sean rastreados

hasta Grecia y Roma.<sup>47</sup> Pero debe tenérselos como tales, como procesos que antecedieron al constitucionalismo cuya data de manufactura es propia de la modernidad. Tres grandes procesos políticos dan cuenta de su origen: *la Revolución Gloriosa* (Inglaterra, 1688), *la Revolución norteamericana* (1776) y *la Revolución francesa* (1789). Siendo un gran hito dentro de sus antecedentes, claro está, *la Carta Magna* de 1215, *los fueros españoles* de los siglos XI y XII, y las diferentes declaraciones de derechos que antecedieron a estas tres grandes revoluciones (*Agreement of the people* 1647-1649, *Instrument of Government* 1653, *Bill of Rights* 1689, etc.).

El carácter ideológico del constitucionalismo queda evidenciado en sus dos más

---

<sup>46</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Segunda reimpresión. Madrid, España, Trotta, 2011, página 12.

<sup>47</sup> Cf. SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. *Derecho Constitucional*. Séptima edición.

México, Porrúa, 2002, página 49; MCILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, página 65.

relevantes momentos: en su nacimiento, impulsado por el pensamiento liberal que albergaba los intereses y expectativas de la clase burguesa; luego, con el surgimiento también traumático del constitucionalismo social, que es impulsado por los reclamos sociales de las grandes masas de trabajadores y campesinos explotados. En el ámbito económico, el constitucionalismo también resulta ser la concreción normativa de un modelo económico específico. Sin duda, el documento que inaugura el constitucionalismo como tal es la Constitución de los Estados Unidos de América (1787), a la cual se sumarían las Constituciones francesas de 1791 (monarquía constitucional), 1793 (república), y 1795 (directorio).

---

<sup>48</sup> MCILWAIN, op. cit., página 46.

<sup>49</sup> Entendiendo la modernidad como la que emerge en el siglo XV pero que en el ámbito político y jurídico se concreta con las grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, la norteamericana y la francesa.

<sup>50</sup> Esta apreciación negativa del antiguo régimen coincide con la concepción que los

La idea fundamental que apareja el constitucionalismo es la de límite al ejercicio del poder. Así lo explica MCILWAIN al destacar este distintivo imprescindible: *El rasgo característico más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo continúa siendo, como ha sido casi desde el comienzo, la limitación del Gobierno por el Derecho.*<sup>48</sup>

El constitucionalismo, al igual que otros conceptos que necesariamente se le aparejan; como el de *Constitución, poder constituyente y democracia representativa*; es un concepto particularmente moderno<sup>49</sup> y, como tal, liberal. Este se engendra como una respuesta necesaria en contra del Estado absolutista en donde la potestad del monarca era casi absoluta<sup>50</sup> y, en

liberales burgueses clásicos tenían del mismo. Sin embargo, más recientemente, es común que las posturas libertarias (minarquistas y anarcocapitalistas) destaquen que, durante dicho período el monarca estaba sujeto a la tradición, a la costumbre, formada y ratificada por una práctica de siglos. Siendo que el nuevo régimen, basado en el Derecho positivo,

consecuencia, los derechos de los súbditos eran escasos e ineficaces. Es por ello que el constitucionalismo se postula con un particular fin: limitar el poder del gobernante. Estableciendo para ello un mínimo de derechos que este, el gobernante, no podrá arrebatarse a los ciudadanos y, derivado de ello, determina que la actuación del primero debe estar enmarcada en ley, en la Constitución, cuerpo normativo este último, que somete por igual a gobernantes y gobernados.

«El constitucionalismo cierra el ciclo de la arbitrariedad gubernativa: reconoce que el individuo y la sociedad son fines en sí mismos y trata de asegurar el cumplimiento de esos fines mediante normas debatidas

---

representaría un riesgo mayor para los derechos de los individuos pues el cambio radicaría en la caprichosa voluntad de los representantes.

<sup>51</sup> FIORINI, Bartolomé A. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. La Plata, Argentina, Editorial Universidad de La Plata, 1946, página 464.

<sup>52</sup> FRIEDRICH, Carl J. Teoría y realidad de la organización constitucional

públicamente y alquitaradas por la razón y la justicia».<sup>51</sup>

«El constitucionalismo es probablemente el mayor resultado conseguido por la civilización moderna, y poco o nada del resto de esa civilización es concebible sin aquél. Bajo él, por primera vez en la historia humana, se ha conseguido para el hombre corriente un cierto grado de libertad y bienestar».<sup>52</sup>

«El constitucionalismo es «una tendencia política de someter el Estado al Derecho».<sup>53</sup>

«Se suele llamar constitucionalismo a la teoría y la práctica de los límites del poder».<sup>54</sup>

Con base en la diversidad de conceptos y elementos expresados, entendemos que el constitucionalismo *es una tendencia sociopolítica cuyos objetivos principales son a) dotar a*

democrática. México, (s.e.), 1946, página 10.

<sup>53</sup> BORJA, Rodrigo. Derecho Político y Constitucional. Primera reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica, 1992, página 309.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política. Segunda edición. México, Fondo de Cultura Económica, 1989, página 139.

*los Estados de una Constitución escrita; b) hacer valer la supremacía de dicha Constitución; c) reconocer los derechos inherentes a la persona; y d) estructurar al Estado y someterlo, junto con sus autoridades, al Derecho.*

Así entendido, la evolución del constitucionalismo permite determinar que desde sus inicios hasta la fecha actual; un poco más de dos siglos, con la Constitución de los Estados Unidos de América (1787-1788) y las Constituciones de Francia de 1791, 1793 y 1795 (particularmente la de 1793), a las que le precedieron sendas revoluciones; ha atravesado por las siguientes manifestaciones: a) el **constitucionalismo liberal** o clásico, que se destaca por la consagración de los derechos individuales; b) el **constitucionalismo restaurador**,

que buscó restaurar los regímenes monárquicos conciliando la institución de la Corona con los límites al poder y la representatividad, instaurando para ello las monarquías constitucionales; c) el **constitucionalismo social**, que postula que los derechos individuales deben ceder cuando estén en conflicto con los derechos sociales; d) el **neoconstitucionalismo**, que postula que «la constitución es garantizada por los jueces e instituye la ponderación como mecanismo último de su aplicación»;<sup>55</sup> y e) El **nuevo constitucionalismo latinoamericano** que busca *establecer mecanismos de legitimidad y control sobre el poder constituido mediante, en muchos casos, nuevas formas de participación vinculantes.*<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá, Colombia, I.E.C., 2006, página 12.

<sup>56</sup> VICIANO PASTOR, Roberto et al. Estudios sobre el nuevo

constitucionalismo latinoamericano. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2012, página 45

Si bien esta taxonomía no es seguida o aceptada de forma pacífica en su totalidad, ninguno de los tratadistas a los que se ha tenido acceso deja de exponer y analizar el constitucionalismo social como una etapa de desarrollo y readecuación del constitucionalismo liberal o clásico y, según sea el contexto geográfico que sea objeto de estudio, también se le tiene como un rompimiento con el constitucionalismo burgués (tal es el caso del constitucionalismo marxista).

El constitucionalismo social se desarrolla, en su visión filosófica, particularmente en el siglo XIX, y alcanza su positivización en la segunda década del siglo XX, con tres grandes procesos revolucionarios (México, Rusia, Alemania) que producen sendos documentos constitucionales. Si el constitucionalismo social es la adaptación y/o respuesta al constitucionalismo liberal o clásico, primero se dará cuenta de

los aspectos generales del constitucionalismo liberal.

## **II. Constitucionalismo liberal o clásico**

Esta primera etapa del constitucionalismo, denominada por Néstor Pedro SAGÜÉS como constitucionalismo individualista o liberal, se desarrolla durante los siglos XVII, XVIII y XIX, y está al servicio del tercer estado (llamado también *estado llano*, o *burguesía*: comerciantes, industriales, profesionales, clase media alta) que, a partir del siglo XVII, triunfa sobre el primer estado (el rey, la aristocracia) y el segundo estado (el clero).

«El grupo humano promotor, columna y beneficiario inicial de este importante tramo del movimiento constitucionalista, por quien (y para quien) se hizo la constitución, será el *tercer estado*, *estado llano* o *burguesía*. Al revés del *primer estado* se integró con los sectores *no privilegiados* o *comunes*

(de ahí la denominación de *estado llano*)»<sup>57</sup>.

Del continente europeo, especialmente de Inglaterra y Francia, el constitucionalismo liberal se traslada a América, específicamente a las colonias inglesas establecidas en el norte del continente, y su mayor fruto es la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Los ideales del constitucionalismo liberal son reseñados por NARANJO MESA: 1) dotar a los Estados de una Constitución; 2) la división de poderes; 3) consagrar y garantizar los derechos individuales y las libertades públicas; 4) el traslado de la soberanía al pueblo; 5) fijar límites y controles al ejercicio del poder; y 6) consagrar, de modo particular, el derecho de propiedad como un derecho natural de la persona, no sujeto a limitaciones por el gobernante.<sup>58</sup>

Las bases ideológicas del constitucionalismo liberal dejan en claro que responden a una visión y a intereses de una clase social que necesitaba vencer al *ancien régime* que le impedía crecer y garantizar sus derechos: a) *sociedad posesiva de mercado*, todo tiene su precio y puede venderse; b) *derechos naturales preexistentes*, el Estado existe para garantizar la propiedad a sus habitantes; c) la existencia de un orden natural para la economía y la intervención mínima del Estado; d) la idea de nación como sujeto y titular del poder constituyente; e) representación política con base en la riqueza; para ser representante es usual requerir cierta cuota de riqueza; f) división de los ciudadanos en categorías; ciudadanos activos serían los hombres ilustrados y con renta conocida, y los ciudadanos pasivos, los pobres y empleados, a quienes

---

<sup>57</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004, página 8.

<sup>58</sup> Cf. NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Públicas. Décima edición. Bogotá, Colombia, Temis, 2006, página 45.

se les podía restringir sus derechos electorales.<sup>59</sup>

### III. Crisis del constitucionalismo liberal

El primer constitucionalismo emerge en un escenario en el que el denominado tercer estado, del cual formaba parte la burguesía emergente, lleva al cadalso al régimen monárquico y absolutista, al menos en el caso francés. Transcurrido más de un siglo de ese primer constitucionalismo, es una nueva clase social la que se ha formado y cobrado conciencia de tal. El nuevo sujeto de la historia es el trabajador asalariado que, a su vez, es hijo del proceso de industrialización que se desarrolló en Inglaterra, Alemania y Francia. Surge así el cuarto estado o clase social: *el proletariado*, y se configura un nuevo modelo constitucional que albergará en gran medida los reclamos del cuarto estado: *el constitucionalismo*

*social*. Otras sociedades dieron especial realce a este movimiento constitucional, pese a no estar industrializadas y, en consecuencia, no estar constituido el proletariado como clase social, este espacio lo ocuparon los campesinos y sus reclamos por la tierra, tal fue el caso de la Rusia zarista y del México del *porfiriato*.

Si bien el constitucionalismo liberal aporta grandes cambios e instituciones para la limitación del poder y derechos individuales, la promesa de *libertad, igualdad y fraternidad* no alcanza a las masas, a los grandes segmentos de la población que constituirían el *cuarto estado* (trabajadores y campesinos): *paradójicamente, los tres ideales supremos del constitucionalismo liberal-individualista, enunciados al producirse la Revolución francesa (libertad, igualdad, fraternidad), quedaron desvirtuados por*

---

<sup>59</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Manual de derecho constitucional. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2007, páginas 5 y 6.

*aplicación del propio sistema jurídico-político que los proclamaba*<sup>60</sup>. La *cuestión social* pone en evidencia el carácter clasista de este primer constitucionalismo. Esto lo resume SÁNCHEZ BRINGAS, así:

«El Estado liberal-individualista provocó severas injusticias sociales y enormes contradicciones internacionales. Unos cuantos países recibían la mayor parte de la riqueza generada en el mundo, sin que este hecho propiciara la elevación de los niveles de los estados que, por su atraso científico y tecnológico, solo podían ofrecer su riqueza natural y la fuerza de trabajo de sus hombres y mujeres. Se formaron grandes empresas que controlaban la industria y el comercio por doquier. Aparecieron amplios sectores de proletarios con la pretensión de transformar sus condiciones de vida a través de la organización de sindicatos y partidos políticos; en el campo el campesino se encontraba bajo sistemas semejantes a los del feudalismo: acasillamiento, tiendas de raya, despojo de tierra y carencia de derechos civiles y políticos».<sup>61</sup>

Los principales factores que hicieron que esta clase emergente, el *cuarto estado*, se cuestionara sobre su sistema político y normativo fueron que sus Constituciones tenían en el campo práctico un beneficiario casi exclusivo: los miembros de la burguesía; esto es, los grandes industriales, los empresarios y banqueros, los terratenientes ahora convertidos en poderosos agro-productores. La propiedad privada emergió como un derecho sagrado, incuestionable, e inaccesible para las grandes masas de campesinos sin tierra. Este régimen legitimaba la injusticia social y evidenciaba lo falaz de su propuesta democrática.

«El auge del maquinismo y del industrialismo en el siglo XIX provocó numerosas tensiones sociales. Basta recordar cuando a mediados de aquel siglo, las trade unions inglesas y los sindicatos alemanes y franceses lucharon para mejorar las condiciones sociales de los trabajadores que por una magra paga laboraban en condiciones

---

<sup>60</sup> *Ibíd.*, página 8.

<sup>61</sup> SÁNCHEZ BRINGAS, *op. cit.*, página 75.

infrahumanas. De ahí que el constitucionalismo social sea una continuación del clásico, donde los estados modernos van sustituyendo las constituciones de corte liberal, mediante la incorporación de cláusulas económico-sociales, expresando que los derechos individuales debían ser limitados en interés de toda la sociedad. Así, los nuevos titulares de los derechos sociales son los anteriormente postergados; esto es, los trabajadores, su familia, los menores y mujeres, los ancianos, etcétera».<sup>62</sup>

Los factores antes enumerados y la ilimitada explotación del hombre en beneficio del capital, harían irresistible la presencia de un problema capaz de romper cualquier estructura estatal: la  *cuestión social*. Como sabemos, el Derecho, en momentos de crisis debe dar muestra de suma flexibilidad, si es que desea sobrevivir a los cismas sociales (BODENHEIMER). Hasta el mismo liberalismo se reconfigura en el denominado neoliberalismo, y

con este emerge el reconocimiento de la existencia de necesidades colectivas de tipo impostergable y de la noción de la  *economía social de mercado*.

Así, enarbolando la bandera de un nuevo orden social que limite los excesos del individualismo, o inclusive los destruya, surge el socialismo (con sus múltiples versiones: sindicalismo, solidarismo, socialcristianismo, marxismo, anarquismo, corporativismo, etcétera), como respuesta a la inoperancia del modelo liberal. Entre las constituciones que se consideran como modelos paradigmáticos del constitucionalismo social podemos mencionar:

—La Constitución de Querétaro (México, 1917), concreción de la Revolución de 1910;

—La Constitución de la República Socialista Federativa de los Soviets

---

<sup>62</sup> ARMAGNAGUE, Juan F. Manual de Derecho constitucional. Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1985, página 60.

(Rusia, 1918), concreción de la Revolución de octubre de 1917 y, particularmente, la Constitución de la Unión Soviética de 1936 (conocida como la Constitución de Stalin), y

—La Constitución de Weimar (Alemania, 1919), concreción de la Revolución de 1918.

#### **IV. Constitucionalismo social**

Lo que en este ensayo denominamos *constitucionalismo social*<sup>63</sup> engloba, en su acepción más amplia, al *constitucionalismo neoliberal-social*, al *constitucionalismo marxista*, y al *constitucionalismo corporativo*, y en su concepción particular al primero. Los fundamentos de esta nueva etapa del constitucionalismo se ubican en el liberalismo católico y el socialismo, que a su vez tienen como centro al proletariado y al campesinado, y su situación social consecuencia de la revolución

industrial (*la cuestión social*). Según sea la manifestación particular que se analice, el constitucionalismo social es una respuesta urgente ante la inminencia de un estallido social cuyas raíces se encuentran en la situación de pauperización, abandono y mala calidad de vida, a la que se encuentra sometida gran parte de la población de Europa (y América) en el siglo XIX (y XX).

El constitucionalismo social surge para proteger a un nuevo sujeto, al cuarto estado, el proletariado (y al campesinado). Pretende instaurar un orden económico distinto o, cuando menos, moderar los abusos del modelo liberal. Para ello reorientará la función de la propiedad y de la economía, haciendo prevalecer el interés social sobre el particular, teniendo como principal sujeto tutelado al trabajador al cual reconoce (u otorga) una serie de derechos que le

---

<sup>63</sup> BADENI da cuenta de que, al menos en nuestra región, fue Segundo LINARES QUINTANA quien acuña este término.

permitan existir con un mínimo de dignidad como persona.

Así entendemos que el **constitucionalismo social** es una corriente sociopolítica que incorpora sendas cláusulas sociales (derechos económicos, sociales y culturales) a los textos constitucionales, en pie de igualdad con los derechos civiles y políticos de la persona (propios del constitucionalismo clásico). Su techo ideológico hace prevalecer el interés social sobre el particular y, sobre la base de la justicia social, reasigna los roles de la economía, la propiedad y el trabajo, obligando al Estado a promover el bien común.

Los derechos sociales (económicos, sociales y culturales), siguiendo las ideas de Michele ZEZZA, *son derechos a un mínimo que debe ser judicialmente garantizado porque está destinado a atender necesidades individuales básicas cuya satisfacción es, por lo mismo, indispensable para el Estado de Derecho. // Su finalidad principal*

*consiste en la neutralización de las desigualdades materiales, es decir, evitar que la falta de reconocimiento de determinadas necesidades básicas (salud, pobreza, desempleo, etc.) impida el pleno desarrollo de la persona humana y su participación en la vida social en un terreno de igualdad sustancial.*<sup>64</sup>

Tres documentos constitucionales inauguran la etapa del constitucionalismo social, etapa que se inicia con la *Constitución de Querétaro* (México) y es seguida por la *Constitución de los Soviets* (Rusia) y la *Constitución de Weimar* (Alemania).

En 1910 se inicia el movimiento armado de la **Revolución mexicana**, a causa de las condiciones sociales, económicas y políticas generadas por la permanencia de Porfirio DÍAZ en el poder por más de 30 años. Este movimiento es justamente el contexto en el que se promulga la **Constitución de 1917** que rige en

---

<sup>64</sup> ZEZZA, Michele, Teoría jurídica de los derechos fundamentales. Los derechos sociales en el constitucionalismo

contemporáneo. Lección 2. Madrid, España, Fundación Gregorio Peces-Barba, 2018, páginas 1 y 4.

México hasta la fecha. Como sentenciara SÁNCHEZ BRINGAS: *correspondió a México iniciar la transformación del constitucionalismo y del Estado-liberal individualista al social*<sup>65</sup>. La Constitución de 1917 reunió los ideales revolucionarios del pueblo mexicano, y por su contenido social ha sido definida como la primera Constitución social del siglo XX en el mundo. La nueva Constitución incluía una gran parte de los ordenamientos de la de 1857, especialmente lo referente a los derechos humanos, ya como *garantías individuales*. La forma de Gobierno siguió siendo republicana, representativa, demócrata y federal; se refrendó la división de poderes en Ejecutivo, Judicial y Legislativo; este último dejó de ser unicameral para dividirse en cámaras de diputados y senadores.

En lo que respecta a la **Revolución rusa de 1917**, la misma abolió la autocracia zarista e implantó un

régimen socialista en el antiguo imperio de los zares. Durante el transcurso de la Primera Guerra Mundial se produjo en Rusia una revolución que marcó un cambio fundamental en la política internacional. La revolución comunista de 1917 dio lugar a la conformación de un mundo totalmente distinto al liberal-capitalista del que se encontraba vigente. Mediante su Constitución de 1918 se instaura un nuevo régimen político, económico e ideológico, basado en la dictadura del proletariado y el establecimiento progresivo del socialismo. Con ese fin nacionaliza la propiedad sobre la tierra, separa a la Iglesia del Estado y concede autodeterminación a las distintas nacionalidades que conformaban el antiguo imperio ruso. Además, postuló un Estado uniclasista y unipartidocrático. A la Constitución de 1918 le seguirían las Constituciones de 1924, 1936 y 1977. La Constitución de 1936 es la

---

<sup>65</sup> *Ibíd.*

de mayor data durante el régimen soviético y la que mejor encarnaría el modelo de constitucionalismo marxista. Con 146 artículos, es en su Capítulo X: *Derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos* (artículos 118 a 133), en el que se alcanzan las más importantes conquistas sociales: derecho al trabajo, descansos laborales, jornada laboral de siete horas, asistencia económica por vejez, enfermedad, incapacidad, recreación, educación gratuita, acceso a la cultura, iguales derechos para el hombre y la mujer en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política, vacaciones pagadas en caso de parto, asistencia materna, etc.

La Constitución de **Weimar** fue promulgada el 11 de agosto de 1919, y respetó algunos de los logros demandados por la revolución, entre ellos: seguros sociales, jornada laboral de ocho horas, elección de consejos de empresas con participación directa

de los obreros, el derecho al voto de las mujeres, y **reconoce por primera vez que los hombres y las mujeres son iguales en derechos y obligaciones**. Esta Constitución sirvió de referencia para diversas constituciones europeas. Mediante la misma se instaura un sistema republicano de Gobierno de carácter democrático y parlamentario. En ella se incluyen derechos económicos y sociales. La situación de inestabilidad económica y social, producto de las duras cargas económicas, políticas, militares y territoriales impuestas a Alemania por el *Tratado de VERSALLES*, así como el gran pluripartidismo existente, posibilitaron el ascenso y toma del poder por el nazismo, que puso fin al régimen constitucional con la *Ley habilitante* del 24 de marzo de 1933, aunque formalmente la Constitución de Weimar permaneció vigente siendo derogada hasta 1945, con el fin de la Segunda Guerra Mundial.

## V. Bases ideológicas del constitucionalismo social

El constitucionalismo social parte de bases ideológicas distintas al constitucionalismo liberal, buscando romper lo que dicho modelo hegemónico estableció como «lo correcto». Si bien el *constitucionalismo social* fue revolucionario en muchas de sus manifestaciones, e hizo cambiar el modelo de Estado y de Gobierno en algunas sociedades, este no implicó un divorcio con el constitucionalismo liberal (salvo el caso del *constitucionalismo marxista o socialista*), pues guarda buena parte de sus postulados, con la diferencia de que pone especial énfasis en su eficacia y en su orientación hacia la colectividad. Con este entendido, se concluye que la orientación ideológica del *constitucionalismo social se puede resumir en la búsqueda de la justicia social y en la prevalencia del interés social sobre el*

*individual*. Sus bases ideológicas son las siguientes:

### «Concepto positivo de libertad.

La libertad, para ser considerada como tal, debe implicar la posibilidad real de su ejercicio. Uno de los ejemplos básicos y que cuestiona una de las falencias del constitucionalismo liberal es el del derecho a la propiedad, que bajo esta nueva concepción, no solo implica la libertad de adquirirla sino, a su vez, el que los ciudadanos posean los medios para ello. De lo contrario, dicha libertad continúa siendo exclusiva de la burguesía.

**Concepto sustancial de la igualdad.** Este implica la intervención del Estado para evitar desigualdades profundas en el seno de la sociedad. Así, no basta con enunciar que todos somos iguales ante la ley; es necesario propiciar dicha igualdad aun creando ciertas desigualdades que permitan, a la postre, una igualdad relativa entre los sujetos». <sup>66</sup>

«**Participación política.** Incorpora la idea de *democracia participativa* a la democracia representativa, otorgándole mayor participación a la ciudadanía, la cual no se limita a la simple elección de autoridades, sino que conlleva la intervención en

---

<sup>66</sup> SAGÜÉS, Manual de Derecho Constitucional, página 10.

decisiones políticas y económicas de trascendencia social.

**Dignificación —ética y política— del trabajo y de los trabajadores.** Reconoce la importancia del cuarto estado dentro de la sociedad, estableciendo el trabajo como un derecho-deber. Se reconoce el derecho a organizarse y a la huelga de los trabajadores. Además, al ser los trabajadores una clase social y reconocerse el sufragio universal, estos adquieren un *estatus político*, impensable en el *constitucionalismo liberal*». <sup>67</sup>

**«Función social de la propiedad.** Con esta base se elimina la concepción exclusiva y tan defendida de la propiedad privada como un derecho inalienable (sagrado). Ahora, la propiedad privada que cumple o pueda cumplir fines sociales debe satisfacer dichos fines anteponiéndolos al interés particular. **La dignidad de la vida, meta gubernativa.** No basta con que el Estado garantice el derecho a la vida; esta debe conllevar el acceso a la satisfacción de necesidades básicas como salud, vivienda, educación, etcétera. Se salta del *Estado gendarme* al *Estado de bienestar*. En este último el Estado no abandona a su suerte a sus

habitantes, sino asume la obligación de garantizarles una vida digna». <sup>68</sup>

**«La solidaridad como deber jurídico.** Esencialmente establece la prevalencia del interés social sobre el particular. Todos los individuos poseen derechos, pero estos encuentran su límite en los derechos de los demás. **Justicia social.** Este término viene a sustituir al de simple justicia, que veía en el cumplimiento de las normas su concreción. Busca proteger o tutelar a los menos favorecidos nivelándolos en pro del bien común. **Intervención estatal.** Esta última base es la que permite, en buena medida, el logro de las anteriores, ya que para ello el Estado debe pasar de un estado pasivo a uno interventor. Así, el papel del Estado es decisivo en los aspectos social y económico. El proteccionismo, el *intervencionismo*, la *economía dirigida* y la *planificación* son consecuencias posibles de tal actitud». <sup>69</sup>

## VI. Contexto nacional e internacional

Como ya se indicó, en el ámbito internacional acontecían grandes cambios que reencauzaban y, en

<sup>67</sup> *Ibíd.*

<sup>68</sup> *Ibíd.*, páginas 10 y 11.

<sup>69</sup> *Ibíd.*, página 11.

algunos casos, daban un giro total a las relaciones sociales en los Estados occidentales (la *Revolución mexicana*, la *Revolución bolchevique*, y la *Alemania de Weimar*) vienen a dar un giro a las relaciones sociales. Sin embargo, en Guatemala, los dictadores de turno cumplen con postergar, o *detener el tiempo*. Nos quedamos rezagados en estos avances en materia de derechos sociales, salvo el intento fallido de la Constitución Política de la República de Centroamérica (1925) que albergaba ya derechos sociales, debimos esperar.

Como Estado recibimos el apoyo de la comunidad internacional que, como nunca, tendría fincados fuertes intereses económicos en el país; intereses que se hacen más grandes luego de la *Gran Guerra* (1914-1919), pues estarán buscando destinos seguros para la inversión de sus capitales. Increíblemente, es con los gobiernos de corte dictatorial, particularmente el de ESTRADA

CABRERA, con los que el Estado de Guatemala alcanza un mejor y mayor grado de presencia internacional. Todo el mundo occidental está pendiente de lo que pasa en esta *banana republic*.

La *Segunda Guerra Mundial* hace que los cambios que han sido largamente postergados en Guatemala tengan una oportunidad. Se maneja el discurso por parte de las potencias mundiales de promoción de la democracia y se busca estabilizar a la región centroamericana. Ya no se desean más dictadores, se buscan democracias que den algún grado de estabilidad a las inversiones en estos países que han pasado a ser bananeros. Pero la tolerancia con la apertura democrática pronto acabará al conocer las medidas de los gobiernos de la *Revolución de octubre*.

La *Revolución de octubre* (1944-1954) se erigió como un proceso que reorientaría a profundidad las relaciones de poder en la sociedad de Guatemala durante una década.

Se emite amplia legislación, tanto constitucional (Constitución de 1945) como ordinaria, que acoge profundas garantías sociales: trabajo, salario mínimo (su fijación periódica e inembargabilidad), igualdad de salario, seguridad social, jornadas de trabajo, período de vacaciones y descansos, derecho a huelga y paro, trabajo de mujeres y de menores, indemnización por despido, acceso a servicios de salud públicos y gratuitos, acceso efectivo a la tierra, amplios procesos de autonomías (municipal, universitaria, judicial, etc.), el reconocimiento de la propiedad privada con una función social, la prohibición de latifundios, derechos políticos, y un largo etc., marcaron nuestro ingreso efectivo al constitucionalismo social. Cambios que, destrozada la *primavera democrática*, quedarían la mayoría en normas, pero que pasarían a ser no efectivos con la *contrarrevolución* de 1954 y su Constitución de 1956. Sería hasta el proceso constituyente de 1984-85, con la Constitución de 1985, que

retornaríamos a los fundamentos del constitucionalismo social, fuertemente limitados por un techo ideológico que resulta de una rara mezcla entre postulados liberales, sociales y democráticos.

## **VII. El constitucionalismo social un siglo después. Breve reflexión**

Si bien en este ensayo solo se pretende dar cuenta del nacimiento del constitucionalismo social y no incursionar en un detalle de su desarrollo muchas veces azaroso en la historia mundial, es prudente informar de algunas de sus concreciones entre 1917 y 2017. Amén de disipar lo que nos venden los medios de comunicación masiva, estimo prudente citar las concreciones del *constitucionalismo social marxista*. Si bien tras la Revolución rusa se emite la Constitución de 1918, a la misma le suceden la Constitución de 1924 y la de 1936. Como ya fue detallado, esta última reconoce amplios derechos sociales. Un informe de la Organización

Mundial de la Salud de 1963 nos sirve de fuente para conocer los alcances de este modelo en materia de salud.

«Los servicios sanitarios actuales de la URSS son el resultado de cuarenta años de evolución, experiencias e investigaciones. La complicada estructura resultante de esta evolución comprende gran número de instituciones y elementos funcionales estrechamente relacionados entre sí, que forman un sistema unificado que se extiende a todas las disciplinas sanitarias y cuyas ramificaciones alcanzan a todos los centros de población que constituyen las 15 repúblicas de la Unión, llegando hasta las más pequeñas y remotas aldeas y zonas agrícolas. Lo fundamental de esta estructura es la fuerte centralización de la planificación y de la inspección, junto con la descentralización casi total de las actividades ejecutivas y operativas, lo que permite que cerca del 90% de los problemas planteados se resuelvan en el terreno sin comprometer por ello la unidad de

los métodos y de los conceptos fundamentales».<sup>70</sup>

No es exagerado afirmar que esas primeras cuatro décadas del constitucionalismo social soviético servirían de insumo para los modelos que, como válvula de escape, plantearían las socialdemocracias occidentales. El *New Deal* es un buen ejemplo de ello. Un repaso a la *Segunda Carta de Declaración de Derechos (Second Bill of Rights)* de Franklin Delano ROOSEVELT (EUA, 1944) bastará para confirmar esta aseveración. En la misma se reconocía la necesidad de aparejar a los derechos individuales, de forma efectiva, el derecho al *trabajo*, a un *salario suficiente para disponer de comida, ropa y recreación adecuadas*, el *derecho de las familias a una vivienda*, el *derecho a asistencia médica adecuada*, el *derecho a una vejez sin penurias*, el

---

<sup>70</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Los Servicios Sanitarios de la URSS. Informe redactado por los

participantes a un viaje de estudios organizado por la Organización Mundial de la Salud. Ginebra, Suiza, OMS, 1963, página 9.

*derecho a una buena educación,* entre otros.

«Ahora tenemos el deber de trazar los planes y de definir la estrategia para hacer más que ganar la guerra. Es hora de comenzar a planificar y determinar la estrategia para lograr una paz duradera y establecer un nivel de vida americano superior a cualquiera que hayamos conocido.

Esta República tuvo sus inicios, y llegó a su actual poderío, bajo la protección de ciertos derechos políticos inalienables, entre ellos el derecho a la libre expresión, a la libertad de prensa, a la libertad de cultos, al juicio mediante jurados, a la inmunidad contra registros o incautaciones sin causa razonable. Eran nuestros derechos a la vida y a la libertad.

Hemos llegado, sin embargo, a una comprensión más clara de que la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económicas. Los hombres necesitados no son libres. Las personas que tienen hambre, las personas que no tienen trabajo, son la materia prima de la que están hechas las dictaduras».<sup>71</sup>

Con el impulso del mismo ROOSEVELT, un mes después del fin de la Segunda Guerra Mundial, se llega al acuerdo de crear las Naciones Unidas (nombre acuñado precisamente por dicho presidente). En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (la región ya había hecho lo propio el mismo año, incluso de forma más completa, con la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* del 2 de mayo). En dicha declaración se alojan las conquistas del constitucionalismo social que le permiten vivir aun luego de la arremetida mundial del neoliberalismo en las décadas de 1970 y 1980, que se consolidaría casi como modelo hegemónico con la *caída del comunismo* (URSS, 1991) y con la imposición del *Consenso de Washington* (1990) en nuestra región.

---

<sup>71</sup> ROOSEVELT, Franklin Delano. Segunda Carta de Declaración de

Derechos. (Second Bill of Rights). EUA, 1944.

## **Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)**

**Artículo 22.** Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...

**Artículo 23.** 1. Toda persona tiene derecho al trabajo... 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

**Artículo 25.** 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios... 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

**Artículo 26.** 1. Toda persona tiene derecho a la educación...

El trecho histórico recorrido por el constitucionalismo social ha implicado diversos obstáculos, mismos que van desde su rechazo teórico, al no ser reconocidos como plenos derechos, pasando por el aspecto político (pese a estar reconocidos constitucionalmente el Estado no ha asumido su responsabilidad en su tutela efectiva), hasta el aspecto material o económico, pues si bien todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) implican necesariamente la intervención del Estado, la atención en recursos resulta mayor con los derechos sociales (lo cual, como se verá, no es aplicable a todos estos derechos), llegando en muchos casos a un mínimo de cumplimiento.

«El déficit de protección que afecta a los derechos sociales ha servido de sustento a la tesis de que no se pueden considerar derechos en sentido jurídico o que no pueden serlo mientras que no sean judicialmente exigibles, o que son derechos sobre papel porque ni siquiera son susceptibles de garantía jurisdiccional en cuanto no se

encuentra bien determinado a qué ni a quién obligan». <sup>72</sup>

«Fernando ATRIA afirma que los derechos sociales, a diferencia de los derechos de libertad, no pueden simplemente ser atribuidos a los individuos [de] una vez por todas, sino requieren una acción constante por parte del Estado. Los derechos sociales, en este sentido, reflejan la necesaria dimensión social del ser humano y constituyen una especie de “injerto anómalo” dentro del “derecho burgués” tradicional». <sup>73</sup>

«Si bien muchos derechos sociales requieren en ocasiones grandes inversiones —tanto financieras como humanas— para garantizar su pleno disfrute, hay múltiples dimensiones de estos derechos que sólo exigen que el Estado se abstenga de interferir; como respetar la libre conformación de sindicatos, la libre elección del trabajo, no sobreexplotar los acuíferos, etc. Paralelamente, los derechos civiles y políticos, aunque abarcan libertades individuales que el Estado debe abstenerse de limitar o vulnerar, también requieren inversiones financieras y humanas para lograr su plena efectividad. Por ejemplo, exigen cierta infraestructura, como un sistema de

justicia que funcione, un sistema penitenciario que respete condiciones de vida mínimas para las personas reclusas o un sistema electoral en que se respete el voto y exista equidad entre las y los participantes». <sup>74</sup>

Queda entendido que la tutela de todo derecho exige de la intervención positiva del Estado por medio de sus instituciones y de su presupuesto, teniendo claro que unos derechos exigirán más que otros de dicho presupuesto, pero siempre lo harán. En cuanto a la tutela judicial de los derechos sociales, los argumentos planteados en contra de su posibilidad de eficacia y tutela por parte de los entes jurisdiccionales, existen suficientes casos concretos en todo el mundo que pueden contraponerse a dicha postura.

La jurisprudencia ha evidenciado que en la tutela de los derechos sociales los tribunales constitucionales, para armonizar estos derechos con el resto del texto

---

<sup>72</sup> ZEZZA, Ob. Cit., páginas 5 y 6.

<sup>73</sup> *Ibíd.*, página 11.

<sup>74</sup> *Ibíd.*, página 16.

constitucional, han debido acudir a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto último tiene como fundamento la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán

(*Bundesverfassungsgericht*) del 03/08/1972, por medio del cual se establece el criterio según el cual *el Estado puede garantizar únicamente los servicios que el individuo puede razonablemente pretender de la sociedad* mismo que sumado a la aplicación directa de los principios constitucionales, como se verá, ha sido seguido por otros tribunales constitucionales y ha tenido diversas implicaciones.

**Sudáfrica.** «Emblemática, en este sentido, es la sentencia de la Corte sudafricana sobre el caso *South Africa v. Grootboom*, B.C.L.R. 1169, 2000. En este pronunciamiento la Corte sancionó la obligación, por las instituciones gubernamentales, de garantizar el derecho a la casa a través de

intervenciones “razonables” y progresivas, a saber, producidas de una distribución de los recursos atribuible a un interés de la colectividad. // Por otra parte, los pronunciamientos más relevantes se pueden considerar aquellos sobre los casos *Soobramoney*, *Grootboom*, *Treatment Action Campaign* y *Khosa*, de los que emerge un planteamiento doctrinario que subraya la importancia de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación, a la luz del contexto jurídico, económico y social para determinar el contenido de los derechos sociales y resolver los casos de colisión».<sup>75</sup>

**Brasil.** «En este marco, frente a numerosas lagunas del legislador ordinario, un papel básico en la concreción e implementación de los derechos sociales ha sido ejercido por el poder judicial, de conformidad con una nueva hermenéutica constitucional del

---

<sup>75</sup> ZEZZA, Teoría jurídica de los derechos fundamentales, Lección 3, página 8.

Supremo Tribunal Federal. Dicha orientación doctrinal ha dado lugar, por una parte, a una amplia tipología de sentencias peculiares (manipulativas, aditivas, sustitutivas, etc.), por la otra, a la aplicación directa y “horizontal” de los principios y derechos constitucionales (a menudo, “suprainterpretados”) a las relaciones interprivadas por parte de los jueces ordinarios, independientemente de la mediación de la ley.

**Guatemala.** [...] «esta Corte está consciente de que, en determinado momento histórico, las dificultades financieras que el Estado enfrente pueden dar lugar a establecer medidas que disminuyan una protección alcanzada a un derecho social, lo cual debe ser racional y proporcional al fin que se pretende alcanzar. Ante tales circunstancias, para que un retroceso pueda ser constitucionalmente justificable y no resultar discriminatorio, la

regulación debe atender a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad». <sup>76</sup>

Finalmente, si bien los derechos sociales han sido reconocidos universal, constitucional y jurisprudencialmente, y hoy siguen siendo fines para la comunidad internacional y para los Estados parte, es incuestionable que las generaciones de los 60 y 70 del siglo XX lograron darle continuidad a la lucha por el reconocimiento, tanto normativo como efectivo, de los derechos sociales e incluso de nuevas conquistas en dicha materia, la generación de los 80 y 90 se atrincheró en la defensa de dichos derechos y que la generación de este nuevo siglo, más que alcanzar nuevas conquistas o, cuando menos, defender las conquistas realizadas por otras generaciones, hoy pareciera ser incapaz de evitar el despojo de las conquistas que heredó.

---

<sup>76</sup>CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ESTADO DE GUATEMALA.

Expedientes 3-2011, 4-2011 y 52-2011, sentencia de 06/09/2012.

Indudablemente, cada generación tiene sus propios retos. La defensa y vigencia de los derechos humanos es, me parece, el reto de la presente generación, no solo en nuestra región sino a nivel mundial: *El mundo de hoy plantea muchos retos a los derechos humanos, no solo porque todavía no son una realidad, sino porque aún en los países donde estaban teóricamente reconocidos, los derechos corren el peligro de dañarse.*<sup>77</sup> Pero hoy, la lucha, además de estar en las calles, debe posicionarse en el control del poder por medio de la *resistencia constitucional.*<sup>78</sup> El control del poder mediante los mecanismos republicanos, me parece, es el terreno en el que el ciudadano debe librar la lucha por los derechos sociales, por los derechos humanos.

### VIII. Bibliografía

ARMAGNAGUE, Juan F. Manual de Derecho constitucional. Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, 1985.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución de la República de Guatemala. Guatemala, 11 de marzo de 1945.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Nueva York, 1948.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala, 31 de mayo de 1985. Y sus reformas de 1993.

BADENI, Gregorio. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo I. Segunda edición. Buenos Aires, Argentina, La Ley, 2006.

---

<sup>77</sup> REY PÉREZ, José Luis, El discurso de los derechos humanos. Una introducción a los derechos humanos, Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas, 2011, página 13.

<sup>78</sup> VITALE, Ermanno, Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional, Madrid, España, Trotta, 2012, página 61.

BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo a debate. Bogotá, Colombia, Editorial I.E.C., 2006.

BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política. Segunda edición. México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

BODENHEIMER, Edgar. Teoría del Derecho. Decimoprimera edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

BORJA, Rodrigo. Derecho Político y Constitucional. Primera reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

CORTE DE  
CONSTITUCIONALIDAD DEL  
ESTADO DE GUATEMALA.  
Expedientes 3-2011, 4-2011 y 52-  
2011, sentencia de 06/09/2012.

FIORAVANTI, Maurizio.  
Constitución. De la antigüedad a  
nuestros días. Segunda  
reimpresión. Madrid, España,  
Editorial Trotta, 2011.

FIORINI, Bartolomé A. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. La Plata, Argentina, Editorial Universidad de La Plata, 1946.

FRIEDRICH, Carl J. Teoría y realidad de la organización constitucional democrática. México, (s.e.), 1946.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. Breve historia constitucional de Guatemala. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Editorial Universitaria, 2010.

HÜBNER, Manuel Eduardo. Guatemala en la historia. Un pueblo que se resiste a morir. Guatemala, Parrilla Barascut Editor, 1992.

LUJÁN MUÑOZ, Jorge. Guatemala. Breve historia contemporánea. Segunda edición. México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

LOWE, Norman. Guía ilustrada de la historia moderna. Segunda edición en español. Sexta

reimpresión. México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

MCILWAIN, Charles Howard. Constitucionalismo antiguo y moderno. Madrid, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Públicas. Décima edición. Bogotá, Colombia, Temis, 2006.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Los Servicios Sanitarios de la URSS. Informe redactado por los participantes a un viaje de estudios organizado por la Organización Mundial de la Salud. Ginebra, Suiza, OMS, 1963.

REY PÉREZ, José Luis. El discurso de los derechos humanos. Una introducción a los derechos humanos. Madrid, España, Universidad Pontificia Comillas, 2011.

ROOSEVELT, Franklin Delano. Segunda Carta de Declaración de

Derechos (Second Bill of Rights). EUA, 1944.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Manual de Derecho constitucional. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Teoría de la Constitución. Buenos Aires, Argentina, Astrea, 2004.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. Derecho Constitucional. Séptima edición. México, Editorial Porrúa, 2002.

VICIANO PASTOR, Roberto et al. Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2012.

VITALE, Ermanno. Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional. Traducción a cargo de SALAZAR UGARTE y VÁSQUEZ SÁNCHEZ. Madrid, España, Trotta, 2012.

ZEZZA, Michele. Teoría jurídica de los derechos fundamentales. Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo.

Lecciones 1, 2 y 3. Madrid, España,  
Fundación Gregorio Peces-Barba,  
2018

## PERSONAS REFUGIADAS Y SU DERECHO DE ASILO.

*Fernando M. Rodas De León\**

### 1. Derechos Humanos

Los derechos Humanos deben ser entendidos como esos derechos que posee cualquier persona por el solo hecho de serlo, por ser racional, por tener sentimientos y por ser miembro de una sociedad determinada, que deben ser gozados en igualdad de condiciones, sin discriminación y menosprecio alguno. Esos derechos deben disfrutarse libremente, sin coacción o amenaza alguna, ser respetados y garantizados por parte del Estado del connacional como por cualquier otro Estado o Nación y por cualquier persona; en caso de violación a los mismos, debe ser motivo de sanción por ese irrespeto y quebrantamiento de reglas de convivencia contenidas en la normativa interna de cada país

como normativa internacional, esto último en caso de la comisión de delitos internacionales.

Los Derechos Humanos jamás pueden ser estáticos, deben ser siempre dinámicos y evolutivos, deben ir siempre en busca de la protección integral del ser humano, de su integridad, de su vida, de sus bienes, de su libertad de locomoción y pensamiento, de su igualdad y justicia nacional e internacional, a través de un debido proceso y no procesos arbitrarios o ilegales. El ser evolutivos los Derechos Humanos y a la vez protectores, evitan el surgimiento de vejámenes y violaciones, que son igual a los abusos físicos o tratos crueles e inhumanos que limitan su total disfrute o en el peor de los casos, ocasionarse la muerte

\* Fernando Rodas De León es abogado y notario, juez de sentencia penal.

de una o varias personas. Para evitarse tales violaciones, cada Estado debe contar con Jueces y Magistrados independientes e imparciales, que conozcan, apliquen y hagan prevalecer esos derechos fundamentales contenidos en su legislación interna como Internacional en materia de Derechos Humanos, con el simple objetivo de hacerlos respetar, imponiendo las sanciones que cada caso amerite a través de sentencias justas que busquen la pacificación social. El Juez y Magistrado al dictar sentencia, dependiendo del caso y materia, debe aplicar los diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, para restaurar esas violaciones o para evitar que las mismas sigan sucediendo; entre estos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre, Convenios de la OIT, Convención Belem Do Pará, Convención sobre el Estatuto del Refugiado y su Protocolo, de los

que más adelante me referiré, entre otros.

Existe una variedad de Derechos que se encuentran protegidos por convenios y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre estos el Derecho de Asilo, derecho que se encuentra regulado en el artículo 27 de la Carta Magna de Guatemala, estableciendo dicho precepto legal *-Derecho de asilo. Guatemala reconoce el derecho de asilo y lo otorga de acuerdo con las prácticas internacionales. La extradición se rige por lo dispuesto en tratados internacionales. Por delitos políticos no se intentará la extradición de guatemaltecos, quienes en ningún caso serán entregados a gobierno extranjero, salvo lo dispuesto en tratados y convenciones con respecto a los delitos de lesa humanidad o contra el derecho internacional. No se acordará la expulsión del territorio nacional de un refugiado político, con destino al país que lo persigue.*

Dicho artículo es respetuoso de lo que regula el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, llamada más adelante la Declaración, *-Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales-*. En este artículo se enmarcan dos cuestiones importantes, la primera de ellas es el derecho que tiene toda persona perteneciente a los Estados Partes de buscar y recibir asilo, y la segunda de ellas, que ha generado ya mucha polémica, es el hecho que el asilo debe peticionarse de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales, lo que da a entender que para poder aplicar la Convención debe estar regulado ese derecho de Asilo en el país que se solicite (en su legislación interna), de acuerdo con convenios internacionales, de lo contrario no

podrá obligarse a otorgarse el asilo de ninguna manera.

Derivado a que Guatemala es un país miembro de la Organización de los Estados Americanos, llamada más adelante OEA, ha ratificado diversos Convenios y Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, con la finalidad de convertirse en un Estado garante de los mismos y cumplidor de normativa internacional, siendo respetuosa de los criterios sustentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada más adelante La Corte.

## **2. Personas refugiadas que requieren derecho de asilo**

Acoger, albergar y proteger describen la palabra **refugio**, refugio que muchas personas solicitan de un país del que no son nacionales y del que desean protección; la solicitud de refugio porque su país de origen no los protege o existe temor que su

integridad física sea atentada por una persona o un grupo determinado de personas, por cuestiones políticas, de etnia, raza, de lesa humanidad, académicas, por la misma emisión del pensamiento o como lo que surgió en Guatemala durante el Conflicto armado que muchas personas tuvieron que abandonar el país obligadamente y buscar asilo en otros, para poder sobrevivir a ataques armados, abandonando a sus familias para buscar paz y vida.

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados del veintiocho de julio de 1951, en el segundo párrafo del artículo 1, regula –Que como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 1º. De enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país;

o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Esta definición de refugiado es muy amplia y se interpreta a favor de cualquier persona que quiera abandonar su país de origen por temores fundados, y que se refugie en cualquiera de los países que forman parte de la Convención, siempre que sean fundados sus motivos para poder pedir el Asilo, y de esa manera poderlo recibir inmediatamente por el peticionado, observándose siempre el debido proceso, evitándose a toda costa que dicha persona sea regresada a su país de origen en contra de su voluntad, ya que de hacerlo así se puede poner en riesgo su integridad física y el Estado que deniegue su Derecho de Asilo, puede ser sancionado internacionalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o por el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso la violación

hubiere surgido en el territorio del cual ésta tiene jurisdicción.

**¿Por qué cada vez hay más personas refugiadas en diversos países que han ratificado la Convención?**

La respuesta es sencilla para el escritor, varios factores contribuyen a este factor, el principal de ellos es la violencia existente en muchos países, se sanciona ilegal y discriminativamente la raza, religión, sexo, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, la forma de pensar, de actuar, y expresarse tanto por escrito y/o verbalmente, esto obliga a las personas a abandonar inmediatamente su país de origen, ya que si no lo hacen su vida corre peligro. En pocas palabras se sanciona casi o toda la conducta del ser humano a conveniencia política del maltratador.

Un segundo factor determinante es el aspecto político. Un tercero lo constituye la violencia existente de un grupo delincencial a personas

individuales, como lo son las “Maras”, esto ocurre con frecuencia en países como Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, entre otros, en la que miles de personas viajan a Estados Unidos a sabiendas de su política Migratoria, arriesgando su vida para salvarla, al salvar su vida desde el punto de vista de evitar caer en manos de delincuentes o mareros, viajando con el fin de buscar paz.

Un cuarto factor lo constituye esa gran masa de personas de diversos países de Latinoamérica, que por pobreza viajan a Estados Unidos buscando el *Sueño Americano*. Al ingresar a dicho país se les cierran puertas por políticas anti migratorias, obligándoles a regresar a sus países de origen. Se puede pensar que dicho problema es migratorio y que efectivamente el procedimiento es legal. Pero si se analiza un poco más, se puede decir que el problema más que migratorio es la necesidad de *sobrevivir*, esto porque el Estado al que pertenecen no cubre sus necesidades básicas

para vivir. Los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos protegen la vida de la persona, es obligación de los Estados Partes garantizar la misma, pero el escritor plantea la siguiente pregunta: ¿Acaso el mismo Estado no está atentando en contra de la vida de la persona por no cubrir sus necesidades básicas de educación, salud, vivienda, trabajo y alimentos? Entonces vale la pena responder que efectivamente sí se está atentando por éste la vida de sus connacionales, sí hay razón suficiente para que los afectados puedan como refugiados pedir asilo para salvaguardar su integridad física.

El escritor considera que fuera de los casos expresamente determinados en líneas anteriores, no puede pedirse el derecho de Asilo, ya que no debe hacerse un uso inadecuado del mismo, no puede buscarse como salida para evadir delitos o evadir la misma Justicia. Así lo determina también

el inciso F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, - *F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas.* Y a este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos indica que los Estados han aceptado, a través de diversas fuentes del derecho internacional, que existen limitaciones al asilo, conforme a las cuales dicha protección no puede ser concedida a personas respecto de las cuales hayan serios indicios para

considerar que han cometido crímenes internacionales, tales como crímenes de lesa humanidad (concepto que incluye la desaparición forzada de personas, torturas y ejecuciones sumarias), crímenes de guerra y crímenes contra la paz.

Ahora cabe preguntarse, **¿por qué o para qué pedir asilo?** Los refugiados piden asilo por una simple razón, y esta es por el mismo resguardo a su integridad física. Cuando una o varias personas son perseguidas por motivos de raza, religión, sexo, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, su integridad física corre riesgo, por lo que es prudente que ésta abandone inmediatamente su país de origen, buscando refugio a través del asilo en otro país. Es de esperar que el país conceda el asilo cuando el afectado haga de manifiesto y pruebe los extremos arriba indicados, no debiendo existir negativa del mismo, ni mucho menos forzar u obligar a la persona

a salir del país, sino por razones fundadas y a través del debido proceso, ya que ello atenta en contra de su integridad personal, porque el hecho de obligarla a que regrese al lugar de donde provino, es igual a sentenciarla a una muerte directa o a un sufrimiento imparable que puede causarle daños psicológicos irreparables. La Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se han pronunciado en cuanto a la negativa de otorgar Asilo, estableciendo la necesidad de dictar Medidas Cautelares a favor de los refugiados.

### **3. Medidas Cautelares**

La Corte Interamericana tiene mandato de ordenar a los Estados la adopción de medidas cautelares provisionales en aquellos casos de extrema gravedad y urgencia, esto con la finalidad de evitar daños irreparables en la integridad física o psicológica del refugiados. Estas medidas cautelares las ordena la Corte o la misma Comisión cuando la persona refugiada corre riesgo de

ser devuelta a su país de origen, contra su voluntad. Suena muy razonable el otorgamiento de tales medidas, ya que buscan evitar que la persona regrese al país donde se le ha causado tormento, sufrimiento físico o psicológico; el hecho de obligarla regresar significa dejarla desprotegida nuevamente y a la intemperie de lo que le pueda suceder.

El carácter de provisional de las medidas cautelares, en virtud que buscan prevenir que se le pueda causar un daño a la persona del refugiado, buscan evitar que se cometa un delito en su contra y también buscan que se le otorgue la protección en el país en el que se encuentra provisionalmente refugiado, país que debe acogerla, darle ese calor y protección que no recibieron en su país de origen. Esas violaciones son las que entra a conocer la Corte y la Comisión Interamericana, otorgando de forma inmediata esa protección en defensa de sus derechos, obligando a los Estados a dar Asilo siempre y

cuando su legislación interna así lo diga y que la misma sea equiparable con Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos.

#### **4. Acceso a la Justicia y observancia del Debido Proceso**

Acceso a la justicia debemos tener derecho todos los seres humanos, justicia que debe impartirse de forma gratuita y rápida. La justicia es uno de los valores a los que debe aspirar toda Nación o Estado, ya que permite que cualquier persona que esté sufriendo vejaciones o violaciones a sus Derechos Fundamentales, pueda acudir a un órgano jurisdiccional a hacer valer sus derechos y que el órgano jurisdiccional pueda resolver su controversia en un plazo determinado. Poniéndose de manifiesto el principio de Tutela Judicial Efectiva. Pero el hecho de cerrar esas puertas de la justicia, de negar el acceso a ésta y no resolver una controversia o petición mediante un procedimiento pre establecido es violatorio a los

derechos fundamentales de la persona y debe ser castigado.

Las garantías procesales reguladas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos deben ser respetadas por todos los Estados en los asuntos de refugiados que solicitan derecho de Asilo y éstos la obligación de concederlo en los casos que así lo requieran. Esta normativa da a entender el derecho de no devolución de refugiados, de no obligarlos a regresar a su país de origen, ya que ello atenta en contra del debido proceso, violentando el Estado gravemente el artículo ocho referido, salvo aquellos casos que el refugiado haya cometido un delito contra la paz, humanidad o crímenes de guerra y que exista fundado para denegar su estadía en el país solicitante. El derecho de no devolución de refugiados, implica que el Estado al que se le solicita el asilo, no puede devolver así por así al peticionario, sino que debe hacerlo mediante el procedimiento establecido para el efecto y jamás

puede ser una cuestión antojadiza, ya que debe argumentar el porqué de no otorgar el derecho de asilo, debe justificarse esa negativa y a la vez existir esa razón fundamental para hacerlo.

El debido proceso implica que una persona no puede ser sancionada o sentenciada, sin antes haber sido escuchada y vencida en un juicio previo, un juicio preestablecido, mediante un procedimiento regulado en la ley y una autoridad que tenga jurisdicción para tal efecto. Aunado a ello implica que la persona luego de haber conocido el fallo tenga la facultad de recurrirlo con base en el artículo 25 de la Convención Americana, ya que le asiste su derecho de recurrir cuando esté inconforme o le causa agravios el mismo. El no seguir el Estado solicitante el procedimiento establecido para resolver asuntos de Asilo, es violatorio y debe ser sancionado por la Corte Interamericana, por incumplimiento primeramente a su deber de darle aplicabilidad a

Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos, y seguidamente por no demostrar reciprocidad y tratar al refugiado de forma inhumana. Algunos Estados no otorgan el Asilo solicitado, porque no cuentan con la legislación específica que regule el derecho de Asilo en consonancia con la Convención Americana, no se cuenta con ese procedimiento para establecer las condiciones de su otorgamiento y para la determinación de la condición de refugiados en sus territorios; de ello derivan negligencias y la devolución de refugiados a su país de origen. Por ello se hace indispensable la inmediata creación de tal legislación para evitar vulneraciones que solo afecten al mismo refugiado y que derivado de las mismas violaciones el Estado sea sancionado por incumplimiento por la Corte Interamericana.

Por último cabe mencionar que los Estados partes tienen la obligación de recibir peticiones de personas refugiadas que buscan el

otorgamiento a su favor del derecho de asilo por los casos regulados en la Convención de 1951, siempre que tales Estados regulen tal derecho en su legislación en consonancia con la Convención, evitando a toda costa la devolución forzada del refugiado, velando siempre por ese acceso a la Justicia que debe tener el interesado, aplicando el debido proceso y evitando la emisión de decisiones arbitrarias violatorias a Derechos Humanos. Por lo anterior, los Estados deben velar por la protección al derecho a la vida, a la integridad personal, a las garantías procesales y al acceso a la justicia.

## **DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

*Carlos Giovanni Ruano Pineda\**

**N**uestra Constitución señala que corresponde con exclusividad al Organismo Judicial la función jurisdiccional de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado. Es decir que, los jueces en el ejercicio de sus funciones tienen el mandato constitucional de velar por el estricto cumplimiento de las leyes y los principios jurídicos para resolver un caso sometido a su jurisdicción. Es por ello que, además del control de constitucionalidad, como garantía del orden constitucional, también está el control de convencionalidad, para hacer efectivas las disposiciones que emanan de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de las

sentencias emitidas por los tribunales internacionales en la interpretación de dichas normas, para otorgar una protección jurídica más amplia.

Si la Constitución “es una limitación del poder, llevada a cabo por medio del Derecho (y también de la política) y afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos” (Pereira Menaut, 2011, pág. 41), el sometimiento de todos a sus mandatos no es una opción, sino una obligación; por lo que, en el ejercicio de las funciones públicas toda decisión, acción o resolución debe estar fundamentada y habilitada por la Constitución, por

\*Abogado y Notario, Magíster en derecho procesal, pensum cerrado del doctorado en Derecho Constitucional, actualmente tesis doctoral en investigación. Auxiliar judicial, juez de paz, juez de primera instancia suplente y actualmente Juez vocal del tribunal 9o. de sentencia Penal de la ciudad de Guatemala.

eso para el citado autor, en sentido formal, “una Constitución es el documento (o documentos) legal que recoge todo lo dicho”.

Es por ello que, todo acto o decisión que asuman las personas que ejerzan el poder público o aquellos que, en el ámbito privado, toman decisiones revestidas de autoridad, limitan o ponen en grave riesgo los mandatos constitucionales o legales, la misma Constitución prevé los mecanismos (amparo, exhibición personal e inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y normas de carácter general) para poner un alto al abuso y las arbitrariedades, fijar límites al ejercicio del poder o restaurar el imperio de la legalidad. Lo mismo resulta con los tratados y convenios internacionales, que establecen los mecanismos e instituciones idóneas para garantizar la eficacia de sus normas y resoluciones, porque de nada sirve una disposición

normativa si no cuenta con los medios (acciones o instituciones) para hacerlas cumplir.

Con lo dicho hasta aquí, se puede decir que el control de constitucionalidad es el mecanismo que la propia Constitución prevé para garantizar la supremacía de sus disposiciones, por lo que la finalidad del mismo, según Raúl Antonio Chicas Hernández citado por Geovani Salguero Salvador (2010), es la de “frenar o dejar sin efecto los abusos, arbitrariedades o excesos del poder de los organismos del Estado, por medio de la acción de amparo y de la acción de constitucionalidad” (p.22)

Si bien, la tarea de velar por el mantenimiento del orden constitucional es atribuida principalmente a la Corte de Constitucionalidad, según el artículo 268 de la Constitución;<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> Artículo 268. Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de

Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya

resulta que también compete al Poder Judicial, tal y como lo establece el artículo 204 constitucional cuando fija “el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado”, superioridad que no es absoluta, porque como se verá más adelante, cuando los tratados o convenios internacionales sean en materia de derechos humanos, la misma Constitución prevé que éstos prevalecen con el fin de garantizar una protección jurídica más amplia, lo que no necesariamente debe entenderse como una violación a sus normas; sino por el contrario un mecanismo más de protección de derechos.

Por lo que con base en lo anterior, si el principio de supremacía constitucional es el medio a través del cual se garantiza la eficacia de las normas constitucionales, también resulta también que el Estado en sus relaciones

internacionales al haberse sometido a un ordenamiento jurídico vinculante con otros Estados u organismos, adquiere obligaciones de carácter internacional que debe cumplir, por eso la Constitución dispone en su artículo 149 que:

Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos, al fortalecimiento de los procesos democráticos e instituciones internacionales que garanticen el beneficio mutuo y equitativo entre los Estados.

Por lo que significa entonces que el Estado, al suscribir convenios y tratados internacionales de buena fe ha manifestado su voluntad de adquirir derechos y obligaciones, las cuales se regirán por los principios, reglas y prácticas internacionales, de tal cuenta que, como lo dispone el artículo 114 de la Ley de Amparo, Exhibición

---

función esencial es la defensa del orden constitucional...

Personal y de Constitucionalidad: “Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala”, significa entonces que en esa materia, prevalece el contenido, alcances y efectos que los mismos estipulen. De igual forma, el artículo 9 de la Ley del Organismo Judicial indica que: “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...” por lo que no existe duda alguna que, en materia de derechos humanos, los convenios y tratados internacionales prevalecen sobre cualquier normativa con la que entren en conflicto. Esas normas, si

bien imponen el deber de observar, aplicar y garantizar la eficacia de la Constitución, también reconocen e imponen el deber de observar, aplicar y garantizar la eficacia, en materia de derechos humanos, de los tratados y convenios internacionales aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala. Por lo que se puede concluir que no existe ninguna contradicción o superioridad entre un control (constitucionalidad) y el otro (convencionalidad); sino al contrario, debe existir una aplicación e interpretación armónica entre ambos controles, que tengan como único fin el de garantizar la eficacia y protección de los derechos humanos.

Como ya se dijo, el control de constitucionalidad no es más que “una comparación, entre su Carta Magna y las normas que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera”. (Hitters, 2009, pág. 110). Resulta también que, ante la consolidación del Derecho

Internacional, las relaciones internacionales de los Estados y la evolución de los Derechos Humanos, se hace necesario dotar de efectividad las disposiciones que emanan de dichos compromisos internacionales, por lo que surge para tal fin el control de convencionalidad, el cual para Juan Carlos Hitters:

Es un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos, haciendo una ‘comparación’ entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del *ius cogens* o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados. (2009, p. 109)

Al respecto, nuestra Constitución en el artículo 46 dispone que: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y

ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno” y la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 3396-2008 ha concluido que:

La Constitución Política de la República le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, ello únicamente provoca que, ante la eventualidad de que la disposición legal ordinaria de ese orden entre el conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional sobre derechos humanos, prevalecerán estas últimas (...)

No debe entenderse, bajo ninguna consideración, que el control de convencionalidad sustituya o tenga un rango superior sobre el control de constitucionalidad; sino que, para darle solución a un caso en particular sometido a la jurisdicción de un tribunal, el control de convencionalidad debe ser aplicado para dar una protección más amplia que favorezca los derechos humanos. Porque, si el control de constitucionalidad tiene como fin garantizar la supremacía de las disposiciones constitucionales, el

control de convencionalidad garantiza que los derechos humanos y libertades individuales sean efectivamente protegidos. Es por ello que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado el sentido, efectos y obligación de los jueces de aplicar el control de convencionalidad, al indicar que:

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

el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Almonacyd Arellano y otros vs Chile, 2006)

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “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. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (Trabajadores

Cesados del Congreso vs Perú, 2006).

¿Por qué la Corte Interamericana atribuye principalmente al Poder Judicial la obligación de aplicar el control de convencionalidad? Considero que en la división de poderes, dentro de una República, al poder judicial le corresponde la función principal de dar solución a los conflictos individuales o sociales y de administrar justicia; asimismo, porque al ser el órgano competente para interpretar y aplicar las normas jurídicas, el juez tiene esa misión importante de hacer justicia, de donde deviene la delegación de tan importante función que lo convierte en juez convencional. Al respecto la Corte Interamericana dispone que:

(...) 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. (Rodilla Pacheco vs México, 2009)

Interesante resulta comentar la decisión asumida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos, al emitir un análisis sobre los pasos que los jueces deben seguir para aplicar el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, por lo que siendo en nuestro sistema una doctrina aún en desarrollo, no obstante ya la Corte Suprema de

Justicia lo ha aplicado en diversos asuntos, también la Corte de Constitucionalidad ha hecho lo suyo en referencia a los fallos que posteriormente se exponen. Por lo que se hace necesaria la formación y preparación constante para ejercer una judicatura acorde con las normas convencionales, que tengan como resultado el cumplimiento efectivo por parte del Estado guatemalteco del derecho internacional en materia de derechos humanos. Por lo que, en la Tesis: P. LXIX/2011 (9ª.) la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos dispuso que:

El Poder Judicial al ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país \_ al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano\_ deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte,

favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme el sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de esos derechos; y c) inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. (Silva Meza & Silva García, 2013, pág. 399)

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en ejercicio del control de convencionalidad, ha establecido en algunos de sus fallos la vinculación de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destacándose dentro del Expediente 2151-2011 que:

La realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo

internacional, es un control que debe realizar ex officio todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos, citándose, a manera ejemplificativa, los casos *Almonacid Arellano y otros vs. Chile...* *Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*.

Asimismo, en resolución de fecha 14 de febrero de 2011, proceso en el que se solicitó la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición emitida por la autoridad municipal, en la *ratio decidendi* de su sentencia, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala dispuso que:

Este tribunal no podría soslayar que al analizarse disposiciones normativas como la impugnada por el Procurador de los Derechos Humanos, debe realizarse, además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, pues por regularse en ésta situaciones que restringen el derecho de acceso a la información pública, debe determinarse si

aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los Derechos Humanos. Esta labor de control ya fue realizada por esta Corte —solo que respecto de una resolución judicial— en la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil once (Expediente 2151-2011), y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, deben tenerse en cuenta instrumentos internacionales que tengan relación con dicha normativa, y la exégesis que respecto de estos últimos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ese sentido, el control de convencionalidad de la normativa impugnada debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Expediente 3334-2011).

Resulta interesante en esa resolución, como la Corte de Constitucionalidad decide resolver un asunto sometido a su conocimiento con base en el artículo 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, por lo que al no aplicar de manera directa normas legales

internas o constitucionales, no necesariamente significa que se violenten las mismas, sino demuestra que para resolver de manera justa una pretensión, se pueden y deben aplicar normas del derecho internacional de los derechos humanos, como ya se ha indicado, con la finalidad de dar una protección jurídica más amplia, que materialice los derechos y libertades ciudadanas. Por lo que si el “sistema internacional de derechos humanos actúa, en principio, de manera subsidiaria o complementaria. Es decir, el SIDH<sup>80</sup> presupone que la obligación internacional de los Estados parte de respetar y garantizarle (proteger) a las personas los derechos reconocidos en los instrumentos”. (Ayala Corao, 2014, pág. 601); resulta que en primer lugar debe funcionar el sistema de justicia nacional de cada Estado y en caso éste no lo sea, corresponde a las instancias

internacionales conocer de los casos para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que hubiere sido denegado.

Puede resultar que para unos, la aplicación del control de convencionalidad sea un intromisión en los asuntos que competen única y exclusivamente a los tribunales nacionales, pero también para otros es un mecanismo más de protección y garantía de los derechos humanos; lo cierto es que, cuando un Estado ha suscrito de buena fe un convenio o tratado está sujeto a cumplirlos y no a ignorarlos. Sobre estas posturas, el autor Carlos Ayala Corao ejemplifica las razones y justificaciones de ambos puntos de vista, al indicar que cuando:

Un Estado que vea en el sistema un complemento y correctivo de su obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, así como una oportunidad para hacer justicia en casos concretos, lo verá como su gran aliado y las decisiones de éste

---

<sup>80</sup> Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

representarán una oportunidad más para ratificar sus compromisos internacionales en la materia. Probablemente estos Estados tengan una concepción de los derechos humanos como objetivo fundamental del poder público y como límite natural de su soberanía. En cambio un Estado que no quiere ser molestado por lo que hagan sus policías ni sus fuerzas armadas ni sus tribunales, independientemente de si se respetan o no los derechos humanos, y que a la par se sienta agredido o manchado en su reputación internacional cuando un órgano del sistema lo condena a un caso por violación de los derechos humanos, y que además considera que en definitiva todas esas cosas son un 'asunto interno' de soberanía, verá en el sistema un elemento exógeno, extraño, incómodo y potencialmente peligroso para su noción de soberanía y de reputación internacional. (2014, pág. 600)

De tal cuenta que, en la interpretación y aplicación de normas (nacionales o internacionales), los jueces estamos obligados a garantizar una protección más extensa a favor de los derechos humanos, que resuelva con justicia y equidad un asunto sometido a nuestro conocimiento.

Asimismo, que en esa labor importante en la administración de justicia, no pueden dejarse de aplicar normas y principios que emanan del derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que como lo establece nuestra Constitución desde su artículo 1°. “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona...” y como lo indican los autores Silvia Meza y Silva García, al aplicar el control de convencionalidad, “no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes... sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales...” (pág. 400)

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS CITADAS**

Almonacyd Arellano y otros vs Chile (Corte Interamericana de

Derechos Humanos 26 de Septiembre de 2006).

Ayala Corao, C. (2014). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En E. Ferrer Macgregor, & J. M. Acuña, Curso de Derecho Procesal Constitucional (págs. 585-629). México: Editorial Porrúa.

Expediente 2151-2011, 2151-2011 (Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala 23 de Agosto de 2011).

Expediente 3334-2011, 3334-2011 (Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala 14 de Febrero de 2011).

Expediente 639-95, 639-95 (Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala 11 de diciembre de 1995).

Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Estudios Constitucionales, 109-128.

Pereira Menaut, A.-C. (2011). En defensa de la Constitución. Lima: Palestra Editores.

Rodilla Pacheco vs México (Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de Noviembre de 2009).

Salguero Salvador, G. (2010). El control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Guatemala: Corte de Constitucionalidad.

Sierra González, J. A. (2000). Derecho Constitucional Guatemalteco. Guatemala: Centro Impensor Piedra Santa.

Silva Meza, J. N., & Silva García, F. (2013). Derechos Fundamentales. México: Editorial Porrúa.

Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 14 de Noviembre de 2006).

## EL CONSTITUCIONALISMO Y LA SEGURIDAD SOCIAL.

*Sonia Elizabeth Godoy Flores \**

### INTRODUCCION

La inquietud del estudio sobre la materia de Seguridad Social es el motivo del presente trabajo, así como la contribución de ésta, en la protección de los Derechos fundamentales; esencial resulta iniciar con el origen del Constitucionalismo como medular y por ser resultado de decisiones que el ser humano ha logrado a través de pactos entre sí, surge la Constitución como una garantía de Derechos Fundamentales, la organización del Estado y sus fines, dentro de un Estado democrático; constituye una norma suprema para garantizar los derechos a hombres y mujeres. ¿Surge la pregunta, porque dentro de una república? Por ser resultado de una democracia que permite la libertad e igualdad a

sus ciudadanos, no solo los protege sino garantiza sus derechos, que como persona le son inherentes, entre ellos, la seguridad social.

Se hace referencia desde el inicio del constitucionalismo por ser evidentemente el pilar fundamental de los derechos, su devenir histórico y como ha influenciado en nuestro país en el derecho a la seguridad social.

### 1. EL CONSTITUCIONALISMO

Hacemos ver que es primordial para un Estado dotarse de una Constitución, con ello se obtiene certeza y seguridad jurídica para garantizar el cuerpo normativo de los derechos, obligaciones y límites que rigen a la sociedad; es oportuno señalar que el español Cayetano Núñez explica que: “*La influencia*

\*Sonia Elizabeth Godoy Flores es Abogada y Notaria, con Maestría en Derecho Constitucional.

*del constitucionalismo americano en el mundo ha sido enorme, su carácter original y sus principios han inspirado la mayor parte del constitucionalismo posterior, sea éste en la forma republicana de gobierno, en la organización territorial el estado merced a la innovación del federalismo, en el presidencialismo, en la división de poderes, en la supremacía constitucional o en el principio de la soberanía popular”.*<sup>81</sup>

Por ser el Constitucionalismo pilar fundamental y la suma de los avances en el reconocimiento de los derechos del hombre, específicamente la libertad y la dignidad; al respecto considera el tratadista español Luis María Díez Picazo, quien a su vez ha sostenido que *“la prioridad de la declaración de derechos respecto del establecimiento mismo de la organización política se sostenía*

*con absoluta coherencia, hasta tal punto que no se predicaba sólo en el plano lógico sino también en el plano temporal: las primeras declaraciones de derecho fueron aprobadas antes de elaborar la correspondiente constitución; y ello porque, para el constitucionalismo, la única finalidad legítima del estado es proteger esos derechos”.*<sup>82</sup>

En varios países en sus constituciones, la constante ha sido agregar o bien incorporar desde su origen, las declaraciones de los derechos del hombre, es decir, lo que doctrinariamente se le denomina la parte dogmática de la Constitución, ello no solo con la intención de dejarlos plasmados en la norma Suprema, sino como el límite que debe encontrar el ejercicio de quienes ostentan el Poder. Agregamos que dentro de la constitución también contiene lo

---

<sup>81</sup> Núñez Rivero, Cayetano. Derecho Constitucional Comparado y Derecho Político Iberoamericano. Pág. 105.

<sup>82</sup> Díez -Picazo, Luis María. Sistemas de Derechos Fundamentales. Pág. 33. 2ª. Edición.

que ha sido dado en llamar la parte orgánica, en donde se desarrolla la organización política del Estado, el límite natural que el ejercicio de tal poder encuentra, deben ser los derechos del hombre, dando así lugar al esquema básico que resume lo que en esencia postula la doctrina del Constitucionalismo, que un país no tiene una constitución si en ella no se contempla, por un lado, las declaraciones de los derechos del hombre y, por el otro, se establece cuáles son las atribuciones o facultades de quienes ejercen el poder en ese país, cuyo límite es naturalmente aquellos derechos.

Sobre ese sentido se manifiesta el autor argentino Sánchez Viamonte, para quien un Estado de Derecho requiere, para ser una realidad, que tenga o se haya dado u otorgado una constitución escrita y, a la vez, que sea rígida y no flexible, como en el caso de Inglaterra, donde, según nos ilustra, la conocida Carta Magna, sus leyes e instituciones políticas son apenas fragmentos de la constitución, están completados

por el derecho común histórico que la jurisprudencia consagra y que el pueblo acata.

En derecho público –afirma Sánchez Viamonte– “una constitución no es simple instrumento de gobierno sino la expresión primaria extraordinaria e ilimitada de la soberanía, puesta en ejercicio especialmente con éste fin. El acto constituyente reviste solemnidad y trascendencia de actitud definitiva en principio, de la voluntad nacional. En la técnica constitucional se debe distinguir el poder constituyente de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario, como ya se mencionó la voluntad político creadora del estado, que se convierte en voluntad jurídica al dictar la constitución y crear mediante ella el gobierno y el ordenamiento jurídico de la sociedad ... Las tres ramas funcionales o poderes del gobierno ordinario, legislativo, ejecutivo judicial, son poderes constituidos, se mueven dentro de la órbita que

les fija el poder constituyente. Esta separación fundamental entre el poder constituyente y los poderes constituidos es la mayor creación jurídica de la época contemporánea, en ella se funda el constitucionalismo, que consagra y asegura los derechos del hombre de y del ciudadano protegiéndoles contra cualquier acto de autoridad ilegítima o ilegítimamente ejercida” .<sup>83</sup>

## 1. LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTADO

Una constitución debe ser coherente con sus postulaciones siempre dentro del marco de democracia donde libremente todo ciudadano puede participar en la política de su país, con garantía de sus derechos económicos y sociales.

En este apartado consideramos necesario traer lo que según Lasalle

incluye el concepto de constitución, al indicar: “Es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno de un país” .<sup>84</sup>

Acá es oportuno hacer hincapié que si la constitución, es el resultado del ejercicio de libertad del hombre dentro de una democracia para garantizar los derechos y limitar el poder, se le debe denominar “constitución” toda vez que es otorgada en una democracia donde la soberanía es delegada por el pueblo, en ella se reconocen y garantizan los derechos fundamentales y como ya indicamos se establece límites al poder. Es notoria la diferencia de épocas para conceptualizar la constitución y como se va dando democráticamente la participación de la sociedad, así es como Posada indica que “la constitución de un Estado alude a la unidad orgánica

---

<sup>83</sup> Sánchez Viamonte, Carlos. Manual de Derecho Constitucional. Pág. 67.

<sup>84</sup> Linares Quintana Segundo Victor. Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional. Pág. 13.s.s

real del mismo, en cuanto el Estado está constituido... la constitución política, es la expresión jurídica del régimen del Estado con respecto a la organización de los poderes o instituciones fundamentales en las que él encarna el ejercicio de la soberanía y a la limitación de la acción de esos poderes en sus relaciones con la personalidad humana”<sup>85</sup>.

Con respecto a la evolución que históricamente podemos observar el Estado ha tenido que organizarse dejando la anarquía, es decir a una persona que al ostentar exclusivamente el poder, definía que derechos otorgaba y a quienes, (notemos que es otorgar selectivamente derechos) acerca de esto consideramos que no fue simple sino el resultado de agrupaciones de personas, revoluciones, en si una serie de luchas para lograr a través de las declaraciones y ejercicio de la soberanía del pueblo, no solo el

reconocimiento sino la garantía de sus derechos fundamentales.

Fundamental es la unidad entre los poderes del Estado, para el ejercicio del poder, siempre respetando y poniendo límites para no intervenir en la función de los que están investidos de ese poder, los cuales taxativamente establece la misma constitución, esa unidad en la relación de los elementos permite obtener los objetivos precisos para alcanzar el bien común de sus habitantes, trabajo en armonía para formar los eslabones que institucionalmente permitan también la participación activa de la sociedad.

Se hace referencia al componente del Estado, por que sin ellos el actuar es nulo, muy claro es y preciso la conformación de éste para el surgimiento de una constitución y como el pueblo, (como uno de los elementos del Estado) delega en uso de la

---

<sup>85</sup> Linares Quintana Segundo Victor. Op. cit. Pág . 28 ss.

soberanía el poder a los órganos, siempre bajo un control constitucional.

Por qué es preciso tener presente que es una constitución porque aparte que en ella se plasma o define la forma de gobierno, la organización del Estado, sus poderes, los derechos que garantizan y tutelan para la población, es en ella que se encuentra nuestro tema principal, “la Seguridad Social” como parte del derecho público que es inherente a la persona humana y que forma parte de los derechos fundamentales; motivo por el que a continuación la desarrollamos:

## **2. LA SEGURIDAD SOCIAL**

En Guatemala la Seguridad Social no es un problema reciente, como referencia tenemos el antecedente de la preocupación y la inquietud sobre la misma, por lo que resulta

mencionar que el Abogado costarricense Oscar Barahona Streber y el Actuario chileno J. Walter Dittel, presentan el “1 de junio de 1946 lo relativo al “bajo nivel de previsión y de la falta de educación del público en materia de seguros”<sup>86</sup> constituye un análisis de la situación que en esa época atravesaba o se encontraba, indicando que era baja la previsión social.

## **3. LA SEGURIDAD SOCIAL EN CONSTITUCIONES DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.**

Como antecedentes de la regulación de la Seguridad Social encontramos las siguientes constituciones:

a) Decretada por Asamblea Constituyente el 11 de marzo de 1945, que en el artículo 63 establece el Seguro Social

---

<sup>86</sup> Barahona Streber Oscar y Dittel J. Walter, Bases de la Seguridad Social en Guatemala, pág. 5.

obligatorio “*Se establece el seguro social obligatorio. La ley regulará sus alcances, extensión y la forma en que debe ser puesto en vigor. Comprenderá por lo menos seguros contra invalidez, vejez, muerte, enfermedad y accidentes de trabajo. Al pago de la prima del seguro contribuirán los patronos, los obreros y el Estado*”.<sup>87</sup>

b) Decretada por Asamblea Constituyente el 2 de febrero de 1956, en el artículo 225 reguló “*El régimen de seguridad social es obligatorio, y se norma por leyes y reglamentos especiales. El Estado, patronos y trabajadores están obligados a contribuir a su financiamiento, y a facilitar su mejoramiento y expansión*”.<sup>88</sup>

c) Constitución de la República de Guatemala de 1965, en el artículo 141 regulaba “*Se reconoce el*

*derecho a la seguridad social para el beneficio de los habitantes de la República. Su régimen se instituye en forma nacional, unitaria, y obligatoria y lo aplicará una entidad descentralizada, con personalidad jurídica y funciones propias de conformidad con su ley y sus reglamentos especiales.*

*El Estado, los patronos y los trabajadores, tienen la obligación de contribuir a financiarlo y a procurar su mejoramiento progresivo.*

*El Organismo Ejecutivo consignará anualmente en el presupuesto general de ingresos y gastos, una partida específica para cubrir la cuota del Estado por sus obligaciones como tal y como patrono, para con el régimen de seguridad social ”*.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente en 11 de marzo de 1945.

<sup>88</sup> Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Constituyente en 2 de febrero de 1956.

<sup>89</sup> Constitución de la República de Guatemala, decretada por Asamblea Constituyente en 15 de septiembre de 1965.

d) Constitución de la República de Guatemala de 1985, en su artículo 100 sobre la Seguridad Social regula: “*El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria... La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social*”.<sup>90</sup>

#### **4.1 Antecedentes**

Se hace referencia a la Indigencia, considerada esta como al enfrentamiento de las limitaciones para satisfacer las necesidades que un ser humano atraviesa en un determinado tiempo, podemos agregar que realmente es una circunstancia de escases que atraviesa y no le permite cubrir sus necesidades básicas para una adecuada subsistencia. El escritor

Alejandro Suárez Fernández, hace mención a Augusto Venturi quien en la obra “Fundamentos científicos de la seguridad social describe que la Indigencia, entendiendo un estado en el que el individuo o la familia están expuestos a privaciones y sufrimientos a causa de la falta, o temporal indisponibilidad, de los medios con que satisfacer sus propias necesidades esenciales... la ayuda al necesitado surge de la compasión que inspiran, mueve a la caridad, norma fundamental de la vida para el cristianismo, la beneficencia privada laica se inspira en los principios de fraternidad”<sup>91</sup>

Como antecedente vemos en los párrafos anteriores que resalta la fraternidad y el de socorro mutuo, ante las necesidades de la colectividad provocó el apoyarse ante la incapacidad de resolver esas necesidades. El autor que nos ocupa

---

<sup>90</sup> Constitución Política de la República de Guatemala, decretada por Asamblea Nacional Constituyente 1985.

<sup>91</sup> Suárez Fernández Alejandro, Derecho del Trabajo, pág. 47 ss.

indica “La convicción de que la mayoría de los individuos son incapaces de afrontar los riesgos que disminuyan o supriman sus ingresos o bien hacen incrementar sus necesidades ha constituido desde la antigüedad un estímulo para que grupos de individuos vinculados profesionalmente, o por raza o religión se asociasen constituyendo un fondo común, para auxiliar aquel de sus miembros que sufriese una adversidad”<sup>92</sup>.

Otro aspecto importante es la formación del salario, el cual surge como consecuencia del derecho apercibirlo por prestar un trabajo en la industria, constituyó la forma de obtener el ingreso económico que vino a cubrir la necesidades básicas en el sustento del trabajador como el de su familia, éste permite cubrir las necesidades que luego se manifiestan a través de la incapacidad y cualquier riesgo que afecta al trabajador para poder desempeñar su trabajo, estas

circunstancias que vienen a limitar la obtención del recurso económico para que tanto el trabajador como sus dependientes puedan adquirir lo necesario ante cualquier eventualidad, permitió que la clase obrera se organizara así también surge la necesidad de apoyarse entre ellos.

De esa cuenta con “el aumento de los riesgos y la disminución del ahorro hicieron que la beneficencia privada y la asistencia pública resultaran insuficientes para atender las nuevas necesidades, no generaban derecho subjetivo en el indigente a la vez los Estados trataban de reducir los riesgos iniciando la legislación protectora de los trabajadores (limitación de horarios, normas sobre seguridad e higiene), algunos grupos comenzaron a reunirse y formar asociación, basadas en principio de comunidad de riesgos entre los participantes”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Suárez Fernández Alejandro, Derecho del Trabajo pág. 48

<sup>93</sup>Idem

Con este antecedente se puede apreciar que el campo de los seguros está surgiendo con elementos previsores que han sido consensuados por los trabajadores, con la ayuda y socorro mutuo que en la práctica a través de las eventualidades que padecieron, visualizaron para el futuro una previsión. El inicio de los seguros en forma privada se da sin tener el recurso económico necesario para cubrir o proteger a toda la clase trabajadora, siendo que no contaban con la capacidad para adquirir un seguro, de allí la necesidad de los seguros sociales como un derecho del trabajador, como más adelante se aprecia que es el resultado de contribuciones, no solo del trabajador sino del empleador, asimismo del Estado como tal y en su calidad de empleador.

A efecto de hacer hincapié sobre la definición de la seguridad social, nos parece bastante clara la que da del doctor Valenzuela Herrera,

quien señala que es “manifestación de solidaridad y conciencia colectiva de las asociaciones humanas. Pues es su cometido alcanzar un bienestar social mediante la prestación de beneficios a los individuos que, por el acontecimiento de hechos dañosos, no pueden proveerse a ellos ni a sus familiares lo necesario para llevar una vida digna y decorosa. El Seguro Social, es el instrumento de la seguridad social, de orden público, por medio del cual quedan obligados, mediante una cuota o prima que cubren los patronos, los trabajadores y el Estado, a entregar al asegurado o beneficiarios, una pensión o subsidio, cuando se realizan algunos de los siniestros o riesgos que protege o ampara.”<sup>94</sup>

Como bien se explica que la seguridad social utiliza como medio para cumplir su función al seguro social, éste obviamente para subsistir y mantenerse debe ser

---

<sup>94</sup> Valenzuela Herrera Augusto. Seguridad Social en Guatemala, pág. 7.

pagado, como en nuestro medio por el empleador, Estado y el propio trabajador, aportando a efecto de garantizar cualquier eventualidad o riesgo que atravesase en el desempeño de sus labores, así como por el transcurso del tiempo, como es la cobertura a la vejez, también por invalidez y sobrevivencia.

Otro aporte importante en el tema que nos ocupa es que: son “Sistemas de medidas arbitradas por el Estado para proteger a los ciudadanos especialmente a los trabajadores, frente a determinados riesgos, que sustancialmente consisten en la disminución o pérdida de sus ingresos, en la necesidad de incrementar sus gastos o en ambas cosas a la vez.”<sup>95</sup>

Siendo que el Estado regula y garantiza la seguridad social de sus habitantes como la dignidad y libre contratación de los particulares así también tutela las relaciones de trabajo (empleador y trabajador) la

contratación laboral y la protección del Estado a los trabajadores en los riesgos y también el Estado garantiza estas relaciones y su actuar es tutelar, por lo tanto, la Seguridad Social es de naturaleza pública.

Surge entonces la importante e indispensable de la conformación de los derechos humanos, entendidos dentro de estos y como dignidad humana, los derechos de la persona a un empleo digno, que conlleva un salario, que le garantice también la seguridad social, en consecuencia, el asegurarse la jubilación como una protección a través de un seguro, ante un eventual desempleo, accidentes o enfermedad.

En base a lo anterior y lo que regula el artículo 100 de la Constitución de la Republica, de reconocer el Estado también garantizar el Derecho de la Seguridad Social para beneficio de los habitantes de

---

<sup>95</sup> Suarez Fernando, Alejandro, Unidades Didácticas Derecho del Trabajo. pág. 52

la Nación... lo ubica en el Derecho Público, por consiguiente: a) Al ser de observancia general la seguridad Social no solo está incluida en el Derecho Laboral, por incluir a todos los habitantes de la nación; b) La Seguridad Social es un Derecho, al regular la obligación del Estado en garantizar a la población el Derecho a la seguridad Social; c) Es un Derecho Autónomo que abarca a toda la población y no únicamente a la trabajadora y d) La Seguridad Social se ubica dentro del Derecho Público por ser un régimen instituido como función pública.

## **5. LA SEGURIDAD SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL.**

Como bien hemos anotado que la seguridad social pertenece al derecho público y derecho social, aunado a esta característica el fundamento la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 100 reconoce y garantiza el derecho social a sus habitantes y la instituye como función pública, regula que

son “... *obligados, el Estado, los empleadores y los trabajadores cubiertos por el régimen a contribuir para financiar dicho régimen*”. Siguiendo con la regulación suprema en el artículo 102 establece los Derechos Sociales mínimos de la legislación del trabajo, establece: “*Son derechos sociales mínimos que fundamentan la legislación del trabajo ...r) El establecimiento de instituciones económicas y de previsión social que, en beneficio de los trabajadores, otorguen prestaciones de todo orden, especialmente por invalidez, jubilación y sobrevivencia*”; enfatiza en el artículo 100 que “la aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. IGSS”. Del análisis descrito se evidencia que la Seguridad Social es reconocida por nuestra ley suprema, como un derecho fundamental, el cual garantiza a la persona como un derecho inherente a ella.

## CONCLUSIONES

1. La historiografía nos confirma que las declaraciones de los derechos del hombre han formado la base para el constitucionalismo y con ello la organización política del Estado con la finalidad legítima de proteger esos derechos fundamentales a la población.
2. La seguridad social en nuestro país es conformada dentro de la garantía de derechos fundamentales a sus habitantes, como un derecho inherente a la persona.
3. Al incluirse la seguridad social en un sistema jurídico el cual tiene su base constitucional en los artículos 100 y 102 inciso r), la instituye como función pública que abarca a toda la nación y la establece como un derecho social mínimo a la clase trabajadora.

## BIBLIOGRAFIA

Díez-Picazo Luis María, Sistema de Derechos Fundamentales 2ª. Edición Thomson Civitas, Navarra España.

Loewenstein Karl. Teoría de la Constitución. Traducción Alfredo Gallego Anabitarde. Editorial Ariel, S.A. Barcelona, España. 4ª. reimpresión.1986.

Mesa Lago, Carmelo, La Seguridad Social en Guatemala, 2ª. Edición, febrero 2000.Salazar Ugarte, Pedro El Nuevo Constitucionalismo. Latinoamericano, Pagina 348, <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Naranjo Mesa Vladimiro, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, 9ª. Edición, Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia 2003.

Núñez Rivero, Cayetano Derecho constitucional Comparado y Derecho Político Iberoamericano, Editorial Universitas, S. A. Madrid España 1ª. Edición 2002.

Sánchez Viamonte Carlos, Manual de Derecho Constitucional, editorial

Kapelusz, Buenos Aires 1959  
Linares Quintana Segundo Víctor.

Viciano Pastor Roberto y  
Martínez R, Aspectos Generales

del Nuevo Constitucionalismo  
Latinoamericano. Corte de  
Constitucionalidad Ecuador, 2010,  
1ª. Edición

LEYES.

Constitución Política de la  
República de Guatemala.

Ley Orgánica del IGSS.

Acuerdo de Junta Directiva No.  
1124.

La lucha contra la corrupción y la impunidad en Guatemala con visible punto de arranque en 2015 y dirigencia por el Ministerio Público y la Comisión CICIG, tienen abiertos innumerables procesos judicializados unos y en investigación otros. Las consecuencias de las investigaciones para iniciar procesos penales pueden llegar a extremos no imaginables toda vez que la corrupción es un efecto de un sistema proclive a su tolerancia y promoción, razón por la que puede afirmarse que la lucha contra la corrupción podría durar muchos años y no alcanzar sus propósitos como consecuencia de los esfuerzos por hacerla ineficaz. Por eso se debe considerar que, mientras se enfrentan los efectos de esa debilidad sistémica, debe a la vez afrontarse las causas de la corrupción, es decir, el sistema mismo, ya sea desde el ámbito jurídico (constitucional, legal, reglamentario) como desde otros ámbitos (promoción de valores, etc.)



GRUPOLEGIS



LEGISGT



GRUPOLEGIS