

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL



**NEOCONSTITUCIONALISMO, BLOQUE
DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA
EN LAS DECISIONES DE LA CORTE
DE CONSTITUCIONALIDAD EN GUATEMALA**

**LICENCIADO
OVIDIO CASASOLA MORALES**

GUATEMALA, FEBRERO DE 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**NEOCONSTITUCIONALISMO, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
Y SU INCIDENCIA EN LAS DECISIONES DE LA CORTE
DE CONSTITUCIONALIDAD EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el Licenciado

OVIDIO CASASOLA MORALES

Previo a conferírsele el Grado Académico de

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magister Scientiae)

Guatemala, febrero de 2018

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II: MSc. Rosario Gil Pérez
VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V: Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Ovidio David Parra Vela
VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz
VOCAL: Dr. Hugo Roberto Jauregui
VOCAL: MSc. Erwin Iván Romero Morales

TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN PRIVADO DE TESIS

PRESIDENTE: Dr. René Arturo Villegas Lara
VOCAL: Dr. Jorge Roberto Taracena Samayoa
SECRETARIO: MSc. Nery Neftalí Aldana Moscoso

RAZÓN: “El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la Tesis sustentada”. (Artículo 5 del Normativo de tesis de Maestría y Doctorado de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrado).

Dra. María del Rosario Velásquez Juárez
Abogada y Notaria

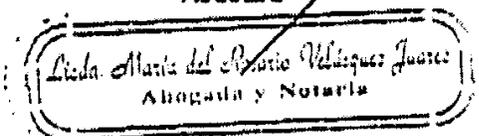
Guatemala, 18 de mayo 2017

Doctor
Ovidio Parra Vela
Director de la Escuela de Posgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria
Guatemala.
Estimado Director:

Por este medio me permito hacer de su conocimiento que con fecha once de noviembre de dos mil catorce, según resolución D.E.E.P. 147-2014 emitida por el Mtro. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez, se aprobó el punto de tesis presentado por el Licenciado Ovidio Casasola Morales DENOMINADO "NEOCONSTITUCIONALISMO, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LAS DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN GUATEMALA"

En cumplimiento al nombramiento para asesorar al licenciado Ovidio Casasola Morales, informo que se ha orientado en el proceso de investigación desde el ámbito metodológico como en su contenido, siendo un aporte para los estudios en materia constitucional, donde los principios y valores deben de ser observados desde esta teoría.

Por lo anterior, considero que la tesis es un aporte a los estudios del Derecho Constitucional, otorgando mi aprobación para ser presentada la tesis de Maestría y continuar con los procedimientos correspondientes.


Dra. María del Rosario Velásquez Juárez
Aseora


Guatemala, 02 de noviembre de 2017.

Dr. Ovidio David Parra Vela
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción y ortografía de la tesis:

**NEOCONSTITUCIONALISMO, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
Y SU INCIDENCIA EN LAS DECISIONES
DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN GUATEMALA**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Ovidio Casasola Morales, de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido, considero que, una vez realizadas las correcciones indicadas, la tesis puede imprimirse.

Atentamente,



Mildred Catalina Hernández Roldán

Colegiada 5456

Dra. Mildred C. Hernández Roldán
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 5456

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, treinta de noviembre del dos mil diecisiete.-----

En vista de que el Lic. Ovidio Casasola Morales aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional**, lo cual consta en el acta número 32-2017 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“NEOCONSTITUCIONALISMO, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU INCIDENCIA EN LAS DECISIONES DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”



Dr. Ovidio David Parra Vela
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



DEDICATORIA

A DIOS:

Universo Infinito, fuente de amor y de plenitud, gracias por regalarme la dicha de vivir, por poder cumplir una más de mis metas profesionales y servir a la sociedad.

A MI MADRE:

Zoila Angélica Morales Miranda, que emprendiste el viaje a la tierra de la eterna luz tranquila, hoy brillas con tanta intensidad que desde el cielo nos cuidas y guías, gracias por tu existencia, por la vida que nos diste y por el legado de amor y enseñanzas que dejaste en tus hijos, nietos y bisnietos; gracias por tu inolvidable sonrisa perfecta y optimismo que nos acompañarán siempre en mente y corazón; con todo amor mamá te dedico este triunfo profesional.

A MIS HERMANOS Y SOBRINOS:

De manera especial a mi hermana Amanda, todo mi amor y agradecimiento por ser la base sólida que sostiene a la familia y por apoyarme toda mi vida.

A EMILIO OROZCO LÓPEZ:

Gracias por todo tu apoyo incondicional, por tus consejos e inspiración para ser cada día una mejor persona y un mejor profesional.

AL ORGANISMO JUDICIAL:

Especialmente a mi otra familia de los Juzgados de Paz de los municipios de Las Cruces y de San José ambos del departamento de Petén por ser parte de este proceso y por todo el apoyo y aprecio que siempre me han brindado.

A LA DOCTORA MARÍA DEL ROSARIO VELASQUEZ JUAREZ

Por ser mi asesora de tesis, su orientación y conocimientos han sido muy valiosos para poder estructurar y desarrollar la presente investigación.

A MI ALMA MATER UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

En especial a la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, gracias por este grado académico que me otorgan y que recibo asumiendo el compromiso de replicar el conocimiento adquirido y de seguir realizando investigaciones jurídicas que sean de aporte a la Academia.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	1
1 Neoconstitucionalismo.....	1
1.1 Antecedentes	2
1.2 Definición	6
1.3 Clasificación.....	20
1.3.1 Neoconstitucionalismo teórico.....	20
1.3.2 Neoconstitucionalismo ideológico.....	20
1.3.3 Neoconstitucionalismo metodológico	21
1.4 Características	25
1.5 Marco histórico del neoconstitucionalismo.....	29
1.5.1 El Derecho natural o iusnaturalismo.....	29
1.5.2 El Derecho positivo o iuspositivismo	33
1.5.3 El constitucionalismo contemporáneo	35
1.5.4 La constitucionalización del ordenamiento jurídico.....	43
1.6 Marco filosófico del neoconstitucionalismo	47
1.6.1 La estructura de la norma	48
1.6.2 Las fuentes del Derecho	50
1.6.3 La otra tesis que sustenta al positivismo jurídico es la no relación entre Derecho y la moral.....	54
1.7 Marco teórico	58
1.7.1 La fuerza normativa de la Constitución	58
1.7.2 La Expansión de la jurisdicción constitucional.....	62
1.7.3 El desarrollo de una nueva dogmática en la interpretación constitucional.....	64
1.8 El nuevo Estado constitucional de derecho	64
1.9 Expansión del neoconstitucionalismo y Derecho global	69
CAPÍTULO II	75



2	Interpretación constitucional	
2.1	Antecedentes	
2.2	Definición	
2.3	Hermenéutica jurídica	
2.4	Tipos de interpretación constitucional	84
2.5	Las reglas y los principios como mandatos de optimización	86
2.6	Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional	89
2.7	La ponderación como método de interpretación constitucional propio del neoconstitucionalismo	98
2.7.1	Método de ponderación y la separación entre reglas y principios	103
2.7.2	El método de ponderación y su principio de proporcionalidad	110
2.7.3	El método de ponderación y su principio de razonabilidad	112
2.8	Principios que tutelan la interpretación constitucional en Guatemala	116
2.8.1	Principio de unidad de la Constitución	118
2.8.2	Principio de concordancia práctica o juicio de ponderación	119
2.8.3	Principio de corrección funcional	122
2.8.4	Principio de la eficacia integradora	123
2.8.5	Principio de la fuerza normativa de la Constitución	125
2.8.6	Principio de respeto al precedente	127
2.9	Mutaciones constitucionales	130
	CAPÍTULO III	135
3	La jurisdicción constitucional en Guatemala	135
3.1	La Corte de Constitucionalidad de Guatemala y sus antecedentes	136
3.2	Sistemas de control constitucional	139
3.2.1	Sistema americano o difuso	143
3.2.2	Sistema concentrado o europeo	145
3.2.3	Sistema mixto	148
3.3	La jurisdicción constitucional guatemalteca y su postura ante el neoconstitucionalismo	152
3.4	Activismo en la jurisdicción constitucional guatemalteca	161
3.5	Perfil de los jueces constitucionales en el siglo XXI	169
3.6	Límites a la interpretación constitucional	173
3.7	El constitucionalismo antidemocrático	178



CAPÍTULO IV	
4 Bloque de constitucionalidad	
4.1 Antecedentes generales	
4.2 Definición de bloque de constitucionalidad	
4.3 Derecho comparado.....	194
4.3.1 El bloque de constitucionalidad en Francia	196
4.3.2 El bloque de constitucionalidad en España	197
4.3.3 El bloque de constitucionalidad en Colombia	199
4.3.4 El bloque de constitucionalidad en Guatemala, su adopción y las bases de su desarrollo jurisprudencial posterior.....	203
4.4 Los dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad.....	211
4.4.1 Bloque de constitucionalidad en sentido estricto	212
4.4.2 Bloque de constitucionalidad en sentido amplio	217
4.5 Contenido del bloque de constitucionalidad en Guatemala	219
4.6 El bloque de constitucionalidad como parámetro de control de constitucionalidad	232
4.7 Bloque de constitucionalidad en Guatemala y análisis de sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad	236
4.7.1 Análisis de sentencia de fecha 17 de julio de 2012 proferida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1822-2011	237
4.7.2 Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015 proferida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1006-2014	246
4.8 El bloque de constitucionalidad y el reconocimiento de nuevos derechos.....	251
4.9 Desafíos y posibilidades para implementar el bloque de constitucionalidad.....	259
CAPÍTULO V	265
5 Control de convencionalidad	265
5.1 Marco convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos	266
5.2 Antecedentes	270
5.3 Definición	277
5.4 Características	281
5.5 Clasificación	288
5.5.1 Control concentrado de convencionalidad.....	288
5.5.2 Control difuso de convencionalidad.....	290

5.5.3	Grados de realización del control de convencionalidad.....	293
5.6	La actitud del Estado de Guatemala ante la jurisdicción de la Corte IDH.....	295
5.7	La Corte de Constitucionalidad de Guatemala y su postura ante el control de convencionalidad difuso.....	298
5.8	La Corte IDH y el establecimiento de un orden supralegal y supranacional	308
5.9	Presente y futuro de la doctrina del control de convencionalidad.....	312
CONCLUSIONES	317
BIBLIOGRAFÍA	321





LISTADO DE ABREVIATURAS

Constitución Política de la República de Guatemala	(CPRG)
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	(CIDH)
Convención Americana sobre Derechos Humanos	(CADH)
Corte de Constitucionalidad de Guatemala	(CC)
Corte Interamericana de Derechos Humanos	(Corte IDH)
Organización de Estados Americanos	(OEA)
Organización de las Naciones Unidas	(ONU)
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	(SIDH)

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo elaborado en el marco del “Neoconstitucionalismo, constitucionalidad y su incidencia en las decisiones de la Corte de Constitucionalidad en Guatemala” se encuentra estructurado en cinco capítulos que desarrollan de forma integral esta teoría jurídica, filosófica y doctrinaria que sirve de base para la creación del nuevo Estado constitucional de derecho, donde los derechos humanos son esenciales para garantizarlo.

Mi motivación para seleccionar este tema para una investigación de postgrado fue el deseo por profundizar en esta doctrina cuya finalidad es el reconocimiento progresivo de los derechos humanos, la expansión de la jurisdicción constitucional y la nueva dogmática de interpretación constitucional, encontrando doctrina abundante y difusa en vista que toma postulados de la tradición constitucional estadounidense y europea, siendo de esta que surgen grandes aportes como la democracia y los derechos humanos. En ese contexto fue necesario primeramente identificar los ejes centrales de esta doctrina y posteriormente desarrollar la temática atinente a cada uno de ellos; también surge de la necesidad de darla a conocer a los estudiantes de las ciencias jurídicas, pero, sobre todo, a los operadores de justicia quienes dentro de un sistema democrático y republicano están llamados a preservar la garantía de la Constitución, evidenciándose en la experiencia jurisdiccional apego a los postulados del positivismo jurídico, siendo necesario concebir el texto constitucional como axiológico para poder concretar la plena realización de los derechos fundamentales, especialmente del valor justicia que debe atender al principio de la dignidad de la persona y que constituye el parámetro para determinar la legitimidad y democracia del poder público delegado por el pueblo soberano.

El primer capítulo se denomina: “Neoconstitucionalismo” y está orientado a sistematizar toda la teoría difusa que existe de esta doctrina surgida después de la Segunda Guerra Mundial, momento en que se cuestionó en dejar en manos de los legisladores los derechos de las personas, ello ante el eventual fracaso del positivismo jurídico



decimonónico y por las incontables violaciones a derechos humanos y los daños a la lesa humanidad cometidos durante esa época; en consecuencia surgió un movimiento constitucionalizador en Europa, con Constituciones que ya no solo organizaban el poder y la estructura del Estado, sino que también contenían un amplio catálogo de derechos humanos individuales y sociales, en ese escenario la Constitución deviene norma de normas y tiene un efecto irradiador sobre el ordenamiento jurídico. Como toda Filosofía de Derecho, el neoconstitucionalismo tiene un marco histórico, teórico y filosófico que lo fundamentan y que son ampliamente desarrollados en este capítulo, cuestionándose la tradicional teoría de las fuentes del Derecho y evidenciando la necesidad de la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación del texto supremo como garantía de la democracia.

El segundo capítulo: “Interpretación constitucional”, tiene como base el marco teórico de esta doctrina dentro del que se desarrolla la nueva dogmática de interpretación constitucional, haciendo énfasis en el principio de constitucionalidad, sustituyendo el método de la subsunción propio del positivismo jurídico por el método de ponderación y sus principios de proporcionalidad y razonabilidad en caso que existan derechos fundamentales en colisión, con la debida excepción de la ley sustantiva penal en la que el principio de legalidad debe ser interpretado en armonía con este nuevo modelo de interpretación constitucional, prefiriendo en todo caso la aplicación de principios como mandatos de optimización. Este tema está relacionado con la fuerza normativa de la Constitución y al principio de supremacía constitucional, dentro de ese contexto los jueces y juezas ejercen un activismo bastante marcado y están obligados a realizar una interpretación finalista o teleológica del texto supremo, debiendo motivar, argumentar y fundamentar sus decisiones y midiendo los alcances de las mismas en el ámbito jurídico, político, social y económico, entre otros. Es a partir de este capítulo que se analiza jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala para evidenciar la recepción y aplicación de esta doctrina favoreciendo una interpretación abierta o extensiva de la Constitución que favorezca la optimización de los derechos fundamentales de las personas.



El tercer capítulo desarrolla el tema de la jurisdicción constitucional en Guatemala, parte de los antecedentes de la Corte de Constitucionalidad, se abordan los sistemas de control de constitucionalidad, especialmente el sistema mixto o dual adoptado por Guatemala y la función del Tribunal Constitucional como legislador negativo; es a través del desarrollo jurisprudencial que se ha demostrado su amplia cultura jurídica, evidenciando también la existencia de un activismo judicial que irrumpe en la dimensión de lo político, económico y social al reinterpretar la norma constitucional o cuando declara nuevos derechos con base en el bloque constitucional teniendo como efecto la plena vigencia del texto supremo para la generación actual dado que sus sentencias son con efectos *erga omnes*. Es necesario también fijar límites a la interpretación constitucional que realiza, pues con sus decisiones también obliga al Estado. También es necesario que los operadores de justicia tengan determinado perfil con cualidades profesionales y personales que se ajusten a los requerimientos de imparcialidad, independencia y compromiso con la garantía de los derechos humanos y en resguardo del principio de supremacía de la Constitución.

El cuarto capítulo aborda el tema del bloque de constitucionalidad como la parte adjetiva del neoconstitucionalismo; esta figura procesal fue implementada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la sentencia de fecha 17 de julio de 2012 dentro del expediente 1822-2011, en la que también acoge la figura doctrinaria de la inconstitucionalidad general por omisión, de esa forma se dio un desarrollo notable en su jurisprudencia pues se apartó de su doctrina legal sostenida durante muchos años al interpretar con visión finalista los artículos 44 y 46 constitucionales y reconocer que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, al ser parte del bloque de constitucionalidad, tienen rango de ley constitucional y son parámetro para determinar la constitucionalidad del Derecho ordinario y de los actos de poder. En ese sentido, se definió el bloque de constitucionalidad como la herramienta para integrar al texto formal de la Constitución todos aquellas normas y principios contenidos en dichos instrumentos internacionales que aunque no forman de él vienen a desarrollarlo y ampliar la garantía de protección de los derechos humanos en coherencia con la legislación interna pues la complementan.



En el quinto capítulo se desarrolla la figura procesal del control de convencionalidad concepto doctrinario y jurisprudencial configurado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la sentencia del caso Almonacid y Arellano contra el Estado de Chile en 2006; es a partir de allí que la citada Corte empieza a desarrollar su doctrina indicando que todos los jueces están obligados a realizar el control de convencionalidad de oficio entre las normas internas y la CADH y la interpretación que de la misma ha hecho la citada Corte. Su objeto es concretar la garantía de los derechos humanos en todos los Estados que soberanamente han reconocido la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano.

Inicialmente, en el plan de investigación se planteó como hipótesis, que: *“La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, ha adoptado los postulados del neoconstitucionalismo y ha definido el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, propiciando una interpretación abierta o extensiva de la Constitución Política de la República en pro de la garantía y progresividad de los derechos fundamentales y la consolidación del Estado constitucional de derecho”*. Durante el desarrollo de la investigación dicha hipótesis fue comprobada totalmente, pues con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial aludido se ha demostrado cómo la Corte de Constitucionalidad adopta íntegramente la doctrina neoconstitucionalista, propiciando una interpretación constitucional en la que tienen primacía los valores y principios inspirados en la dignidad de la persona y ponderando debidamente los mismos en casos de colisión. Asimismo, al definir el bloque de constitucionalidad se apartó de su jurisprudencia al reconocerles rango constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los que a la vez son parámetro de constitucionalidad de las leyes y vienen a completar la Constitución y desarrollarla implementando mecanismos de control constitucional para preservar su supremacía y adoptando el control de convencionalidad para determinar de oficio la compatibilidad de las leyes ordinarias ya no solo conforme a la Constitución, sino también conforme a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el marco convencional del derecho que está en estudio, ejerciendo un control jurisdiccional del político del poder que sustente la existencia del Estado constitucional de derecho.



CAPÍTULO I

NEOCONSTITUCIONALISMO: ANTECEDENTES, DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN, CARACTERÍSTICAS, MARCO HISTÓRICO, FILOSÓFICO Y TEÓRICO, EL NUEVO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, EXPANSIÓN DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y DERECHO GLOBAL.

1 Neoconstitucionalismo

En este capítulo se abordará el tema del neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno, mismo que consiste en un cambio de paradigma en la forma de ver y entender el Derecho, es un término relativamente nuevo dentro de la doctrina jurídica. Para comprender este fenómeno jurídico se hará un breve reseña de los estadios del Derecho partiendo del Derecho natural hasta la constitucionalización del Derecho; derivado de ello se colige que se está ante una nueva filosofía jurídica, que empezó a gestarse posteriormente a la Segunda Guerra Mundial y que, los Estados que han adoptado esta corriente de pensamiento filosófico jurídico, se caracterizan por tener Constituciones escritas, rígidas y garantizadas e invasoras del resto del ordenamiento jurídico, es decir, que se da un efecto de irradiación de la ley fundamental sobre el resto de las leyes. Estas Constituciones contienen un amplio catálogo de derechos humanos tanto individuales como sociales, prevaleciendo el principio pro persona, conceptos como dignidad de la persona, libertad, igualdad, democracia, Estado constitucional de derecho son de obligatoria observancia.

El objetivo de este capítulo es que el lector comprenda ampliamente esta doctrina jurídica partiendo desde su marco histórico que explica su surgimiento y desarrollo; su fundamentación en un bien estructurado marco filosófico, que configura y desarrolla la necesaria vinculación entre el Derecho y la moral, uno de los postulados fundantes de la misma y que los teóricos del Derecho no dan por agotada la discusión, pues trata de superar la idea positivista que el Derecho debe estar desprovisto de toda concepción

moralista; para concretarla los y las juezas constitucionales deben abandonar la rigidez del positivismo jurídico y retomar las bases del Derecho natural, haciendo un debido balance y una labor argumentativa a conciencia que garantice a las personas el acceso a la justicia en condiciones de igualdad y una tutela judicial efectiva. Y por último, esto persigue también mostrar el marco teórico de esta doctrina en el que se desarrollan conceptos como la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la justicia constitucional y el nuevo desarrollo de la dogmática en la interpretación constitucional. Esto, en contraposición al iuspositivismo significa que los jueces y juezas al momento de resolver casos que impliquen violación o amenaza de derechos humanos de las personas, deben hacerlo primeramente aplicando la Constitución, los tratados y convenciones en materia de Derechos Humanos, y luego la ley ordinaria vigente siempre tomado en cuenta el principio pro persona, dando lugar a una nueva hermenéutica jurídica, que para su aplicación, propugna por el abandono del método interpretativo formalista de la subsunción y sus reglas propio del positivismo jurídico por el método de la ponderación y sus principios de proporcionalidad y razonabilidad reconfigurando así la importancia de los principios y valores contenidos en la Constitución.



1.1 Antecedentes

El constitucionalismo contemporáneo según Miguel Carbonell (2009:9) ha definido sus rasgos característicos en los últimos 50 años del siglo XX, especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial y son ejemplos de este tipo de Constituciones las promulgadas en Italia en el año 1947, Alemania en 1949, Portugal en 1976, España en 1978. A la vez es importante señalar que Latinoamérica no ha sido ajena a este movimiento y en países como Brasil en 1988, Colombia en 1991 y Ecuador en 2008 existen Constituciones consideradas neoconstitucionalistas porque se caracterizan por la inclusión de un amplio catálogo de derechos fundamentales. Para el autor citado, el constitucionalismo no ha permanecido estático, sino que ha evolucionado en muchos sentidos. Dicho en forma breve durante, este tiempo se ha producido un gran desarrollo doctrinario basado en los aportes de distintos teóricos y en el perfeccionamiento de la

jurisprudencia que los tribunales constitucionales han ido produciendo a lo largo de los años. Ello dio lugar al nacimiento de una doctrina jurídica garantista con bases sólidas para reafirmar el Estado constitucional de derecho y la plena vigencia de los derechos fundamentales.



El neoconstitucionalismo es una doctrina filosófico-jurídica que surge en contraposición al positivismo jurídico nacido de una ideología liberal, que configuró el modelo de Estado de derecho con la respectiva limitación del poder público y cuya intención fue terminar con el absolutismo. Dentro de ese contexto, la ley y solamente la ley era la que gobernaba la conducta de gobernados y gobernantes, tanto que se identificaba ley con Derecho y si algo no estaba establecido por la ley, no era Derecho. Es decir, que se confundía *lex* con *ius*; en esos casos la función de los jueces se encontraba limitada a la aplicación mecánica de la ley, es decir, que el juez no podía interpretar la ley pues esta ya se la había dado el legislador, este sistema fue llamado legicentrismo. Para Gustavo Zagrebelsky: “El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo, que se afirmaba asimismo a través del principio de legalidad” (1995:49).

El constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, según Andrés Gil Dominguez (2009:12-13) se refiere a un determinado modelo de Estado de derecho para definir determinada organización política, para este autor, esta doctrina se ha formado con la influencia de las dos grandes corrientes constitucionales: a) la norteamericana que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos, su contribución básica es la idea de la supremacía constitucional y su correspondiente garantía jurisdiccional, es decir, que la garantía de la Constitución se le atribuye al poder judicial, que debe mantenerse fuera del debate político. Este tipo de judicialismo se limita a vigilar el cumplimiento de las reglas básicas de la organización política y b) la corriente europea que estableció Constituciones con denso contenido normativo, pero sin garantías, persigue la transformación social y política; la Constitución no se limita solo a las reglas de juego, sino que condiciona las decisiones colectivas presentes y futuras y lo hace a través del establecer un amplio catálogo de derechos fundamentales que, como afirma el autor citado, inciden en la agenda política.

Prieto Sanchis (2003:110) establece que:



El neoconstitucionalismo conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde irremediablemente la última palabra se encomienda a los jueces.

En un reciente estudio sobre Filosofía del Derecho contemporáneo (Faralli, 2007:83) se afirma que:

La Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y el marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico.

Si bien es cierto, como afirman los autores antes indicados, la Constitución viene a convertirse en la norma suprema que otorga contenido sustancial al constitucionalismo moderno transformándolo intrínsecamente, también es cierto que paralelamente a dicha sistematización del Derecho constitucional, ha habido todo un desarrollo teórico que tiene su fuente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán constituido después de la II Guerra Mundial, cuando se repensó en dejar en las manos de los legisladores ordinarios los derechos de las personas, pues había quedado demostrado el fracaso del positivismo jurídico, pues vino a justificar las atrocidades cometidas por el nacionalsocialismo de la Alemania nazi, un sistema formalista en exceso hizo necesario replantear la forma de concebir el Derecho, y con la intención de evitar que hechos tan deleznable se cometieran de nuevo en contra de la humanidad. Como consecuencia surgió un fuerte movimiento en pro de Constituciones que ya no solo organizaran el poder sino que incluyeran el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales de las personas, de esa forma la Constitución se convierte en el centro del ordenamiento jurídico.

Posteriormente se da el fenómeno de la constitucionalización del Derecho que se caracteriza porque la Constitución invade e impregna todas las esferas del Derecho infraconstitucional, exigiendo a los jueces observar siempre su supremacía. Dentro de ese contexto las decisiones de estos adquieren suma importancia y vienen a ser un precedente para resolver nuevos casos desde una labor interpretativa judicial en la que impera el principio pro persona o de dignidad humana, es decir, que los y las jueces al resolver un caso concreto debe acudir a la norma más protectora con la finalidad de garantizar derechos humanos fundamentales o en sentido contrario aplicar una norma o hacer de ella la interpretación más restringida al momento de limitar o restringir el ejercicio de derechos humanos tales como la vida, la seguridad, educación, salud, libertad, entre otros. Así, se puede concluir que los operadores de justicia constitucionales se convierten en garantes de los derechos fundamentales y de la preservación del principio de supremacía constitucional y de la expansión de la justicia constitucional que consolide el Estado constitucional de derecho y la realización de la democracia.

No obstante que el neoconstitucionalismo es una doctrina jurídica reciente, su desarrollo y consolidación en el ámbito doctrinario y jurisdiccional cada día es mayor y va ganando seguidores en virtud que las sociedades van desarrollándose dentro del nuevo mundo globalizado y el Derecho debe hacerlo también para responder a las necesidades que se van creando. Los derechos fundamentales tienen como una de sus principales características la progresividad y el Derecho no debe quedarse rezagado sino debe evolucionar también ante la nueva realidad jurídica, social y económica de la sociedad; aunque si bien es cierto, la conceptualización y denominación del término neoconstitucionalismo es reciente, pues fue utilizada por primera vez en los años noventa del siglo pasado en la Escuela de Filosofía de Derecho de la Universidad de Génova, Italia, por Susanna Pozzolo, quien junto a Mauro Barberis y Paolo Comanducci acuñaron dicho término para referirse a una forma particular de ver y entender la teoría de la Constitución (Pozzolo, 1998:339).





En esencia, lo que ha estado ocurriendo en las últimas décadas es un desmoronamiento del legicentrismo a una forma de concebir el Derecho más humana retomando nuevamente los postulados del Derecho natural y positivándolos para obligar al Estado a su pleno cumplimiento y vigencia, pues en las Constituciones europeas de posguerra se atribuyó normatividad a los principios y valores al ser constitucionalizados, surgiendo así la necesaria interconexión entre Derecho y moral, que es una de las ideas principales del neoconstitucionalismo que se apoya en las tesis ampliamente difundidas por los maestros Ronald Dworkin y Robert Alexy. De esa forma retoman los postulados iusnaturalistas y son constitucionalizados los valores, ahora denominados derechos fundamentales, en tal virtud, se pretende superar al iuspositivismo jurídico que sostiene que el Derecho debe estar necesariamente separado de la moral y la Constitución impregnada de valores se convierte en ley suprema del ordenamiento jurídico y no la ley como era anteriormente.

1.2 Definición

El término neoconstitucionalismo alude a una nueva forma de concebir el constitucionalismo moderno; surge como una doctrina contrapuesta al positivismo jurídico y su rígido principio de legalidad. Encuentra su fundamento en la corriente postpositivista y presenta una serie de cambios estructurales que autores como Luis Prieto Sanchís o Miguel Carbonell, quienes lo denominan “un cambio de paradigma”, es decir, un cambio en la forma en que vemos y concebimos el Derecho. Implica también una novedosa y distinta teoría de la ciencia jurídica con una Constitución transformadora que se ubica en la cúspide el ordenamiento jurídico y que está inspirada por principios, distintos a las reglas del positivismo jurídico y que viene a determinar, influir o invadir el resto del ordenamiento jurídico ordinario, es decir, que uno de sus presupuestos es la existencia de un ordenamiento jurídico constitucionalizado.

Autores como Robert Alexy, Habermas, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, Carlos Bernal Pulido, Gustavo Zagrevelski, Miguel Carbonell y Paolo Commanducci, por citar algunos, son considerados ya de una forma

más abierta como exponentes de esta doctrina jurídica puesto que con sus desarrollos teóricos e investigación constante están contribuyendo en su construcción creando nuevos elementos estructurales para configurar el nuevo Estado constitucional de derecho garante de los derechos humanos. Constituye también una nueva forma de interpretar el Derecho bajo nuevos parámetros que garanticen la consolidación y plena vigencia de los derechos fundamentales.

El constitucionalismo contemporáneo persigue transformar el concepto habitual de Derecho y su forma de interpretarlo con una nueva metodología jurídica enmarcada dentro de un nuevo orden de valores que se desbordan sobre todo el orden normativo. Lo anterior ha ocasionado que los seguidores del positivismo jurídico imperante vean a esta corriente doctrinaria como una amenaza al tan resguardado régimen de legalidad que propugnan. Dentro de este nuevo orden que tuvo como génesis el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico ordinario, se destaca la omnipresencia de la Constitución que se caracteriza por su rigidez y por la incorporación de una amplia gama de derechos fundamentales que vienen a ser el tema central para su observancia y vigencia, y que adquieren enorme importancia en la vida jurídica y política.

La Constitución, sus principios y valores axiológicos y los desarrollos o aportes teóricos y no la ley formal con su “deber ser” pasan a ocupar la centralidad para su análisis y aplicación dentro de la nueva teoría general del Derecho, concebida desde esta nueva corriente doctrinaria que pretende influenciar a los jueces para que al momento de interpretar y aplicar la ley, lo hagan realizando y garantizando los derechos fundamentales de forma efectiva. Para ello deberán sustituir el viejo método de la interpretación por subsunción propia del positivismo jurídico por el método de la ponderación con sus reglas y principios como se expondrá en otro capítulo de esta investigación.

Pero para conocer todo este andamiaje doctrinario jurídico es necesario acudir a los postulados que sustentan varios autores de esta nueva teoría del Derecho, que propone un cambio de tesis en la definición del mismo.





Miguel Carbonell, quien es denominado como una de las voces de esta nueva doctrina, en la parte introductoria de su obra recopilatoria “Neoconstitucionalismo (s)”, indica que cuando se habla de neoconstitucionalismo se hace referencia a dos cuestiones que deben estudiarse por separado; por una parte, se refiere a una serie de fenómenos evolutivos que han impactado en lo que muchos denominan el paradigma del nuevo Estado constitucional y, por otra parte, se alude a una nueva teoría de Derecho que está en pleno proceso de consolidación y que ha propugnado esos cambios. Asimismo, expresa que buena medida las ideas del neoconstitucionalismo seguirán estando en el futuro inmediato en continuo cambio, como lo estarán también las sociedades en las que quiere aplicarse (2009:10-12).

Esta doctrina representa un nuevo paradigma que busca la optimización de los derechos fundamentales a través de una interpretación más amplia de la Constitución con base en los principios y valores contenidos en ella. De esa forma, como afirma Carbonell en líneas anteriores, si las sociedades cambian, la forma de concebir la Constitución también debe cambiar a una forma más abierta que la mantenga vigente. En ese orden de ideas, el jurisconsulto Luigi Ferrajoli en su obra “Sobre los derechos humanos” que fue traducida por Miguel Carbonell, indica que:

Este paradigma se sustenta en la interpretación, la argumentación, la omnipresencia de la Constitución, implica que debe ser el objeto que mida todas las cosas; de igual manera los límites al poder aparecen como una de las características del neoconstitucionalismo, en el Estado constitucional de derecho no existen poderes soberanos, ya que todos están sujetos a la ley constitucional. (<http://www.ejournal.unam.mx/cuc/cconst15/CUC1505.pdf> Recuperado el 13-03-2016).



En la segunda mitad del siglo XX hubo un cambio estructural que condujo a la creación del nuevo Estado constitucional, ya no se habla solo de un Estado de derecho sino de un Estado más avanzado que incluye al Estado de derecho. En consecuencia, la Constitución se aplica directamente y tiene rango de norma suprema, relegando la supremacía de la ley que para el positivismo jurídico era la fuente suprema y con la finalidad de resguardar esa plena vigencia del nuevo orden constitucional y la consolidación del nuevo Estado constitucional, se crearon tribunales constitucionales encargados de velar por la defensa de la Constitución; Con relación a este tema, Aguilera Portales indica que:

Un Estado constitucional implica un Estado de derecho, pero no todo Estado de derecho implica necesariamente ser un Estado constitucional. El Estado de derecho quiere expresar el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas como principio de legalidad, división de poderes, seguridad jurídica. Sin embargo, el Estado constitucional especifica que es la Constitución a la que ante todo y primariamente se somete el Estado (2008: 93).

Para el iusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli (2004:36) el cambio de paradigma que representa el neoconstitucionalismo debe ser concebido desde el punto de vista de la validez y legitimación de las normas. Según el autor, una norma no será válida por el simple hecho de haber sido creada por el Parlamento, sino por lo que esta dice, en tal virtud debe atenderse a su contenido que está condicionado a normas superiores como los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional. Para Ferrajoli, el garantismo es uno de los ejes cruciales para la efectiva consolidación del nuevo Estado constitucional, pues se deben tutelar y establecer mecanismos para proteger los derechos fundamentales frente a las intromisiones del poder público, especialmente frente al legislador. El autor Durango Álvarez (2007:198), establece que una de las funciones del garantismo “consiste en hacer patente las lagunas y antinomias que se presentan en el ordenamiento jurídico y el juez tiene encomendada la función de depurarlas”.



Para el autor alemán Jurgen Habermas (2008:97), el Estado democrático dentro del cual se desarrolla el constitucionalismo contemporáneo, construcción culminada sino más bien tiende a renovarse o ampliarse con la aparición de nuevos derechos fundamentales como el derecho al medio ambiente, a la calidad de vida, derecho de acceso a la información, derechos de los consumidores y derechos culturales, entre otros. Indica Habermas que este nuevo constitucionalismo en el que él llama el Estado democrático de derecho, el Estado es una edificación permanente abierta a renovar, ampliar y actualizar las normas jurídicas a nuevas circunstancias, concluye que: “El Estado democrático de derecho aparece en su conjunto no como una construcción acabada, sino como una empresa accidentada, irritante, encaminada a establecer o conservar, renovar o ampliar un ordenamiento jurídico legítimo en circunstancias cambiantes” (el subrayado no aparece en el texto original).

El Doctor Luis Prieto Sanchís resume al neoconstitucionalismo de la siguiente forma: “Una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces” (2009:127).

En ese orden de ideas Olano (2006:29) cita también a Prieto con una definición más amplia de neoconstitucionalismo:

Con el nombre de neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se alude tanto a un modelo de organización jurídico política o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del Derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho.

De la anterior definición dada por Prieto Sanchís se pueden extraer tres elementos sustanciales que sirven para configurar o establecer qué es el neoconstitucionalismo:

1. El neoconstitucionalismo alude a un cierto Estado de derecho, formado de la convergencia de las dos tradiciones constitucionales; en concordancia con Andrés Gil Domínguez, (2009:12) indica que el neoconstitucionalismo se refiere a un cierto modelo de Estado de derecho que define una determinada forma de organización política, agrega que este modelo es el resultado de la unión de dos tradiciones jurídicas constitucionales que han transitado por senderos separados y aun opuestos. La tradición norteamericana que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como un pacto de garantías mínimas que permite asegurar la libertad de los individuos con la finalidad que sean ellos quienes en un plan democrático diseñen su plan de vida. Esta tradición ha contribuido notablemente en el desarrollo del principio de supremacía de la Constitución y en sus garantías jurisdiccionales; dentro de ese sistema su garantía se atribuye al que consideran el poder más neutro: el judicial. El problema surgió cuando se trató de garantizar la efectividad constitucional y hacer real su contenido y como consecuencia de la defensa constitucional ejercida por los jueces, nace el judicialismo, aunque ellos defienden este sistema al decir que es solamente para vigilar el respeto hacia las reglas básicas de organización política de la sociedad.

El maestro Andrés Gil Domínguez (2009:12) en su obra “Escritos sobre neoconstitucionalismo”, expresa que es en Estados Unidos donde se empieza a desarrollar el principio de supremacía constitucional en vista que la Constitución se erige como base del sistema jurídico y deviene norma fundamental al ser el parámetro de legitimación de todo el sistema normativo. En consecuencia, todo acto o norma que no se ajuste o contraría el texto supremo es nula de pleno derecho. Este principio aparece en forma clara en el artículo 6 de su Constitución de 1776 ya que establece la superioridad de la Constitución sobre las Constituciones y leyes locales, la justicia constitucional se concibe como una garantía jurisdiccional de la Constitución. El precedente más importante en este sentido lo constituye el hecho por la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso Marbury versus Madison en el año 1803, el que a través del voto del juez Marshall explica la sustentación de dicho sistema.



A manera de ampliar este tema, el autor Gozaini, citado por Pereira-Orozco, Richter E, Marcelo Pablo; Castillo Mayen, Víctor Manuel y Morales Alejandro, indicó lo siguiente:



La esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cada individuo a demandar la protección de las leyes. Los poderes del Estado no son absolutos, y eso vale para todos los que participen en el Gobierno. La Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y si existe alguna disposición en contrario u otra ley que se le oponga, será deber de los jueces evitar el conflicto, declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior. La confianza en la rectitud y honestidad de la judicatura subyace en la sentencia apenas bosquejada. La crítica a este tipo de control, fundada en el peligro de exacerbar los poderes de los jueces, es inimaginable dentro de este esquema. Si son justamente los jueces quienes deben intervenir en todas las causas que se susciten como consecuencia de la aplicación de la norma fundamental, es dentro de sus expresas facultades que les corresponde ejercer este tipo de control (2011:273).

Los aportes de la tradición norteamericana al neoconstitucionalismo son importantes y para ejemplificar cómo la doctrina del precedente ha ido desarrollando el principio de supremacía constitucional (en que con su aplicación se declara, por así decirlo, el control de constitucionalidad de las leyes), como se puede observar la Suprema Corte de Estados Unidos ha sentado precedentes o lo que en nuestra cultura jurídica denominamos jurisprudencia, misma que es invocada por los jueces constitucionales al momento de emitir un nuevo fallo. También vale citar la sentencia del caso denominado Loving versus Virginia en el año 1967, que fue una decisión histórica a favor de los derechos civiles pues invalidó leyes que prohibían el matrimonio interracial¹, en ese orden de ideas, también es necesario mencionar la sentencia histórica de fecha 26 de

¹ El caso fue llevado por Mildred Loving, una mujer negra, y Richard Loving, un hombre blanco, quienes fueron sentenciados a un año en la cárcel en Virginia por haberse casado. El matrimonio de ellos violó el estatuto contra mestizaje del Estado, el Acta de Integridad Racial de 1924, que prohibió matrimonio entre personas clasificado como "blanca" y personas clasificado como "coloreado". <https://es.wikipedia.org/wiki/Usuario:Axelfar/pruebas>



junio de 2015 emanada por la Suprema Corte estadounidense, en la que aludiendo al precedente anterior y sobre todo el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las personas, aprobó el matrimonio igualitario, es decir, el matrimonio entre personas del mismo sexo, decisión que surtió efecto inmediato en los cincuenta Estados y en Puerto Rico por ser Estado asociado. En relación con esa decisión, el juez conservador Anthony Kennedy quien se sumó a los cuatro miembros de la Corte Suprema de tendencia progresista para permitir el matrimonio igualitario indicó: "No hay ninguna unión más profunda que el matrimonio" (http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/06/150626_noticias_derechos_matrimonio_ga_y_estados_unidos_amv 25-06/2015 Rescatado el 13/03/2016).

En Guatemala el principio de supremacía constitucional se encuentra establecido en el artículo 175 de la Constitución Política de la República: "Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas *ipso jure*". De igual forma se encuentra contenido en el último párrafo del artículo 44 al indicar que: "Serán nulas *ipso jure* las leyes y las disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza" y por último el artículo 204 constitucional establece que: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado. La Constitución tiene suprallegalidad sobre el ordenamiento jurídico ordinario y es esta la que constituye la garantía jurídica de la supremacía constitucional.

Finalmente, se puede decir que la tradición estadounidense ha evidenciado un desarrollo de normas formales y la regla es que las sentencias de la Suprema Corte deben ser obedecidas por los tribunales de cada Estado y por la misma Corte, provocando una mutación constitucional en el Derecho constitucional consuetudinario porque la doctrina que establece está basada en el sistema del precedente o del *stare decisis* que significa: Respetar lo decidido y no cuestionar puntos ya resueltos, soportando de esa forma toda la vinculatoriedad de la doctrina que emana.



La segunda tradición que ha inspirado la doctrina neoconstitucionalista es el constitucionalismo europeo de postguerra, que es concebido como la cristalización de un proyecto político bien sistematizado, pues retoma los ideales de la Revolución francesa. Para Prieto Sanchís citado por Gil Domínguez, esta concibe la Constitución como un proyecto político bien sistematizado que no se limita a fijar las reglas de juego, sino que participa en él, viene a condicionar toda decisión en materia de salud, educación, vivienda, seguro social entre otras, inspirando el nacimiento del llamado “welfare State”, es decir, el Estado benefactor o Estado social garantista de derechos humanos individuales y desarrollando notablemente los derechos fundamentales de corte social, todo ello en consonancia con el modelo económico determinado de cada país.

La tradición constitucional europea fuertemente inspirada por los postulados de la Revolución francesa o también llamada Revolución liberal, fracasó en mantener su fuerza normativa frente a los poderes constituidos tales como el legislador y el Gobierno. Este constitucionalismo se volvió legalismo con una estricta y formal interpretación de la ley, no de la Constitución, es así como después de la Segunda Guerra Mundial se retoma la idea de un constitucionalismo garante de derechos fundamentales cuyo programa transformador de la sociedad quería tomar forma en un texto legal superior. Aporta al neoconstitucionalismo un amplio programa normativo tendiente a transformar la legislación y jurisprudencia desarrollada por sus tribunales constitucionales, que tienen como finalidad garantizar la vigencia y progreso de los derechos humanos. Esa tendencia entonces va mucho más allá de la exigencia de la organización del poder, sino que crea las bases para el surgimiento de un nuevo Estado que supere al Estado legalista de derecho propio del positivismo jurídico, por un Estado de derechos o el Estado constitucional de derecho, en el que prime el principio de constitucionalidad sobre el principio de legalidad. Dentro de este nuevo contexto, el constitucionalismo contemporáneo desarrolla una novedosa teoría jurídica que tiene bases filosóficas, jurídicas, sociales y políticas, aunado a los aportes teóricos que los juristas han hecho para consolidarla, es por eso que a este neoconstitucionalismo también se le estudia como una ideología que está en expansión global.

Para el maestro Prieto, el neoconstitucionalismo reúne elementos de las dos tradiciones un fuerte contenido normativo y también garantías jurisdiccionales, teniendo como efecto Constituciones normativas garantizadas.



2. El neoconstitucionalismo es una teoría del Derecho. El filósofo Prieto Sanchís determina que el mismo “representa la incorporación de postulados distintos y contradictorios e impone una profunda revisión de la teoría de las fuentes del derecho” (2009:286).

Calderón (2013:18) citando al Doctor Prieto Sanchís, expresa que el neoconstitucionalismo inspira una nueva teoría del Derecho, señalando que dentro de los rasgos más sobresalientes están:

- a) Más principios que reglas;
- b) Más ponderación que subsunción;
- c) Omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas,
- d) Omnipotencia judicial, en lugar de autonomía del legislador ordinario y
- e) Coexistencia de una constatación plural de valores.

Coligiendo lo antes anotado, efectivamente, el neoconstitucionalismo propone un nuevo método de interpretación denominado de ponderación de valores, con base en sus principios de proporcionalidad y de razonabilidad. Es decir, que actualmente los jueces y juezas para resolver un caso sometido a su conocimiento deben tomar en cuenta la progresividad de los derechos humanos y ya no acudir solamente a la ley nacional, sino que en pro de ser garante de los mismos, puede invocar tratados y/o convenios ratificados por el país y que forman parte del ordenamiento jurídico. En su labor puede concluir que los métodos tradicionales de interpretación resultan insuficientes, pues ahora debe aplicar principios constitucionalizados frente a una norma y en otros casos puede haber colisión entre principios, debiendo hacer una debida ponderación de los mismos. Solamente así logrará realizar los mandatos de optimización de los derechos fundamentales.



3. El neoconstitucionalismo constituye una ideología que justifica o defiende una fórmula política designada que puede identificarse como una filosofía política que considera que el Estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política. Carbonell indica que:

No cabe duda que el Estado constitucional representa una fórmula del Estado de derecho, acaso su más cabal realización, pues si la esencia del Estado de derecho es el sometimiento del poder al Derecho, solo cuando existe una verdadera Constitución ese sometimiento comprende también al legislativo (2009:129).

En relación con el tema, Comanducci citado por Jairo Boris Calderón (2013:19), afirma que el planteamiento de un neoconstitucionalismo ideológico sugiere establecer y garantizar en un primer plano los derechos fundamentales valorándolos positivamente propugnando su defensa y ampliación, y en segundo plano, la limitación del poder estatal. Se establece que el neoconstitucionalismo no instituye una solución para todos los problemas que se plantean dentro del establecimiento del Estado constitucional de derecho, sin embargo, provee herramientas que permiten a los jueces y juezas constitucionales ser garantes de los derechos fundamentales.

En otro orden de ideas, los autores citados en el párrafo precedente, también hacen alusión a un neoconstitucionalismo metodológico para poder determinar un puente entre el Derecho y la moral e indican que el ordenamiento jurídico debe tener sus bases en un mínimo de valores, los cuales quedan incorporados a la Constitución, siendo determinante la función de los jueces y juezas constitucionales en la sociedad. Se abandona así la idea que son solamente representantes de la ley, pues, dentro del constitucionalismo moderno desarrollan su función de forma activa, se les exige la constante actualización y formación para que a la hora de realizar su labor interpretativa de las normas, lo deben hacer desde y hacia la Constitución ponderando todos esos principios y valores que contiene.



Prieto Sanchís citado por Miguel Carbonell agrega que: “En tanto el positivismo sostiene la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, el neoconstitucionalismo plantea la tesis de la necesaria vinculación entre el Derecho y la moral”. (2009:127); es decir que el autor citado, considerado uno de los teóricos del neoconstitucionalismo, es de la idea de que los valores y principios propios del iusnaturalismo deben estar implícitos en el Derecho positivo.

Con relación a todo ese catálogo de principios y valores constitucionalizados en las Constituciones garantistas, el Doctor Gil Domínguez afirma que: “El neoconstitucionalismo significó el intento de positivizar en Constituciones escritas y rígidas aquello que durante siglos había sido considerado prerrogativa del Derecho natural: la determinación de la justicia y de los derechos humanos” (2009:45).

El Doctor Prieto Sanchís (2009:127) al referirse a la Constitución dentro del neoconstitucionalismo, manifiesta que es la que plasma todos esos aportes pues es: “Una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”.

Asimismo, en el desarrollo del constitucionalismo contemporáneo, han sido importantes los desarrollos de los grandes teóricos o filósofos del Derecho, tales como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jürgen Habermas y en Latinoamérica Ernesto Garzón Valdés y Luis Roberto Barroso pero, no hay que demeritar la importancia que tiene para el neoconstitucionalismo la jurisprudencia, principalmente en cuanto al desarrollo del principio de la dignidad humana, una de las bases de esta doctrina jurídica. Como antecedente es necesario anotar que en Alemania el Tribunal Constitucional Federal fue de los pioneros en desarrollar doctrina legal al respecto, posteriormente a la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn en el año 1949, que en el artículo 1 establece que la dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

En el proceso de reconstitucionalización de Europa posterior a la Segunda Guerra Mundial, se va reconfigurando el papel central de la Constitución que es inspirada por ideales democráticos que dieron vida al nuevo Estado constitucional de derecho en el que la dignidad de la persona debía ser resguardada por el poder del Estado. En la segunda mitad del siglo XX el surgimiento por ese sentimiento constitucional va trascendiendo y atravesando fronteras, también se da un desbordamiento de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico; este nuevo fenómeno fue llamado constitucionalización del ordenamiento jurídico.

El autor italiano Riccardo Guastini citado por Carbonell (2009: 49-50), ha profundizado sobre el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, y se refiere a un proceso de transformación de este, que tiene como consecuencia la total impregnación del mismo por la Constitución escrita, garantista y rígida, es decir, que la rigidez constitucional permite asegurar su significado y permanencia en el tiempo y la garantía jurisdiccional de la Constitución hace realizable sus aspiraciones, siendo elementos básicos que contribuyen a este fenómeno. En consecuencia, la ley fundamental deviene totalmente invasora, y en palabras de Guastini, “entrometida”, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina todo ello por su supremacía sobre el ordenamiento infraconstitucional, que con sus principios y valores axiológicos tales como la libertad, igualdad y justicia consolida este fenómeno y hace que la Constitución sea viva y se aplique aquí y ahora y no como una sugerencia al futuro.

Para el constitucionalismo europeo de los años cincuenta del siglo pasado, los derechos fundamentales se erigen como el eje del sistema jurídico y pasan a ser considerados valores que impregnan el sistema normativo, incorporando también garantías para hacerlos efectivos; naciendo una cultura jurídica inspirada en principios y derechos como contraposición al positivismo jurídico que se regía por reglas. Ahora, las normas jurídicas valen en la medida que respetan los derechos humanos, que cuentan con los mecanismos necesarios para preservar su vigencia y hacerlos efectivos, contrario a la tesis que sustentaba el positivismo decimonónico al indicar que los derechos humanos valían en la medida en que eran reconocidos por las leyes.



Como una crítica divergente al contenido aquí desarrollado neoconstitucionalismo, el autor chileno Eduardo Aldunate (http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v23n1/art04.pdf) en su ponencia: “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, indica que no se puede establecer un criterio para distinguir aquello que puede calificarse como evolución del constitucionalismo en el siglo XX y tras la Segunda Guerra Mundial, de aquello que actualmente conocemos como neoconstitucionalismo; fenómeno que lleva implícitas prácticas de los operadores de justicia con gran influencia de los teóricos que desarrolla esa doctrina. El autor indica que cuando se habla de esta doctrina no se alude, ni lejanamente, a un fenómeno de alcance universal pues la evolución constitucional en el Derecho anglosajón no se ha visto significativamente afectada ni por el diseño ni por las características de la evolución jurisprudencial y doctrinaria apreciada en Europa y Latinoamérica.

Luego de estudiar el tema, se considera oportuna la elaboración de una definición propia de neoconstitucionalismo:

El neoconstitucionalismo es una filosofía jurídica postpositivista que tiene su sustento en la preeminencia de una Constitución rígida y transformadora que es la base sobre la que se erige el nuevo Estado constitucional de derecho, ya que no solo lo organiza sino que también le fija límites al ejercicio del poder soberano, tiene un desarrollo axiológico novedoso y progresista establecido en la primacía de la persona humana, de su dignidad y de la plena realización y optimización de sus derechos humanos. Asimismo, se caracteriza por un marcado activismo judicial y la expansión de la jurisdicción constitucional como garantía de la misma forma; retoma postulados iusnaturalistas y la necesaria conexión entre Derecho y la moral, buscando de esa forma humanizar el sistema normativo al constitucionalizar los principios y valores axiológicos al mismo. Dentro de ese andamiaje jurídico doctrinario, los operadores de justicia deben adoptar una nueva dogmática de interpretación constitucional, acogiendo el método de ponderación y sus principios de proporcionalidad y razonabilidad para lograr la plena realización de los derechos fundamentales.





1.3 Clasificación

El autor italiano Paolo Comanducci (2009:82-98) desarrolla esta Filosofía del Derecho siguiendo la conocida clasificación formulada para el positivismo jurídico por Norberto Bobbio; es decir, neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. Para efectos de la investigación se desarrollará con más amplitud la tercera clasificación.

1.3.1 Neoconstitucionalismo teórico

Este tipo de neoconstitucionalismo es el que tiene por objeto describir los alcances de la constitucionalización, es decir, puntualiza en los efectos de tener un ordenamiento jurídico constitucionalizado que ha venido a positivizar un amplio catálogo de derechos fundamentales pues la ley suprema ya no solo contiene reglas sino que ahora también principios que deben ser observados al interpretarlos y aplicarlos al caso concreto; esta forma de neoconstitucionalismo sustituye la teoría iuspositivista tradicional.

Según Calderón (2013:19) nos encontramos de frente a planteamientos que nos deben llevar a pensar que la propuesta del constitucionalismo contemporáneo refiere un cambio sustancial en la praxis de los jueces y juezas, indica que propone un punto intermedio entre la práctica iuspositivista y la práctica liberal interpretativa de los jueces, es decir, que la concibe como una teoría concurrente con la positivista.

1.3.2 Neoconstitucionalismo ideológico

El constitucionalismo moderno como ideología está orientado en primer plano a propugnar la defensa de los derechos fundamentales y favorecer la más amplia protección de los derechos humanos; hace énfasis en la importancia de crear y mantener los mecanismos legales e institucionales para garantizar la tutela de los mismos y en segundo plano está dirigido a limitar el ejercicio del poder por parte del Estado. Según Comanducci este tipo de neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conforme a la misma de igual forma que el positivismo ideológico sostenía la obligación moral de obedecer la ley.



Esta forma de neoconstitucionalismo adopta el modelo axiológico de la Constitución como norma pues posee determinados contenidos a los que se les atribuye el valor. Se sitúa como la norma de mayor jerarquía debido al principio de supremacía constitucional, y como expresa el maestro Gil Domínguez: “Los derechos encuentran su fundamento en la Constitución, y esta por definición es una creación política (...) y no el simple reflejo de un orden natural” (2009:45).

La Constitución como modelo axiológico está inspirada en la ideología política democrática y funciona como un puente entre el Derecho y la moral, para lo cual debe atender a una determinada especificidad en su interpretación respecto a la ley, su aplicación no debe hacerse por el método de la subsunción sino por el de ponderación de principios.

1.3.3 Neoconstitucionalismo metodológico

Por esta forma de neoconstitucionalismo se entiende a la doctrina jurídica que orienta a que todo ordenamiento jurídico constitucionalizado debe estar cimentado en un orden determinado de valores, los cuales se establecen en la Constitución y que las juezas y jueces al hacer una interpretación abierta de la misma, realizan los mandatos de optimización contenidos en cada principio constitucional, haciendo que dicho ordenamiento jurídico sea justo y contribuyen a consolidar el Estado constitucional de derecho en el que exista total sumisión del Estado. Es decir, de gobernados y gobernantes a la Constitución, especialmente el legislador ordinario que, al emitir cuerpos normativos debe hacerlo partiendo de los principios y valores constitucionales en total coherencia, armonía y concordancia con los mismos. Comanducci citado por el juez guatemalteco Calderón de León, expresa que: “Los principios constitucionales, son un puente entre la moral y el Derecho” (2013:19).

El Doctor Ernesto Garzón Valdés, (1993:455) quien es considerado uno de los máximos referentes del neoconstitucionalismo en Latinoamérica, ha difundido el término del ‘coto vedado’, que dentro de un sistema democrático representativo se refiere al ámbito constitucional en que están inmersos los principios y valores, que permiten la



observancia y plena vigencia de los mismos y que asegura su cumplimiento dentro de ese sistema democrático representativo. En concreto, el término acuñado por el Doctor Garzón se refiere a aquel espacio donde no puede negociarse absolutamente nada, y que tampoco permite que haya disensos o desacuerdos sobre lo que debe entenderse por derechos básicos y su debido resguardo; citando literalmente al autor precitado con relación al tema indica que:

Desde hace tiempo abogo por el concepto de ‘coto vedado’, en el que han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa. Solo fuera de este ‘coto vedado’ cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. Quien pretenda abrir la puerta del ‘coto vedado’ y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera. El disidente no puede pues abrir todas las puertas. En una democracia representativa que acepte el núcleo inviolable del ‘coto vedado’, es decir, la vigencia del ‘principio de la mayoría’ y no el ‘dominio de la mayoría’ como diría Hans Kelsen la disidencia vale solo en el ámbito de lo negociable. (<http://www.uv.es/cefd/0/Garzón.html>) Recuperado el 19/03/2016.

En síntesis, Garzón (1998: 145) parte desde una tesis moral de los derechos subjetivos² entendidos estos como la facultad de poder que ostentan las personas para hacer valer sus propios derechos, limitar los derechos ajenos y exigir su cumplimiento conforme a la ley fundamental, la que están obligados también a observar. El citado autor fue inspirado fuertemente por Kant y se planteó la interrogante sobre cuáles deben ser los límites a los contenidos de la ética normativa. En su obra hace referencia a la necesidad de aplicar criterios de razonabilidad para preservar el coto vedado, asimismo, propuso la tesis de “la vía negativa”, es decir, que para el intérprete de la Constitución frente a la inseguridad que podría existir en el ámbito normativo para determinar qué es lo bueno o moralmente correcto le puede resultar más seguro considerar qué es lo malo, de esa

² Según el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Ferrer *et al.* Pág. 576: “Es decir, el reconocimiento que como persona tiene el sujeto lo hace un ente obligado hacia el Estado, pero a la vez el Estado les reconoce derechos frente a él, creándose la relación jurídica perfecta de derechos y obligaciones”.

forma no hay espacio para disensos o negociaciones en la aplicación de los derechos fundamentales y se lograría su máxima efectividad, y en consecuencia dependiendo de la progresividad de los derechos humanos, solamente pueden agregarse nuevos derechos, pero nunca excluirse todos aquellos que han entrado en el coto vedado.



El autor del presente trabajo de investigación considera que el neoconstitucionalismo deviene un retorno al iusnaturalismo y el punto toral del mismo es el garantismo de los derechos fundamentales como todo un orden de valores de carácter preestatal. Esta doctrina encuentra su fundamento en el postpositivismo que empezó a gestarse con un renacimiento del Derecho natural posterior a la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de las atrocidades cometidas en la Alemania nazi, que tuvo como fundamento a un positivismo recalcitrante en sus reglas y muy alejado de los valores axiológicos y principios que propugna el nuevo Derecho constitucional; es así como indica el autor Radbruch (1971:22) “en todas partes pues, se ha alzado la lucha contra el positivismo partiendo de la idea de que hay leyes que no son derecho y que hay derecho por encima de las leyes”, pero, si el constitucionalismo actual es incompatible con el positivismo y los autores se aproximan más a la corriente iusnaturalista, cabe la pregunta:

¿Cómo confluyeron dos corrientes de pensamiento jurídico opuestas para formar una nueva?

La respuesta es que el Derecho natural se puede definir como el pensamiento jurídico que concibe que la ley, para que sea considerada como tal, debe basarse en la justicia. Parafraseando a Gustav Radbruch (1971:26), él indicaba que pueden darse leyes con un contenido tan injusto y perjudicial para la sociedad que es necesario negarles su carácter jurídico, en virtud que existen principios jurídicos que son fundamentales y mucho más fuertes que cualquier legislación, hasta el punto que una ley que los contradiga carecerá de valor. Entonces todo derecho para ser considerado justo, debe corresponder al valor justicia, siendo posible establecer qué es justo e injusto de modo globalmente válido y permanente en el tiempo, caso contrario, es la destrucción de uno de los valores básicos para el Derecho positivo, es decir, el valor de la certeza.



Así también, el positivismo jurídico que se opone totalmente al iusnaturalismo reduce el valor de la justicia a la validez y esta es su consagración, y considera como justo solamente lo que es ordenado y por el solo hecho de ser ordenado por autoridad competente, en ese caso el legislador. Son distintos los autores que defienden esta doctrina pero el más radical fue Thomas Hobbes en su famosa obra *El Leviatán* publicado en el año 1651 para quien, efectivamente, no existía otro criterio de lo justo e injusto que el de la ley positiva y su pensamiento se refleja en la siguiente frase:

“Antes que existieran los poderes políticos, no existía lo justo o lo injusto, de modo que la naturaleza de lo justo y lo injusto depende de lo que está ordenado” (<https://www.marxists.org/espanol/hobbes/1651/leviatan/leviatan.htm> tomado el 26/05/2016).

En contraposición a Gustav Radbruch que aboga por retomar los postulados del Derecho natural, Hobbes, positivista jurídico recalcitrante en su obra *El Leviatán*, afirmaba que para salir del estado de la naturaleza en la que el “hombre es el lobo del hombre”, era necesario que transmitieran sus derechos naturales al soberano, quien determinaba qué era justo o injusto, y al momento de surgir el estado, nace la justicia, pero lo hace de la mano del Derecho positivo. Su doctrina fue la base para el absolutismo y condujo a un legalismo ideológico cuya máxima era la ley, que como expresión de la voluntad soberana debe ser la suprema e indiscutible fuente de Derecho y sobre ella no cabe control alguno. Actualmente, el constitucionalismo niega ese legalismo ideológico como tesis positivista.

En conclusión, se está ante una nueva doctrina jurídica que busca el cambio de pensamiento hacia uno más progresista, en el que la Constitución se realice plenamente y más allá de hablar de supremacía constitucional, se debe hablar de supremacía de los derechos, la cual a criterio de este autor es realizable a través de una interpretación más garantista y armónica en relación con el resto del ordenamiento jurídico, mismo que debe ampliar su alcance al estar constitucionalizado, es decir, como indica el maestro Prieto (2007:56) una Constitución “omnipresente” que tenga fuerza expansiva y abarque todas las esferas de la organización estatal.

1.4 Características

El neoconstitucionalismo como una filosofía jurídica en pleno desarrollo tiene determinadas características, por una parte, tiene como finalidad superar postulados del iuspositivismo, y concibe la Constitución como la norma de normas que viene a impregnar todo el ordenamiento jurídico ordinario y que hace posible el establecimiento del Estado constitucional de derecho con la garantía de la primacía de la persona humana y sus derechos fundamentales. Estos tienen fuerza expansiva que les permite abarcar nuevos espacios y contenidos debido a la progresividad de los mismos.

También se puede indicar que otra característica esencial de esta doctrina es que desarrolla una axiología constitucional propia, es decir, de valores, que tiene gran influencia en los desarrollos doctrinarios del filósofo alemán Robert Alexy, en cuanto a la interpretación de la ley conforme a la constitucional y la teoría de la ponderación o de balance en caso de derechos en colisión.

Para Aguilera Portales (2008:97) quien realizó un estudio sobre las ideas de los principales exponentes neoconstitucionalistas, sistematiza las características de la forma siguiente:

- Más principios que reglas o el valor superior de los principios sobre las reglas;
- En la actuación judicial, cuando se trata de restricciones a los derechos fundamentales, o cuando haya algún tipo de choque o colisión entre ellos, se emplea el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad en lugar de la subsunción, propia del iuspositivismo jurídico;
- La omnipresencia de la Constitución en todas las áreas y en todos los conflictos;
- El carácter extensivo de la actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario y;
- Coexistencia de un pluralismo de valores que a veces entran en contradicción, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de escasos principios que son coherentes entre sí.





Otro iusfilósofo que ha hecho grandes aportes a la doctrina neoconstitucionalista es el magistrado italiano Gustavo Zagrebelsky, quien citado por Aguilera indica que una característica del constitucionalismo contemporáneo es que: **“El Derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal”**.

Indica el autor italiano que el Derecho concebido tradicionalmente como un conjunto de normas externas, heterónomas y coactivas se va convirtiendo en un conjunto normativo flexible, adaptable y móvil en el cual la primacía de la argumentación e interpretación, axiológica y deontológica, es decir, que los y las juezas deben, a la hora de resolver un caso sometido a su conocimiento resolver, argumentando su decisión, haciendo una debida interpretación de los valores según lo justo y adecuado para así preservar una tutela judicial efectiva (2008:93-94).

El autor de la presente investigación, del estudio del tema y de la confluencia de diferentes exponentes de esta doctrina, puede citar las siguientes características:

- La existencia de una Constitución rígida, escrita y garantista de los derechos fundamentales, creada por el poder constituyente dentro de un marco democrático, misma que se configura como la norma de mayor jerarquía dentro del ordenamiento legal debido a la supremacía que ostenta y tiene fuerza normativa expandiendo la jurisdicción constitucional y la creación de nueva dogmática en la interpretación del texto supremo;
- Desplazamiento del principio de legalidad propio del positivismo jurídico por el principio *pro homine*³, el derecho debe orientarse a la preservación de la dignidad humana;
- El neoconstitucionalismo es garantizador y garantista de los derechos fundamentales, que devienen valores que el legislador originario o constituyente

³ Según definición de la Enciclopedia Wikipedia: “El **principio pro homine** implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (https://es.wikipedia.org/wiki/Principio_pro_homine Recuperado el 26/05/2016).

incorpora al texto constitucional, posteriormente son desarrollados por el legislador ordinario o constituido y culmina con su plena realización, cuando los jueces y juezas constitucionales los aplican para resolver casos concretos;

- Desplazamiento desde la primacía de la ley a la primacía de la Constitución, como un desplazamiento del legislador ordinario por los jueces y juezas constitucionales quienes son los que realizan la labor de intérpretes y argumentadores en la aplicación de los principios constitucionales, es decir, que ellos ostentan la garantía jurisdiccional de la Constitución;
- Se sustituye el Estado legislativo de derecho por el Estado constitucional de derecho donde la democracia se constituye como la mejor forma de organización de la sociedad y la persona humana y sus derechos fundamentales se consideran los ejes de este sistema jurídico.

También se puede establecer que la Constitución neoconstitucionalista fija límites al ejercicio del poder, es decir, no hay poderes soberanos, el poder radica en el pueblo soberano quien democráticamente lo delega para su ejercicio en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Es decir, en el caso de Guatemala, en un sistema republicano, democrático y representativo, la Constitución representa la base del ordenamiento jurídico y para defender ese orden constitucional establecido y consolidar el Estado constitucional de derecho existe un Tribunal Constitucional que se convierte en el máximo intérprete constitucional y defensor del orden constitucional, dentro de ese contexto también se pueden incluir entre las características de la doctrina neoconstitucional las siguientes:

- La constitucionalización del ordenamiento jurídico;
- Constitución que contiene un amplio catálogo de derechos fundamentales, que son valores que pueden ser utilizados como parámetros para determinar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales, en consecuencia toda ley es válida en la medida que no contraríe esos derechos fundamentales;
- Constituciones con fuerza normativa vinculante, de aplicación directa y de efectos *erga omnes*; esta fuerza normativa significa que sitúa a la ley suprema como base



también para la construcción normativa y que toda norma contraria a la misma es nula de pleno derecho, debido al control de constitucionalidad de leyes ordinarias.

- La necesaria interconexión entre el Derecho y la moral, retoma postulados iusnaturalistas, en especial porque califica los derechos fundamentales como valores constitucionalizados;
- Más principios constitucionalizados y menos reglas, es decir, valores y el enfoque axiológico que el neoconstitucionalismo hace de ellos como derechos fundamentales y que constituyen mandatos de optimización para realizarse en la mayor medida posible dentro de las posibilidades reales por los jueces y juezas constitucionales al resolver casos difíciles; en lugar de reglas que solo contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible;
- La sobreinterpretación de la Constitución, que permite una interpretación extensiva o abierta de la Constitución y hacia la Constitución;
- Empleo del método de ponderación y de los principios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de interpretar y aplicar la norma atinente al caso, superando el método de subsunción propio del positivismo jurídico, dando lugar al desarrollo de nuevas prácticas jurisprudenciales;
- La Constitución pasa del plano jurídico a influenciar todas las esferas del poder político, pues contiene normas que organizan el Estado y su funcionamiento, además, someten bajo su dominio a gobernados y gobernantes;
- El denominado 'coto vedado' que se refiere a aquel espacio donde no puede negociarse absolutamente nada y que tampoco permite que haya disensos o desacuerdos sobre lo que debe entenderse por derechos básicos y su debido resguardo.
- Expansionismo del Derecho internacional de los derechos humanos, tanto a nivel regional como mundial, también aparece la persona como sujeto del Derecho internacional, repercutiendo de forma positiva a ampliar el catálogo de derechos humanos reconocidos por el Estado, pues al ratificar convenciones y/o tratados en sede nacional de ese Derecho internacional en materia de derechos humanos, el Estado intensifica y desarrolla su propio modelo constitucional, y que viene a materializarse en la vida social.



1.5 Marco histórico del neoconstitucionalismo



El neoconstitucionalismo visto como Filosofía del Derecho se fundamenta en un marco histórico, filosófico y teórico que lo fundamenta, tiene sus bases en el desarrollo de la sociedad y el Derecho que dentro de su organización se ha dado en cada momento histórico. Para comprender el surgimiento y desarrollo de esta doctrina y demostrar uno de sus postulados consistente en la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, es necesario hacerlo partiendo desde conceptos básicos como el Derecho natural impregnado de principios y valores, es decir, cuando Derecho y moral se estaban íntimamente ligados y, posteriormente, cómo estos fueron negados por el Derecho positivo al separar totalmente uno del otro e indicar que el derecho debe estar desprovisto de conceptos morales. Posteriormente se analiza el surgimiento del constitucionalismo contemporáneo y fenómenos jurídicos como la constitucionalización del Derecho y el neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno.

1.5.1 El Derecho natural o iusnaturalismo

La teoría del Derecho natural o iusnaturalismo⁴, tiene varias vertientes, una de ellas es la del iusnaturalismo clásico. Uno de sus principales exponentes fue Aristóteles, que según la Enciclopedia Wikipedia en su obra “Ética Nicomaquea” hacía distinción entre:

⁴ Según definición tomada del Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional. Tomo I. Pág.455: Es el Derecho contenido en la ley natural. Se entiende aquí la palabra Derecho en el sentido del conjunto de preceptos de la ley natural, así como en el sentido de la doctrina racional, o ciencia, elaborada para identificar, explicar y sistematizar el contenido de la ley natural. (...) Es una constante en la historia del pensamiento filosófico, ético y jurídico, pues los hombres siempre han pensado que existe un criterio superior al orden social establecido conforme al cual se puede juzgar la propia conducta y el mismo orden social. La negación de la existencia de la ley natural llevaría a establecer que el único criterio para distinguir entre el bien y el mal es el orden socialmente establecido, por lo que se impediría el cambio y el progreso.

Definición de ley natural: Conjunto de preceptos, que ordena la conducta humana hacia la perfección o bien de la persona y de la comunidad. Toda persona, por la mera observación de sí misma y de la vida en común, puede reconocer que hay acciones que por sí mismas la perfeccionan, como la compasión, la colaboración o la solidaridad, y otras que la degradan, como el asesinato, la mentira o el fraude. Desde esta perspectiva, se dice que es una ley “natural” en el sentido de que prescribe las acciones que son conformes con la naturaleza humana.



“La justicia legal o convencional y la justicia natural. Esta última hace referencia a aquello" que en todo lugar tiene la misma fuerza y no existe porque la gente piensa esto o aquello". (https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_natural#Iusnaturalismo_cl.C3.A1sico Recuperado el 12-05-2015).

Aristóteles creía que las leyes naturales no son inmutables pues en la propia naturaleza humana hay cambios naturales debido al desarrollo. La ley natural es la ley de la naturaleza y ley de la naturaleza humana, y esa ley es la razón que ha sido implantada por la divinidad, Alberto Herrarte indica que: “Es famosa la frase de Heráclito: ‘Todas las leyes se nutren de lo divino’” (1996:151).

Es así como en la antigua Grecia se originó este pensamiento que dio lugar al nacimiento del concepto de Derecho natural. Dicho concepto fue desarrollado posteriormente por los romanos, cuyo gran exponente fue Cicerón, uno de los más grandes filósofos del Derecho que ha existido. Él admitió la idea del Derecho natural proveniente de los griegos pero también afirmaba que:

Para el hombre culto la ley es la inteligencia, cuya función natural es prescribir la conducta correcta y prohibir la mala conducta, es la mente y la razón del hombre inteligente, la norma por las que se miden la justicia y la injusticia” (https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_natural#Iusnaturalismo_cl.C3.A1sico Recuperado el 12-05-2015).

Herrarte (1996:154-155) indica que Cicerón, el más grande de los filósofos del Derecho, admitió la idea del Derecho natural. Decía que lo justo no era lo que provenía exclusivamente de las leyes y las costumbres, que pueden llegar a ser tiránicas, sino el Derecho, que tiene unida a la sociedad humana y que es el mismo en Roma que en Atenas y abarca todos los pueblos en todos los tiempos. Posteriormente, fue Santo Tomás de Aquino, quien partiendo de las doctrinas de Cicerón y Aristóteles, reformuló la idea de ley divina al indicar que Dios ha establecido una legislación eterna para el mundo natural y para el mundo humano, y es eso lo que debemos entender como ley

natural; asimismo indicaba que el universo está ordenado por Dios racionalmente desde un punto de vista teleológico, es decir, que todo el Estado existe para la realización del bien común.



Consecuentemente, surgió el Derecho natural contemporáneo o iusnaturalismo moderno. Existen grandes filósofos que defienden y redefinen esta teoría del Derecho natural, uno de ellos es Hugo Grocio, quien es considerado el padre del Derecho natural moderno y, citado textualmente por Alberto Herrarte, en su teoría indicaba que:

El Derecho natural es un dictado de la razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza. (...) El Derecho natural es tan inmutable que ni aun Dios lo puede cambiar. Porque, si bien es inmenso el poder de Dios, pueden con todo señalarse algunas cosas a las cuales no alcanza (1996:159-160).

Tomás Hobbes, otro iusnaturalista moderno que realizó grandes aportes a esta doctrina, aunque apartándose diametralmente de Hugo Grocio, citado por Herrarte, fue quien acuñó la famosa frase: “El hombre es el lobo del hombre”. Él argumentaba que el hombre en su estado natural, solo es dominado por sus bajos instintos, entonces no existe Derecho natural, sino el derecho de los más fuertes logrado con base en la fuerza sobre los demás miembros de la sociedad, y en esa guerra de todos contra todos solamente encuentra solución en el pacto social, en el cual el bien supremo era la conservación de la existencia y su único medio para obtenerlo era la obediencia de los más débiles. Es allí donde encuentra su origen el Estado y el poder absoluto, y cuando el primero acompañado del Derecho positivo se unen, logran su objetivo imponiendo un orden.

Bien lo dicho, a Tomas Hobbes se le considera uno de los principales autores del positivismo jurídico, pues sostenía que las leyes debían ser buenas habiendo contenidos axiológicos en sus propuesta, aunque de forma moderada, pues en su obra más importante, “El Leviathan”, estaba en pro del Estado absoluto.



Las doctrinas del Derecho natural racionalistas como la de Hugo Grocio sentaron las bases para la Declaración de los Derechos del Hombre de la Revolución americana y de la Revolución francesa, aunque a decir de Herrarte (1996:162) en esa época ya era una doctrina en decadencia y la unión entre el Derecho y la moral que se había mantenido durante siglos. Así, el positivismo jurídico empezó a cobrar más fuerza y la doctrina de Emmanuel Kant contribuyó a la separación total del Derecho de la moral.

A este Derecho también se le llama iusnaturalista y se caracteriza por estar impregnado por una vertiente ética junto a otra dirigida a la legitimidad de las leyes. Contiene un conjunto de principios de justicia con validez universal que pueden ser deducidos racionalmente, sus postulados son retomados por el neoconstitucionalismo y con relación a la validez de la norma; para esta doctrina depende de qué tan justa sea, es decir, que una ley injusta no puede ser considerada ley.

Esta es una postura que afirma la supremacía y preexistencia del Derecho natural ante el positivo, y que por lo tanto el Derecho positivo debe ser fiel reflejo del Derecho natural, que es anterior a toda reflexión intelectual, se debe imponer a la razón humana. Su objeto es que todo derecho debe basarse en la dignidad de la persona humana y en segundo plano organizar un Gobierno que mantenga el orden en la comunidad y que pueda orientar la conducta de sus miembros hacia la consecución del bien común.

En conclusión, se indica que no debe existir contradicción entre los postulados del iusnaturalismo y el Derecho positivo, pues el primero solamente trata de darle al segundo el fundamento ético basado en los valores y principios inmutables de carácter universal, que protege y el segundo debe realizarlos incorporándolos en sus contenidos normativos.



1.5.2 El Derecho positivo o Iuspositivismo

Giorgio Del Vecchio, citado por Herrarte, indica que el Derecho positivo es el derecho real e histórico de los pueblos que requiere que esté integrado por normas jurídicas que sean observadas. El autor italiano formuló la siguiente definición: “Por Derecho positivo entendemos aquel sistema de normas jurídicas, que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico” (1996:189).

El Derecho positivo está compuesto por una serie de normas provenientes de la autoridad legitimada para crearlas a través de los procedimientos previamente establecidos por eso se dice que es el derecho de los pueblos y tiene como característica el constante cambio. Conforme el desarrollo y la globalización económica, su finalidad es garantizar el orden y justicia dentro de la misma, está compuesto por un conjunto de disposiciones escritas, vigentes en determinado Estado y que son emitidas por un órgano competente.

Ahora bien, para el Iusfilósofo vienés Hans Kelsen, en su obra “Teoría pura del Derecho”, citado por Herrarte (1993:205), expresó que existe una norma fundamental que tiene plena validez y debido a ello también vale el orden jurídico que sobre ella descansa; ese ordenamiento jurídico tiene una jerarquización del mismo, que va desde la Constitución hasta la sentencia.

Hans Kelsen es considerado uno de los máximos exponentes del Derecho positivo como orden normativo, es decir, que favorece la dicotomía o separación entre el Derecho y la moral. Con su obra propuso el estudio científico del Derecho sustentado sobre la base de la jerarquía normativa, es decir, que toda norma obtiene su vigencia de una norma inmediata superior, en este caso de la Constitución; para reforzar dichas aseveraciones se transcribe literalmente lo dicho por Kelsen:

Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es de no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico.



El ordenamiento jurídico debe estar integrado por normas jurídicas que sean efectivamente observadas, al respecto indica Del Vecchio (1974:56) que la noción de positividad es indiferente al valor intrínseco del sistema. En consecuencia, una norma jurídica determinada puede resultar contraria al ideal de justicia o al Derecho natural, sin que ello implique que deje de ser Derecho positivo.

Haciendo una crítica al pensamiento de Del Vecchio se puede indicar que es bastante objetivo en su planteamiento sobre el Derecho positivo, porque indica que determinada ley es ley, aunque no sea justa, solo por el hecho de ser Derecho positivo vigente, creado conforme el procedimiento específico, aunque sea contraria al valor justicia o al propio Derecho natural. Lo lamentable es que ese pensamiento fue acogido por muchos gobernantes totalitarios que utilizaron la ley para realizar sus intereses mezquinos, ocasionando convulsiones sociales como las acontecidas durante la Segunda Guerra Mundial; los teóricos del Derecho empezaron a cuestionarse sobre los alcances del Derecho positivo pues sirvió al aparato estatal para justificar la comisión de muchos delitos en contra de la población civil que actualmente son considerados delitos de lesa humanidad. Es así como convulsionó el Derecho positivo decimonónico y se empezó a crear un constitucionalismo que se centraba más en la dignidad de la persona humana y en sus derechos fundamentales que en la ley y su principio de legalidad.

Del examen anterior, el autor estima necesario retomar las palabras del filósofo Cicerón, quien decía que lo justo no era lo que provenía exclusivamente de las leyes y las costumbres, que pueden llegar a ser tiránicas, sino el Derecho. Ahora bien, para entender el Derecho positivo es necesario saber cuáles fueron las aspiraciones del

legislador constituyente o constituido para emitir la ley y el momento histórico en que esta fue emitida.



Un principio esencial de la norma jurídica es que tenga coherencia con todo el ordenamiento jurídico, pues atendiendo a la estructura piramidal de dicho ordenamiento formulada por Hans Kelsen debe existir una norma de carácter fundamental hipotética que le impregne validez al mismo, una Constitución, y debe existir un ordenamiento jurídico ordinario que venga a desarrollar lo que la primera anuncia, sin existir contradicción entre las mismas y en caso de haberla, corresponde al intérprete legítimo, al juez constitucional, interpretarla, aclararla o expulsarla del ordenamiento jurídico, según sea el caso, valiéndose de los mecanismos legales pertinentes para tal finalidad (1993:205).

Para Norberto Bobbio nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una tupidísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento y hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección. La mayor parte de estas normas se han vuelto tan comunes y ordinarias que ya no nos damos cuenta de su presencia (1997:3).

A manera de concluir este tema, se puede indicar que una de las grandes debilidades del positivismo jurídico ha sido su excesivo rigorismo en la interpretación y aplicación del Derecho, la omnipresencia del principio de legalidad ha hecho que exista un desbordamiento legislativo a tal punto que prácticamente todo está legislado.

1.5.3 El constitucionalismo contemporáneo

El Derecho constitucional ha tenido un desarrollo acelerado en los dos últimos siglos, se pasó de un movimiento denominado constitucionalismo de corte liberal como producto de las Revoluciones americana y francesa a uno llamado constitucionalización del Derecho. Del constitucionalismo se puede decir que el nuevo Estado de derecho se erigía sobre la base de una Constitución escrita que siempre fue vista como un

documento político, pero que posterior a dichas revoluciones abrió las puertas a nuevos conceptos, definiciones y redefiniciones tales como Estado constitucional y derechos fundamentales. La finalidad era garantizar la libertad e igualdad de los habitantes, la división de poderes y los mecanismos para limitarlo y en general la organización del Estado; hubo distinción entre poder constituyente y poder constituido y se fue desarrollando ampliamente el concepto de soberanía.



El autor de la presente tesis considera propio iniciar este tema con una definición de Constitución que se considera bastante completa y así por contar con los elementos suficientes para describirla, tales como los mencionados anteriormente y que van desarrollando el concepto de democracia y soberanía tan íntimamente ligados. La misma fue dada por Manuel Aragón, en la obra recopilatoria de Miguel Carbonell:

Constitución es la norma jurídica suprema, jurisdiccionalmente aplicable, que garantiza la limitación del poder para asegurar que este, en cuanto que deriva del pueblo, no se imponga inexorablemente sobre la condición libre de los propios ciudadanos. Es decir que la Constitución no es otra cosa que la juridificación de la democracia, y así debe ser entendida (2008:113).

El artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece que: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecidas, carece de Constitución". Se puede asegurar que el movimiento constitucionalista inició con las Revoluciones americana y francesa, pues estas sentaron las bases sociopolíticas en las que se empezaron a consagrar en textos tan solemnes como una Constitución escrita, los fundamentos de la nueva organización del Estado garantista de los derechos y libertades inherentes a las personas ya sea de forma individual o colectiva.

Se infiere entonces que esta Constitución tiene características formales y materiales; formal porque la Constitución es una norma fundamental, un documento escrito y rígido con características de superlegalidad y desde el punto de vista material, la Constitución



como ley superior ostenta la garantía de los derechos fundamentales y la división de los poderes, es decir, que estaba por sobre el resto del ordenamiento jurídico ordinario. En este sentido Aragón (2008:111) indica que la Constitución solo debe cumplir un objetivo puesto que solo a través del Estado constitucional puede organizarse el poder para preservar la libertad. Indica que: “El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es solo una –forma- de asegurarla”.

Este movimiento constitucionalista se desarrolló en América inspirado en la Constitución de Estados Unidos de 1787 y posteriormente se extendió a los países de Latinoamérica. La ideología de este movimiento y su objetivo era que los Estados estuvieran organizados sobre la base de una Constitución, en la que existiera plena y real división de poderes, se garantizara la soberanía nacional y plasmaran en ella los derechos y libertades individuales fundamentales de la población.

En el devenir histórico se fueron desarrollando ampliamente conceptos como Estado de derecho, que estaba conformado por la forma de organización propiamente dicha y el Derecho conformado por un conjunto de normas que rigen la conducta social, también viene a ser un freno o una limitación al poder de los gobernantes pues surge en contraposición al Estado absolutista en donde el rey se encontraba por encima de todos los ciudadanos y podía actuar y ordenar sin que existiera ningún tipo de poder que le hiciera contrapeso. En respuesta a esa situación, el Barón de Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes” propuso que aunque el poder era único, este debería ser distribuido en tres órganos para su ejercicio y proponía al Ejecutivo, Legislativo y Judicial, con la finalidad que existiera un verdadero freno y contrapeso en su ejercicio, debiendo existir independencia entre los mismos.

Con el constitucionalismo también se hace fuerte la idea de democracia como sistema político de Gobierno, en el que preponderara la soberanía del pueblo y en consecuencia hicieran valer su derecho de elegir a sus gobernantes y controlar el ejercicio del poder. Para Herrarte, el poder constituyente y su respectiva separación del poder constituido es uno de los rasgos esenciales del Estado de derecho y el fundamento del

constitucionalismo, entonces: “El poder constituyente es la facultad que tiene una comunidad de poder darse su ordenamiento jurídico y de cambiarlo en cualquier tiempo” (1996:335). De esa forma la Constitución es una creación originaria nacida de la voluntad de la comunidad



La democracia constituye una especie de pacto social entre gobernantes y gobernados, aquí aparece un elemento esencial del Estado de derecho: la soberanía, la cual radica en el pueblo, es decir, que los ciudadanos de un Estado organizados democráticamente deliberan públicamente en condiciones de igualdad sobre la forma de organizar ese poder en beneficio de la colectividad. como es de cultura jurídica general, Juan Jacobo Rousseau en su obra “El contrato social”, decía que las leyes de la república están desarrolladas conforme a un orden social establecido por ese pacto social y no por la voluntad de un individuo detentando el poder; esas leyes deben basarse en la racionalidad y moralidad humana y deben atender a un valor esencial, la justicia que impone a todos los ciudadanos la obligación de respeto unos a otros.

Dentro de esa nueva organización de Estado republicano se van fijando las reglas para la administración del mismo, se erige o instituye la Constitución como ley fundamental por la cual el pueblo ha de regirse, ya que es la voluntad general expresada en la misma, hasta aquí se van señalando elementos claves del Estado de derecho tales como la soberanía, el poder y democracia, los cuales deben ser la base para ese ordenamiento jurídico.

El positivismo jurídico se va desarrollando y pasa del absolutismo a la democracia; nuevos vientos soplan a favor de los ciudadanos porque inicia un movimiento jurídico ocasionado por las revoluciones antes indicadas; ese movimiento se le denominó constitucionalismo; estaba inspirado en las grandes transformaciones sociales y en el pensamiento de grandes filósofos como Juan Jacobo Rousseau. esas nuevas Constituciones democráticas combinaban necesariamente valores axiológicos, es decir, elementos esenciales del Derecho natural y proyectos racionales impulsados por los legisladores, en contraposición a la arbitrariedad del absolutismo y el caos precedente.

El constitucionalismo fue un fenómeno basado en la existencia material de una Constitución en la que se cuentan con premisas como la separación de poderes, democracia representativa y participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos; también que contenga las garantías de las libertades individuales y sociales dentro de un orden coherente y extensivo que han inspirado, creado y hecho evolucionar este fenómeno constitucional.



José Mateos Martínez, (2012:9) con relación al constitucionalismo cita la definición de Barbera: “El constitucionalismo representa un movimiento político, filosófico, cultural, dirigido a la conquista de documentos constitucionales basados en principios liberales o liberal democráticos”. En su artículo, Mateos indica que debe entenderse el fenómeno del constitucionalismo como un concepto histórico, con el que se desarrolla la Constitución, y que a lo largo de los dos últimos siglos ha experimentado una notable evolución, siendo un proceso que transformó en Derecho positivo los postulados del iusnaturalismo racionalista, del cual en otro apartado del presente trabajo se citó a Hugo Grocio como el máximo exponente de esta doctrina. El constitucionalismo es promotor de un modelo de comunidad política fundada en el contrato social y respetuosa con los derechos naturales de los ciudadanos, dando lugar a las primeras Constituciones.

Ese constitucionalismo va evolucionando y pasa de la protección de los derechos humanos individuales a los sociales, es de esa forma que a principios del siglo XX, este se transforma para dar paso al constitucionalismo social, que consistía en un movimiento progresivo de carácter universal que se proponía la inclusión en las Constituciones de los derechos sociales. Los primeros antecedentes se encuentran en la Constitución de la Provincia de Mendoza en Argentina; en México en la Constitución del año 1917, en Alemania con la Constitución de la República de Weimar en 1919 y en España con la Constitución promulgada en el año 1931 (https://es.wikipedia.org/wiki/Constitucionalismo_social).



Todas esas Constituciones tienen en común que contemplan la posición del individuo en la sociedad; los primeros derechos sociales en ser reconocidos fueron los laborales, debido a la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el año 1919. Fue el caso que buena parte de Constituciones del mundo reformaron sus textos para acoger los derechos y garantías que emanaban de este nuevo Derecho constitucional con enfoque social y de esa forma se puede decir que hubo una reorganización del Estado, una nueva negociación de ese contrato social se estaba gestando para que estuviera orientado hacia la consecución de tales objetivos. Aunque el desconocimiento de los derechos sociales y la falta de garantías para hacerlos valer constitucionalmente los anulaban en la práctica.

Ahora bien, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial, se repensó en la idea de limitar el poder, pues si bien muchos de sus Gobiernos fueron electos democráticamente, sin ese tipo de limitación material se habían vuelto tiránicos, como indica De Vergottini citado por Mateos:

En el período entre los dos conflictos mundiales se han impuesto ordenamientos estatales que han desconocido o violado sistemáticamente los derechos de las personas y que parecen haber confirmado plenamente la idea de la mera identificación entre fuerza estatal y Derecho, de un lado, y de otro la reducción del Derecho a un simple envoltorio procedimental formal de la fuerza (2012:14).

En efecto, al positivismo jurídico se le acusa de haber proporcionado las herramientas para la consagración de regímenes totalitarios del poder del Estado siendo su más terrible manifestación. Es así como el iuspositivismo se ahogaba en su excesivo formalismo y se convirtió en la base ideológica, filosófica y legal para cometer abusos y arbitrariedades en contra de la humanidad durante ese tiempo oscuro de la historia mundial, se había olvidado de su máxima aspiración que es la justicia como el fin supremo.

En consecuencia de lo antes dicho, después de la Segunda Guerra Mundial, se inició un movimiento reconstitucionalizador en el que se redefinió el papel preponderante que debe ocupar la Constitución en el ordenamiento jurídico, sus ideales democráticos propiciaron el nacimiento del nuevo Estado constitucional de derecho. Con esta Constitución cuya supremacía sea la garantía de los derechos fundamentales y como norma de normas que tiene una función directiva para la realización de los valores constitucionales, es así como las Constituciones europeas de postguerra, tratando de evitar las injusticias y atropellos cometidos en contra de los derechos humanos de la población afectada por parte de los regímenes totalitarios fascista y nacionalsocialista, elevan a la categoría de fundamentales los derechos de las personas tanto los individuales como los sociales, estableciendo mecanismos jurisdiccionales para hacerlos efectivos.

Un nuevo movimiento jurídico doctrinario estaba desarrollándose y, dentro de ese contexto en el año 1946 nace el llamado “welfare State”, o Estado Benefactor o Estado social, como una propuesta política de organización social, en la que este le brindaba servicios en cumplimiento de derechos sociales a la totalidad de habitantes. Es decir, que cada Estado debía ejecutar políticas de corte social que garantizaran y aseguraran el bienestar de sus habitantes en el campo de la sanidad, educación, vivienda, seguridad social, entre otros. Influyeron grandemente en este sistema el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

A este movimiento se le llamó constitucionalismo social o de la postguerra y tuvo dificultades en los años setenta del siglo pasado a raíz la crisis de crecimiento poblacional, del desempleo e inflación en los países europeos que venían expandiendo los derechos sociales sobre la base del consenso político. Es de esa forma que los economistas empiezan a cuestionar sobre los altos gastos sociales del Estado de bienestar y sobre el bajo crecimiento de la economía.





En consecuencia de la crisis económica generada por el Estado social, a principios de los años ochenta del siglo pasado surge un nuevo proceso inspirado en el neoliberal llamado globalización de la economía mundial⁵, teniendo como efecto la liberación de los mercados de capitales, y estos buscan dónde obtener mayor rentabilidad para su actividad económica. Es así como las grandes transnacionales decidieron trasladar sus plantas y producir en países donde pagaran sueldos más bajos y menos prestaciones y menos impuestos y de esa forma reducir sus gastos de producción y obtener mayores utilidades. Es de esa forma en que el Estado de Bienestar se ve seriamente afectado y surge otro fenómeno social: la migración de los países subdesarrollados hacia los desarrollados que hizo que se elevara el nivel de desempleo entrando en déficits y reduciendo muchos de los beneficios obtenidos durante el Estado social, principalmente los derechos sociales laborales y de seguridad social.

En Latinoamérica ese Estado de Bienestar no se ha podido desarrollar plenamente y si bien los derechos sociales están reconocidos en las Constituciones y en tratados y convenios en materia laboral y desarrollados en las leyes ordinarias, su cumplimiento depende de las circunstancias económicas particulares de cada Estado, por lo que muchos derechos sociales son considerados de tipo programático y es responsabilidad del Estado su observancia y desarrollo, pues estos contienen la obligación para el Estado de hacer y generar las condiciones necesarias para que se materialicen y ejerciten; a diferencia de los derechos individuales que imponen al Estado la prohibición

⁵ Según Rodríguez, A.; Piña, A & Narváez, C., en su artículo: La globalización de la economía mundial y sus repercusiones, hacen la siguiente definición: “La globalización es un fenómeno económico que ha llegado a ser a escala mundial, que por definición es el proceso por el que la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. Así, los modos de producción y de movimientos de capital se configuran a escala planetaria, mientras los Gobiernos van perdiendo atribuciones ante lo que se ha denominado la sociedad en red”.

Según el Fondo Monetario Internacional (FMI): “La globalización es una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada de tecnología”. (<https://internacionalistanarvaez.wordpress.com/2013/05/11/la-globalizacion-de-la-economia-mundial-y-sus-repercusiones-3/>)

de violarlos, es así como en la actualidad muchas conquistas sociales han quedado convertidas en Derecho positivo no vigente prácticamente.



El declive del Estado de Bienestar hizo más fuerte la corriente de constitucionalización del Derecho como un cambio estructural y en el plano doctrinario jurídico nace una nueva corriente de pensamiento que aún está en desarrollo: el neoconstitucionalismo; se trata de dos fenómenos jurídicos intrínsecamente relacionados, ya que uno sustenta y favorece al otro.

1.5.4 La constitucionalización del ordenamiento jurídico

La constitucionalización del ordenamiento jurídico consiste en un movimiento constitucional que se caracteriza por ser extremadamente garantista; para el italiano Riccardo Guastini quien ha desarrollado ampliamente este concepto, y siendo citado por Miguel Carbonell en su obra recopilatoria, define este fenómeno constitucional como:

Un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente –impregnado- por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales (2009:49).

El autor brasileño Luis Roberto Barroso quien con relación al tema en cuestión indica:

La idea de constitucionalización (...) está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico. Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución empiezan a condicionar la validez y el sentido de las normas de Derecho infraconstitucional. (2008:19).



Para que exista este proceso de constitucionalización es necesario un régimen democrático en el que se reconozca la vigencia de los derechos humanos y exista un compromiso serio por parte del Estado para su plena observancia, reconociendo también la progresividad de los mismos lo que ha conllevado a tener Constituciones muy elaboradas, que recogen una serie de aspiraciones para la persona inspiradas en su dignidad y desarrollo integral, tanto en el ámbito individual como social a través de la inclusión de un amplio catálogo de derechos fundamentales, que tienen gran influencia en los tres poderes y que condicionan su ejercicio. La constitucionalización del Derecho está íntimamente ligada a conceptos como supremacía constitucional y como indica Barroso, esa supremacía ya no es solo formal, sino también material, axiológica pues está fortalecida por la apertura del sistema jurídico y por sus principios ahora constitucionalizados.

Carla Faralli con relación a la constitucionalización del Derecho opina que:

La Constitución ya no es solo el fundamento de autorizaciones y marco del Derecho ordinario. Con conceptos tales como los de dignidad, libertad, igualdad y Estado de derecho, democracia y Estado social, la Constitución proporciona un contenido substancial al sistema jurídico. Esta circunstancia se materializa en la aplicación del Derecho a través de la omnipresencia de la máxima de proporcionalidad, y en una tendencia ínsita a reemplazar la subsunción clásica de los hechos en reglas jurídicas, por una ponderación que sopesa valores y principios constitucionales (2007:83).

En Guatemala fue en el año 1945 en que la Asamblea Nacional Constituyente fue convocada para redactar la primera Constitución democrática, la que se fue expandiendo provocando la transformación estructural del sistema jurídico guatemalteco. Este efecto ha sido evidente en toda la historia constitucional sobre todo con la actual Constitución que entró en vigencia en 1986 y que es considerada eminentemente vanguardista y garantista pues acoge y desarrolla preceptos

neoconstitucionalistas al positivizar desde su parte dogmática principios axiológicos inspirados en la dignidad de la persona humana.



En el caso de América Latina en el año 1990 Colombia emite su Constitución que fue modelo a seguir de otras; cabe mencionar nuevamente, que la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina es la del Tribunal constitucional colombiano que ha sentado las bases para consolidar el nuevo Estado constitucional de derecho en dicho país. Aunque también la Corte Constitucional guatemalteca goza de prestigio a nivel internacional por su jurisprudencia y cultura jurídica. Otros ejemplos de Constituciones neoconstitucionalistas son las de Brasil, Argentina, México, Costa Rica y las del denominado Neoconstitucionalismo Andino conformado por la Constitución de Ecuador y Bolivia.

En fin, esta Constitución como le llama Ricardo Guastini “invasora” del ordenamiento jurídico infraconstitucional, tiene fuerza vinculante y genera efectos jurídicos inmediatos y a la vez sirve de parámetro de validez para la interpretación de todas las normas.

Guastini, citado por Carbonell (2009:50-58), indica que para que un ordenamiento jurídico se considere constitucionalizado, deben darse las siete condiciones de constitucionalización que se describen atendiendo a una cuestión de grado:

- 1 La existencia de una Constitución rígida: la existencia de una Constitución escrita que tiene protección frente a las normativas ordinarias porque no puede ser derogada, modificada o abrogada a través del procedimiento ordinario, sino de uno más complejo.
- 2 La garantía jurisdiccional de la Constitución: el control jurisdiccional de las leyes ejercido por un Tribunal Constitucional, que en ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, puede declarar la ilegitimidad constitucional de una ley y que tiene efectos *erga omnes*. Para Guastini, las dos primeras condiciones de constitucionalización son necesarias.



- 3 La fuerza vinculante de la Constitución: todas sus normas son verdaderas y vinculantes u obligatorias y capaces de producir efectos jurídicos inmediatos.
- 4 La “sobreinterpretación” de la Constitución: el texto constitucional es interpretado extensivamente para obtener una innumerable cantidad de normas implícitas que regulan cualquier aspecto de la vida política, social, económica, etc. Es evidente la existencia de “lagunas” porque jamás una Constitución puede regular la vida social y política en su totalidad. Para ilustrar esta condición se cita el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala que preceptúa: “Las disposiciones de esta ley se interpretarán siempre en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional” (El subrayado no aparece en el texto original).
- 5 La aplicación directa de las normas constitucionales: la Constitución debe ser aplicada directamente por todas las autoridades en caso de cualquier controversia, incluso en las de Derecho privado.
- 6 La interpretación conforme a las leyes: los jueces y juezas tienen la obligación de interpretar la ley de acuerdo al texto constitucional, buscando la armonía de la primera con la segunda y evitar así un conflicto entre ambas, y;
- 7 La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas: se traduce en el hecho de que esta norma confiere a un tribunal constitucional la facultad de resolver los conflictos que surjan entre los poderes públicos.

El fenómeno de la constitucionalización del Derecho es uno de los requisitos *sine qua non*, para la existencia de un ordenamiento jurídico garante de los derechos humanos, se desarrolla dentro de la corriente de pensamiento denominada postpositivismo, que para Albert Calsamiglia recogido en la revista digital DOXA 21-I (1998), indica que es toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual. La tesis de las fuentes sociales del Derecho y la no conexión necesaria entre el Derecho y la moral, siendo que esta última es la que sirve de sustento para el desarrollo doctrinario del neoconstitucionalismo.



Con relación a este tema, parafraseando al tratadista colombiano Javier Tamayo Jaramillo, indica que la constitucionalización del Derecho consiste en que las normas inferiores del sistema jurídico no pueden ser restricciones axiológicas excesivas de derechos o principios constitucionales. En ese sentido, la simple contradicción lingüística entre ley infraconstitucional y Constitución no genera inconstitucionalidad. Tamayo es de la opinión que bajo el pretexto de que el Derecho está constitucionalizado, el juez no puede desconocer una norma legal o administrativa, pues el solo hecho que un principio constitucionalizado establece lo contrario no faculta la declaratoria de inconstitucionalidad. (<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/constitucional-y-derechos-humanos/por-una-definicion-exacta-de-la-constitucionalizacion-del-derecho-opinion>).

Con relación a lo expresado por Tamayo, en primer lugar se deben atender a las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico y posteriormente los jueces deben interpretar el texto supremo de forma armónica con la ley ordinaria; se debe hacer una interpretación contextual en la que todos los principios y derechos constitucionalizados logren ese efecto de concretización con la realidad social.

El neoconstitucionalismo es una doctrina nacida de un proceso histórico, filosófico y jurídico desarrollado a partir de importantes aportes teóricos por parte de los iusfilósofos y con desarrollos jurisprudenciales por parte de las cortes constitucionales; para comprender a profundidad sus aportes a la ciencia jurídica contemporánea es necesario analizarla desde una doble perspectiva: su marco filosófico y su marco teórico.

1.6 Marco filosófico del neoconstitucionalismo

Para abordar el tema del marco filosófico dentro del cual se desarrolla la doctrina del neoconstitucionalismo hay que indicar que este tiene sus bases en la corriente postpositivista. Dentro de este apartado se estudiarán los siguientes temas: a) La estructura de la norma; b) Las fuentes del derecho y c) La otra tesis que sustenta al positivismo jurídico es la no relación entre Derecho y la moral.

1.6.1 La estructura de la norma



El positivismo jurídico ofrece un planteamiento en cuanto a la estructura de las normas jurídicas al indicar que estas se componen de un supuesto de hecho o deber ser y una consecuencia jurídica; por supuesto de hecho se entiende a la hipótesis de conducta contenida en la norma y que si se produce provoca la consecuencia jurídica, teniendo por causal la subsunción de la conducta humana en el supuesto contenido en la norma jurídica. dentro de ese contexto se colige entonces que “A” representa una situación en la que se encuentra determinado sujeto, “B” es la conducta regulada por la norma que debe realizar el sujeto y consecuentemente “C” es la sanción impuesta por los jueces cuando resuelven un caso concreto.

Hans Kelsen y Norberto Bobbio son dos jurisconsultos positivistas que han hecho importantes aportes teóricos a la ciencia jurídica contemporánea y con relación al tema de la estructura de la norma jurídica; concluyen que al supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica como componentes esenciales de una norma jurídica, se le puede agregar el “deber ser” que constituye el enlace entre ambos componentes. Según el positivismo jurídico los operadores de justicia deben realizar la labor de subsunción, es decir, encuadrar la conducta humana dentro del supuesto y la consecuencia jurídica ya está dada, prácticamente se está ante un silogismo jurídico tal como: a) Si es A debe ser B; y b) Si no es B debe ser C.

Consecuentemente, el neoconstitucionalismo da un salto importantísimo al conferirles a los jueces la obligación de interpretar la Constitución y leyes, ya no de una forma silogística como se indicó en el apartado anterior, sino de una forma abierta y extensiva con la finalidad optimizar los derechos fundamentales; de esa forma se está superando el pensamiento del Marqués Cesare Beccaria, quien indicó en su momento que el juez no puede ni debe interpretar la ley, pues le estaría dando un sentido distinto al pretendido por el legislador. (<https://es.scribd.com/doc/306284612/Bobbio-Resumen-de-Positivismo-Juridico>).



Así también, se abandona de forma gradual el pensamiento del Barón de Montesquieu, que en su obra “El espíritu de las leyes” consideraba que el juez no debe salirse de la ley. No debe tener libertad, porque invalidaría el principio de separación de poderes. Así hay seguridad jurídica. Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.

Para los positivistas se vive en el mundo de lo normativo, de las reglas, se considera justo solamente lo que está ordenado y por el simple hecho de ser ordenado: una norma es justa solamente por el hecho de ser válida. Esta ha sido una de las falencias del positivismo, confundir validez de una norma con justicia, pues se concibe el ordenamiento jurídico como válido por estar vigente y porque ha sido dada por el legislador. Thomas Hobbes citado por Norberto Bobbio afirmaba que no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto que el de la ley positiva y que:

Solo es verdad que es justo lo que es ordenado, por el solo hecho de estar ordenado; es injusto lo que es prohibido, por el solo hecho de estar prohibido. (...) Los hombres pactan entre sí la renuncia recíproca de derechos que tenían en el estado de naturaleza y su cesión a favor del soberano. (...) inclusive el derecho de decidir lo que es justo o injusto y, por lo tanto, desde el momento en que se constituye el Estado civil, el único criterio de lo justo y de lo injusto es la voluntad del estado (1997:31).

Vale la pena preguntarse si lo que tuvo sentido en determinado tiempo, sigue teniéndolo hoy, si el positivismo jurídico sigue respondiendo a las funciones que tuvo en otra época, las nuevas corrientes de pensamiento jurídico como el Constitucionalismo moderno cuestionan ese mundo normativo de las reglas, pues este no está constituido solamente de estas sino también por principios que pertenecen al derecho por razones puramente morales aunado a una práctica interpretativa en la que deben preponderar los fines y valores de la norma jurídica. El nuevo concepto de derecho está llamado a hacer una inclusión de la moral entre sus elementos y los jueces tienen un papel protagónico al momento de interpretar el Derecho.

1.6.2 Las fuentes del Derecho



Para los positivistas el Derecho constituye una serie de disposiciones dictadas por las autoridades humanas legitimadas para ello y que instituyen esas fuentes sociales determinadas que contienen los métodos atinentes para determinar qué es lo que establece ese ordenamiento jurídico o Derecho pues este es considerado ley y en consecuencia justo. Es decir, que el único objeto de estudio siempre será el Derecho positivo que señala los límites del Derecho como un fenómeno social y una realidad histórica creada y modificada por los hombres.

Una característica de las fuentes del Derecho es que tienen una concepción descriptivista de la teoría del Derecho y a la concepción de normas jurídicas como directrices de la conducta de las personas que están llamadas a obedecerlas. Esa dimensión directiva que se le da a las normas jurídicas descuida la verdadera dimensión valorativa que tienen, afectando el razonamiento jurídico pues los jueces y juezas al resolver casos difíciles, en lugar de acudir a los criterios jurisprudenciales sostenidos, deben utilizar criterios extrajurídicos para resolverlos y en esos casos no aplican el Derecho sino que lo está inventado. A esta figura del juez creador de Derecho se le llama en la doctrina legislador intersticial, que a la hora de interpretar y aplicar el Derecho a los casos concretos llena las lagunas legales que el legislador ordinario dejó al momento de crear la ley.

Hans Kelsen, uno de los grandes teóricos del positivismo jurídico en cuanto a la indeterminación del Derecho y en relación al juez intersticial manifestó que:

El orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entrelazadas entre sí de acuerdo con el principio de que el Derecho regula su propia creación. Cada norma de este orden es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con lo que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema. (1995:15), y que: Desde un punto de vista dinámico, la decisión del tribunal representa una norma individual, creada sobre la

base de una norma general del Derecho legislado o consuetudinario de mismo modo que esta norma general es creada por la Constitución (1995:174). Por tanto, el juez es simple legislador, incluso en el sentido de que el contenido de sus resoluciones nunca puede encontrarse exhaustivamente determinado por una norma preexistente del Derecho sustantivo. (1995:174).



Lo que Kelsen manifestaba era que el Derecho siempre ofrece una solución desde adentro para resolver cualquier caso judicial indeterminado partiendo de la norma como marco y creando una norma individual que establece cierta sanción a ser impuesta a un sujeto determinado, aceptando la figura del juez legislador.

Ahora bien, el postpositivismo no se concentra en esos límites del Derecho que lo constituyen las fuentes sociales, sino en la indeterminación de este, lo que interesa es no averiguar cómo se resolvió tal caso en el pasado sino resolver los casos difíciles e indeterminados no resueltos aún, Kelsen, como quedó anotado anteriormente, admitió la indeterminación del Derecho, pero era de la opinión que el Derecho desde dentro de sí mismo proveía todas las soluciones a los casos llamados difíciles.

En concordancia con lo antes expuesto, muchos jurisconsultos han dicho que el autor austriaco no contempló los “borderline cases” o casos marginales término que utiliza el autor Alberto del Real Alcalá, en su obra: “Paradoja de H. Kelsen sobre la indeterminación jurídica”; es decir, que aquellos casos en los cuales se presentan como indeterminados y al final terminan siéndolo, no encontrando solución en el sistema normativo vigente porque el juez no resuelve saliendo del Derecho, sino desde dentro de las posibilidades que contempla la norma jurídica y, en consecuencia, según el Derecho positivo; muy cuestionada resulta entonces la “teoría de las lagunas” de Kelsen, pues consideraba que: “El orden jurídico no puede tener lagunas. La teoría de las lagunas constituye en realidad una ficción, pues siempre es lógicamente posible, aun cuando algunas veces resulte inadecuado, aplicar el orden jurídico en el momento de fallar (1995:176).

La norma jurídica como fuente del derecho, según Kelsen, debe atender a la plenitud del ordenamiento jurídico, es decir, que cada caso debe estar regulado en un ordenamiento pleno no deben existir lagunas. Para el Doctor Jorge Raúl Arroyave Reyes en su tesis doctoral cita a Díaz Couselo indicando que:



Todo sistema jurídico vigente ha de considerarse lógicamente como completo, hermético, sin “lagunas”, constituyendo ese principio de la plenitud hermética del Derecho un principio general, dado que, como se señaló, no puede quedar interferencia sin solución jurídica, siendo ello una necesidad lógica. Al expresar que todo ordenamiento es pleno, significamos únicamente que mediante la aplicación de las fuentes subsidiarias y en última instancia de los principios generales del Derecho, el órgano jurisdiccional dará una solución a la controversia (2015:48).

En fin, cuando se habla de plenitud del ordenamiento jurídico, no significa la inexistencia de lagunas, pues siempre hay hipótesis no contempladas por el legislador, en ese caso, los operadores de justicia deben resolver ese vacío integrando e interpretando la ley de forma armónica con los principios generales de Derecho.

El postpositivismo como teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo jurídico, una la relativa a las fuentes del Derecho y otra la no conexión Derecho y moral. En correspondencia con lo antes escrito, sirve como marco filosófico del neoconstitucionalismo como una corriente de pensamiento que ve hacia el futuro y que trata de superar la indeterminación del Derecho por la solución de los casos indeterminados. Los seguidores de este pensamiento jurídico se preguntan ¿qué debe hacerse para resolver un caso difícil? La respuesta de los positivistas sería acudir a la experiencia pasada y excepcionalmente al juez o legislador intersticial o sea creador del derecho pues prácticamente la norma jurídica contempla la solución a todos los casos difíciles desde dentro.



En conclusión, los positivistas como Kelsen tuvieron una paradoja en sus teorías, ya que si bien fueron capaces de dar respuesta a todos los conflictos suscitados y debido a la rigidez de la norma, a su estricta legalidad y a su fracaso político ocasionado en la época de postguerra. Se abrió la discusión sobre los alcances del Derecho positivo, su función social y sobre todo la interpretación que debe hacerse del mismo, pues esta solo fue vista como una teoría que pretendía ofrecer argumentos para resolver los casos difíciles sin entrar en juicios valorativos

Esta nueva corriente ideológica viene a modificar el esquema básico de las fuentes del Derecho tradicionalmente formulada por Hans Kelsen⁶, ya que por una parte incorpora los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos al ordenamiento constitucional, y que por citar el caso de Guatemala como ejemplo, en los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República, está regulado que tienen preeminencia sobre el Derecho interno (legislación ordinaria) y forman parte del catálogo de derechos humanos reconocidos por el Estado de Guatemala y que este se ha comprometido a observar su plena vigencia y respeto. Asimismo, reconociendo la progresividad de los mismos al indicar que los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana: en ese caso el juez es llamado a aplicar la Constitución sin que medie la intervención legislativa (únicamente el procedimiento para

⁶ Según Hans Kelsen, en su "Teoría pura de Derecho", afirma que la expresión es utilizada para hacer referencia:

1.- Razón de validez de las normas. En este sentido la norma superior es fuente de lo inmediatamente inferior. 2.- Forma de creación de la norma. Así el acto legislativo es fuente de la ley; el acto de sentenciar lo es de la sentencia; la costumbre, de la norma consuetudinaria, etc. 3.- Forma de manifestación de las normas. La Constitución, la ley, los decretos serían en este sentido fuentes del Derecho. 4.- Por último, se habla de fuentes como el conjunto de pautas compuesto por valoraciones, principios morales, doctrina, etc., que determina la voluntad del legislador, contribuyendo a dar contenido a la norma jurídica.

Decimos entonces que "fuentes del Derecho" son los hechos, actos, doctrinas o ideologías que resultan determinantes para la creación, modificación o sustitución del Derecho, tanto desde su perspectiva histórica, como de los mecanismos necesarios para la producción de nuevas disposiciones jurídicas que se adecuen a los jueces, los legisladores, los funcionarios administrativos. Incluyendo su voluntad en un sentido determinado en el acto de crear normas jurídicas. (Consultado en: <http://www.monografias.com/trabajos26/fuentes-derecho/fuentes-derecho.shtml#ixzz3etGmY0Oo>).



ratificar dichos tratados y convenciones, los que de conformidad con el artículo 6 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”). En ese orden de ideas es necesario concluir mencionando al magistrado Italiano Gustavo Zagrebelsky (1995: 93) quien afirmaba que el Derecho se transforma en una realidad “dúctil” en manos de los jueces, y que estos deben abandonar las rigideces legalistas y el excesivo formalismo y sustituirlo en sus argumentaciones por principios tales como el pro persona y *favor libertatis*, garantizando a la vez una tutela judicial efectiva.

1.6.3 La otra tesis que sustenta al positivismo jurídico es la no relación entre Derecho y la moral

El positivismo jurídico tiene entre sus postulados que el Derecho no pierde su juridicidad por el hecho de ser considerado injusto y otra cosa es el Derecho que es y que debe ser; los seguidores de esta corriente indicaban que la moralidad debe trascender a la legalidad pues esta ejerce censura sobre las leyes y en las decisiones de los operadores de justicia llamados a aplicarlas. Es por esa razón que la moral nunca debe ser incorporada en los distintos tipos coactivos que forman las leyes del Estado. Este pensamiento riñe con los postulados del iusnaturalismo que hizo el acercamiento entre la ley y la razón y se transformó en la filosofía natural del Derecho que propugnaba principios de justicia con validez universal y que fue la base para las grandes revoluciones liberales y que tuvo su máximo desarrollo con la emisión de Constituciones escritas y con la codificación del Derecho.

Luis Roberto Barroso con relación a la relación entre Derecho y moral indica que:

En busca de la objetividad científica, el positivismo empezó a equiparar Derecho y ley, ubicándose lejos de la filosofía y de temas como la legitimidad y la justicia, y logró dominar el pensamiento jurídico de la primera mitad del siglo XX. Su decadencia está emblemáticamente relacionada con la derrota del fascismo en Italia y el nazismo en Alemania, regímenes que promovieron la barbarie

basándose en la protección conferida por la legalidad. Con el fin de la Segunda Guerra Mundial, la ética y los valores volvieron al Derecho (2008:4-5).



El autor Barroso toca el punto central de la polémica del desplazamiento de la doctrina positivista: los abusos que se han cometido en contra de la humanidad amparados en el principio de legalidad, estandarte de dicha doctrina. No quiero indicar que como estudiosos del Derecho no seamos positivistas porque sí lo somos, pero ante la progresividad de los derechos humanos y fenómenos como la globalización debemos abandonar las viejas tradiciones jurídicas y optar por las que sean más garantistas y que realicen el valor justicia; es necesario retomar los postulados del Derecho natural y vincular el Derecho con la filosofía moral y la política en virtud que la doctrina positivista con su indeterminación del Derecho, desde el punto de vista práctico no ha sabido dar respuesta a los problemas que se plantean.

El postpositivismo supone un cambio en la interpretación del Derecho y en la teoría de la argumentación jurídica pues modifica la teoría de las fuentes del Derecho y niega la no conexión entre Derecho y moral, ambas sustentadas por el positivismo jurídico, así como existe cierto rechazo al formalismo exacerbante del mismo.

Ronald Dworkin fue crítico del positivismo normativo y realizó grandes aportes para crear la doctrina postpositivista y su estudio se basa en la afirmación que el Derecho que aplican los jueces no se limita a las normas jurídicas, sino también a principios y/o valores axiológicos; al autor de esta corriente de pensamiento con relación a la argumentación jurídica, indica que:

El modelo de subsunción permite resolver cuestiones o casos fáciles, no así los casos difíciles donde la norma a utilizar contenga conceptos equívocos, o ambiguos, o en los casos en que por no existir un texto legal aplicable, el juez debe recurrir a una construcción normativa. En esos casos, se ha sostenido que el proceso de adjudicación no se reduce al silogismo judicial, sino que se produce un proceso de creación normativa (1984:14).



Asimismo, es importante dejar atrás la discrecionalidad de los jueces y juezas a la hora de resolver los casos difíciles o no contemplados por el legislador y sustituirlos por una debida argumentación e interpretación jurídica bajo los nuevos lineamientos que ofrece el neoconstitucionalismo, para poder efectivamente garantizar una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. Dentro de este modelo de la adjudicación el legislador ha sido depuesto o sustituido como objeto de análisis por el intérprete del Derecho y por los jueces; el postpositivismo como indica Barroso en la obra antes citada, intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del Derecho actual, intenta hacer una lectura moral del Derecho.

El autor brasileño Barroso (2008:4-5) indica que en este nuevo paradigma en construcción se incluyen la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, también indica que debe haber un resurgimiento de la razón práctica y de la debida argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional que viene a ser la piedra angular de esta nueva corriente del Derecho constitucional contemporáneo. También debe seguirse desarrollando la teoría de los derechos humanos basados en el fundamento de la dignidad humana.

Esta vinculación Derecho-moral resulta de vital importancia para sustentar el neoconstitucionalismo como doctrina filosófica y jurídica, por citar como ejemplo, en el preámbulo y en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala se reafirma el principio *pro homine*, es decir, la primacía de la persona humana, como sujeto y fin del orden social, es decir, que el Estado organizado reconoce prerrogativas o potestades a todo sujeto que tenga la condición de ser humano para que se desarrolle integralmente.

El citado preámbulo de la Constitución guatemalteca recoge los postulados del Derecho natural para positivizarlos, es eminentemente personalista porque se fundamenta en el

concepto de dignidad humana⁷, por consiguiente, está basado en juicios de valoración moral.



Kant, citado por Maldonado Aguirre (2013:50), señaló que:

En este mundo todas las cosas tienen precio, menos una. Este ente singular, por no ser objeto de tasación, es el hombre, que tiene valor absoluto. Las demás por su relativismo, carecen de la esencia humana que es la dignidad.

Efectivamente, se demuestra como el ordenamiento constitucional guatemalteco acoge los postulados del neoconstitucionalismo, pues su fundamento filosófico lo constituye la dignidad de la persona humana, afianzando como valores los derechos fundamentales principalmente la libertad e igualdad y reconociendo la progresividad de los mismos, pues de conformidad con el artículo 44 constitucional: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. En este nuevo acercamiento entre el Derecho y la filosofía, se ve cómo los valores retornan al Derecho, empezando a superar el rigorismo del positivismo jurídico y sentando las bases para el nuevo Derecho constitucional contemporáneo basado en principios de justicia con validez universal.

Para concluir este tema, se puede indicar que en la transición del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho no ha sido tarea fácil, pues el segundo conlleva la Constitución como norma fundamental y el protagonismo de los jueces constitucionales que ven en la misma el instrumento perfecto.

⁷ El ex Magistrado Constitucional guatemalteco Alejandro Maldonado Aguirre en “Metafísica constitucional” expresó: “La Constitución Política de Guatemala se adhiere a una metafísica personalista, porque se sustenta fundamentalmente en el concepto de la dignidad humana, que equivale a la valoración suprema de la vida, y, como derivado de esta noción básica, afirma los principios de libertad e igualdad”. Maldonado Aguirre, Alejandro. **Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala**. Tomo I. Página. 50.



1.7 Marco teórico

Según Luis Roberto Barroso (2008:6), son tres las grandes transformaciones que modificaron el conocimiento convencional en relación con la aplicación del Derecho constitucional: a) La fuerza normativa de la Constitución; b) La expansión de la jurisdicción constitucional y c) El desarrollo de una nueva dogmática en la interpretación constitucional. Para efectos de la investigación y a manera de ampliar los aportes que ha hecho esta nueva doctrina a la ciencia jurídica, se toma en cuenta la clasificación hecha por el autor brasileño, pero la misma es desarrollada a partir del aporte de otros autores y del análisis propio.

1.7.1 La fuerza normativa de la Constitución

El concepto fuerza normativa de la Constitución está íntimamente ligado al de justicia constitucional, a una Constitución fuerte que tiene control sobre las conductas de las personas, que hace valer su supremacía, eficacia constitucional y refuerza su carácter de obligatoriedad y plena observancia, pues subordina la ley infraconstitucional a la misma. De esta manera, al incorporar en su texto valores o derechos fundamentales ampliamente reconocidos por ser inherentes a las personas, también obliga al aparato estatal a su plena observancia y garantía, ello viene a contribuir al fortalecimiento de una vida democrática y del Estado constitucional de derecho.

Según César Landa (2011:17): “La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento”. Manifiesta el autor que ello solamente ha sido posible dentro del Estado democrático constitucional, y esa fuerza normativa se va gestando en la medida que se incorporan al texto constitucional las transformaciones políticas, sociales y económicas de determinado Estado, expresadas en derechos y libertades y su garantía de protección, y, para que el texto constitucional no quede reducido a una pura especulación normativa. Landa indica que debe ser analizada desde una perspectiva de los derechos

fundamentales, que es donde adquiere su dimensión objetiva y eficacia. Entonces dicha eficacia, el catalizador de los alcances y límites, así también funciones del principio de supremacía constitucional.



Durante el siglo XX, principalmente en Europa, ocurrieron grandes fenómenos sociales que fueron transformando el concepto de la norma constitucional y su verdadera función, pasó de ser considerado un documento político a uno jurídico, que no solo se limitaba a la organización del poder sino que también incluía la garantía de los derechos fundamentales. Ello sirvió de base para iniciar un movimiento de reconstitucionalización posterior a la Segunda Guerra Mundial; dicho proceso se inició en Alemania, Italia, España y Portugal, y uno de sus postulados fue reconocer la fuerza normativa de la Constitución, vinculante y obligatoria en cuanto a sus disposiciones, pues su normativa tiene plena vigencia y eficacia, que es la característica de toda norma jurídica y por consiguiente su no observancia provoca la acción de los mecanismos de coacción necesarios para mantener su plena observancia general.

Para que una Constitución no quede reducida a un cúmulo de buenas intenciones del legislador constituyente es preciso que sea estudiada desde la perspectiva de los derechos fundamentales para que adquiera su dimensión objetiva y eficacia real, La experiencia en estos procesos ha sido muy diversa, por ejemplo, en Latinoamérica los textos constitucionales son muy desarrollados, incorporan una amplia gama de derechos fundamentales y crean modernas instituciones democráticas, como en el caso de Guatemala, crea la Corte de Constitucionalidad y la figura del Procurador de los Derechos Humanos, pero se ha fallado en la creación de una conciencia constitucional en la población que garantice lealtad a la misma por parte de ellos.

Un avance significativo ha sido el reconocimiento de la defensa de la persona y el respeto de sus derechos fundamentales, como eje del nuevo modelo de Estado constitucional de derecho, teniendo a la ley fundamental como suprema que subordina los poderes del Estado y su fuerza normativa para su defensa y garantía de los derechos humanos. Esta garantía se logra porque integra principios y valores propios

para una sociedad pluralista, valores axiológicos individuales y sociales para procurar el desarrollo humano integral y la consecución del bien común, todo eso hace de ella un instrumento no solo jurídico sino también político.



Dentro del desarrollo del marco teórico que da apertura a la doctrina del neoconstitucionalismo, la fuerza normativa de la Constitución es un tema central dentro del nuevo Estado constitucional de derecho, pues sirve de base para garantizar su supremacía jurídica y ello se logra a través de su interpretación constante para hacerla expansiva, para que transforme los derechos fundamentales conforme a su progresividad y fije límites al poder del Estado, respetando los mecanismos democráticos establecidos e intensificando los controles de constitucionalidad de las leyes, todo ello devendría en la plena optimización de los derechos fundamentales. La Constitución ya no solo organiza el poder estatal, sino que lo limita y condiciona; Riccardo Guastini citado por César Landa indicó que:

El reconocimiento teórico y práctico de la jerarquía constitucional ha sido producto de un largo proceso, porque hasta finales del siglo XIX la Constitución no había sido entendida sino como una norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos (2011:24).

En ese orden de ideas. Luigi Ferrajoli, citado por Carbonell indica que:

La fuerza normativa de la Constitución fundada en el principio de supremacía constitucional, ha ido, por un lado, desplazando a la ley y a su principio de legalidad como la fuente suprema del Derecho de la cual emana todo el ordenamiento jurídico y, por otro lado, vinculando directamente a los poderes públicos y privados. Lo cual no es solo un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que lleva a replantear la manera de entender el Derecho, la jurisprudencia, la propia jurisdicción y el rol de la judicatura (2009:13).



La finalidad del constitucionalismo moderno es lograr el bienestar de la persona humana y procurarle calidad de vida, para ello protege la plena vigencia de los derechos fundamentales, reconociendo la fuerza normativa de la Constitución y dentro de ese nuevo orden los jueces y juezas tanto de la jurisdicción ordinaria como constitucional están llamados a la aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente acostumbrado, sino que también deben ser garantes de los derechos fundamentales en ella regulados y a la hora de resolver los casos difíciles, agotar todo lo constitucionalmente posible.

El Doctor Cáceres Rodríguez indica que la expresión “fuerza normativa” de la Constitución adquiere gran relevancia gracias al aporte doctrinario hecho por Konrad Hesse a quien cita textualmente: “Se vincula en el rigor jurídico y sociológico que puede tener la “Constitución jurídica” frente a la realidad; es decir, sobre su aptitud para disciplinar la vida política y el comportamiento global de una sociedad (2014:195-196).

Konrad Hesse desarrolló la doctrina de la pretensión de vigencia y parte del supuesto que la Constitución no debe limitarse a justificar las relaciones de poder que existen en el Estado, sino que debe disciplinarlas y orientarlas; pero requiere un elemento importante llamado por el autor “la voluntad de la Constitución”, ello conlleva la intención en la conciencia general de cumplirla y realizarla.

Concluyendo el tema, esa “voluntad de Constitución”, como afirma Hesse, debe ir acompañada por la fuerza normativa para que pueda ser impuesta, debe contener la obligatoriedad de los derechos fundamentales y su supremacía sobre las demás normas ordinarias para que pueda tener la aptitud de regular no solamente las relaciones políticas, sino también el comportamiento de todos los integrantes de la sociedad con influencia efectiva y creciente. Hoy día la Constitución domina no solo el ámbito de justicia constitucional, sino la totalidad de la vida jurídica del Estado.



1.7.2 La expansión de la jurisdicción constitucional

La experiencia constitucional de Estados Unidos referente a la supremacía constitucional fue la inspiración para países europeos donde reinaba la supremacía del poder legislativo, sin embargo, en la segunda mitad del siglo XX el movimiento constitucionalizador y garantista de derechos fundamentales fue haciéndose más fuerte y en consecuencia estos se constitucionalizaron y hubo un desplazamiento en su protección del parlamento hacia el poder judicial, naciendo una serie de instituciones modernas o tribunales constitucionales destinados a velar por el control de la constitucionalidad de las leyes y mantener la vigencia y defensa de la ley suprema.

Dentro del desarrollo de ese marco teórico que da vida al postpositivismo, la teoría de la expansión de la jurisdicción constitucional es medular y está íntimamente ligada al sistema democrático. Según el Doctor Víctor García debe entenderse por jurisdicción constitucional:

Específicamente la jurisdicción constitucional es aquella parte de nuestra disciplina que, teniendo como presupuestos la supremacía jerárquica de la Constitución sobre cualquier otra norma del sistema jurídico y la necesidad de sostener el ejercicio de la fuerza estatal a la racionalidad del Derecho, se ocupa de garantizar el pleno respeto de los principios, valores y normas establecidas en el texto fundamental (2005:12).

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala y todos tribunales ordinarios deben observar siempre el principio de supremacía de la Constitución y garantizar su contenido axiológico; la jurisdicción constitucional debe vincularse con las garantías constitucionales y para preservar el orden constitucional deben ejercer ese control de la constitucionalidad de las leyes para ordenar la inaplicación de una ley a determinado caso o la expulsión de alguna norma, siempre que exista colisión con la norma fundamental, según sea la situación.

Existen dos tipos de control de constitucionalidad, uno difuso y otro concentrado, con una tercera variante como se expondrá más adelante, un sistema mixto de control de constitucionalidad que incorpora elementos de ambos y que es el adoptado por Guatemala.



La expansión de la jurisdicción constitucional y del control de constitucionalidad ha propiciado la aparición de nuevos actores en los procesos constitucionales a quienes la ley suprema les ha dotado de legitimación activa para reclamar la tutela de los derechos fundamentales. En ese orden de ideas el artículo 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad otorga legitimidad activa para interponer la acción de amparo a efecto de proteger los intereses que constitucionalmente les han sido encomendados al Procurador de los Derechos Humanos y al Ministerio Público.

Asimismo, en Guatemala existen otras dos garantías procesales constitucionales que tienen como objeto el resguardo de los derechos fundamentales: la Exhibición Personal y la Constitucionalidad de las Leyes. Esta última tiene dos variantes y se resuelven conforme al sistema de control de constitucionalidad adoptado por Guatemala: la inconstitucionalidad de las leyes en caso concreto, estas se plantearán directamente ante el tribunal ordinario que conoce del caso concreto y están legitimadas para interponerla las partes procesales, según lo estipula la ley constitucional antes citada, y la inconstitucionalidad de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad se plantearán directamente ante la Corte de Constitucionalidad y el artículo 134 de la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad establece quienes están legitimados para su planteamiento.

En resumen, existen muchos factores que justifican la ampliación de la actuación de la justicia constitucional, el más importante es el control de constitucionalidad de las leyes que persigue la plena observancia de los derechos fundamentales por parte del aparato estatal, pero la influencia de la doctrina en este ámbito ha sido grande y el neoconstitucionalismo ha hecho importantes aportes para proveer a los operadores de justicia de innumerables herramientas para justificar su intervención en todas las esferas



de la vida pública con la finalidad de hacer efectivos en mayor grado los derechos humanos individuales y sociales. Ahora se habla de constitucionalidad cuyo contenido sirve también como parámetro para determinar la constitucionalidad de las leyes y también existe el control de convencionalidad, que rebasan en gran medida al tradicional Estado de derecho, y en el que los jueces y juezas ejercen un activismo nunca antes visto.

1.7.3 El desarrollo de una nueva dogmática en la interpretación constitucional

El marco teórico del neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo desarrolla una nueva dogmática de interpretación constitucional como el eje de la teoría de la Constitución y del Derecho constitucional, le confiere a los jueces y juezas un rol protagónico pues les corresponde velar por la tutela de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y actualmente en los tratados en materia de derechos humanos que son incorporados a la misma a través del bloque de constitucionalidad, debiendo hacer su debida interpretación en forma armoniosa a través del control de la convencionalidad. Con conceptos tan vanguardistas como los citados en este apartado, se establecen las bases para preservar su eficacia y garantizar su plena vigencia y el resguardo del orden constitucional en el Estado de derecho.

El tema de interpretación constitucional será desarrollado más ampliamente en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación.

1.8 El nuevo Estado constitucional de derecho

Con el transcurso del tiempo el término Estado de derecho, utilizado para referirse a una sociedad humana política y jurídicamente organizada, en la que todos los individuos y los poderes del Estado están sujetos al poder del Derecho, ha sufrido grandes transformaciones, pues este concepto es producto de una concepción meramente liberal. Nacido de la Revolución francesa, el Estado de derecho establece la separación de poderes y el reconocimiento de derechos a la población por parte del Estado.



Se afirma que el Estado de derecho nació como una aspiración política como una pretensión jurídica y que ambas buscan sustentar la existencia del mismo Estado con un sustento jurídico. Se deduce que ese fue uno de los grandes problemas de esa concepción de Estado, pues se llegó a confundir Estado con derecho, siendo el caso que se pensaba que se trataba de lo mismo, pues como bien ha quedado demostrado, no todo Estado es Estado de derecho como en su momento sostuvo el jurista vienés Hans Kelsen, y que muchos, tomando su doctrina positivista llegaron a considerar como Estados de derecho a los regímenes fascista y nazi. Kelsen, al ser severamente criticado por su postura, corrigió su doctrina indicando posteriormente que por Estado de derecho debía entenderse a aquel Estado que fuera capaz de responder a los requerimientos de la democracia y a la certeza del Derecho.

Una definición tradicional de Estado fue la elaborada por Francisco Porrúa Pérez en sus Tratados sobre Teoría del Estado (1993:26): “El Estado es una sociedad humana, establecida en el territorio que le corresponde, estructurada y regida por un orden jurídico, creado, aplicado y sancionado por un poder soberano, para obtener el bien público temporal”.

Dentro de un sistema democrático, el Estado se organiza por delegación de la soberanía o poder que radica en cada ciudadano, decidiendo fundar el Estado, ese acto deliberado de la población crea un poder originario o constituyente que organiza el Estado a través de la creación de una Constitución. Dentro de ese contexto se toman los principios característicos del contrato social, teoría formulada en su momento por Juan Jacobo Rousseau, es así como dicho concepto sociológico va evolucionando como se demuestra a continuación.

El diccionario de Derecho procesal constitucional y convencional define Estado constitucional de derecho de la siguiente forma:

Es una categoría teórica de viejo cuño adoptada en el ambiente jurídico alemán decimonónico que en la actualidad ha adquirido nuevos significados que se ha identificado como un eslabón más en la evolución de la categoría Estado de derecho, de la cual sería una de sus manifestaciones —quizá la más elaborada— por su capacidad para conjugar las aportaciones del constitucionalismo como movimiento histórico y agregativo en pos de los derechos y su protección más eficaz, y sintetizar las diversas tradiciones y experiencias constitucionales desarrolladas a partir de las Revoluciones francesa y americana (2014:643).



Siguiendo la definición dada en el diccionario antes citado, esta idea de Estado de derecho viene a ser parecida a la del modelo “Estado formal de derecho” formulada por Ferrajoli y que indicaba que cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados por las personas en las formas y procedimientos legales establecidos, se produce un profundo cambio en el sistema democrático en virtud que la ley está subordinada a la Constitución, se pierde la centralidad del principio de legalidad y viene a ser reemplazado por el principio de constitucionalidad.

Para el autor italiano Luigi Ferrajoli (2009:13) existen dos modelos normativos diferentes: “El modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de derecho (o Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias. Indica Ferrajoli que en el Estado legislativo de derecho (o Estado de derecho débil, según el autor) impera el principio de legalidad para identificar al derecho válido, independiente de su valoración como justo o injusto, se dice que una norma jurídica es válida no por ser justa, sino porque fue emitida por la autoridad con competencia para crearla, es decir, el Parlamento o el Poder Legislativo, según el caso.

El segundo Estado a que Ferrajoli hace referencia es al Estado constitucional de derecho (o Estado de derecho en sentido fuerte, según el autor) es aquel en el que



imperla la Constitución y sus principios, impregnando todo el ordenamiento jurídico, se deben crear mecanismos para preservar la plena vigencia de la Constitución establecida como norma suprema, es decir, que se ubica en la cúspide del ordenamiento normativo, tiene carácter normativo o fuerza normativa para ser aplicada directamente por los jueces para resolver cualquier asunto o caso, pasando la ley a un segundo plano.

En el Estado constitucional de derecho, cuando se hace referencia a los derechos fundamentales, entiéndase, derechos humanos transformados en Derecho constitucional positivo, se está ante una creación débil del derecho, pero; cuando los mismos son incluidos en las decisiones judiciales que resuelven derechos fundamentales se robustecen y logran su realización, se vuelven tangibles sus contenidos intrínsecos de juridicidad y moral pues los intérpretes constitucionales deben tomar siempre en cuenta que para realizar los derechos fundamentales deben atender primeramente al principio pro persona y la plena vigencia de sus derechos inherentes. Es decir, que la base del constitucionalismo contemporáneo son los derechos fundamentales, esos valores constitucionalizados que sirven de parámetro para medir la legitimidad y democracia del poder público.

El paradigma del Estado constitucional de derecho, necesita una nueva teoría que lo fundamente y oriente su pleno desarrollo, al respecto Gil Domínguez indica que:

El neoconstitucionalismo explicita una ideología o filosofía política que justifica o defiende el paradigma de Estado constitucional de derecho (como el mejor modelo posible frente a la alternativa del Estado legislativo de derecho) en donde subyace un alto grado de tensión entre democracia y Constitución (2009:71).

Para robustecer ese Estado constitucional de derecho, se necesita de un Estado en el cual los derechos fundamentales sean reconocidos y respetada su plena vigencia y progresividad a través de los mecanismos idóneos para ello, de esa forma pueden ser una realidad tangible para las personas, no deben existir restricciones ni retrocesos en cuanto a los mismos.

Dentro de este nuevo orden se reafirma a través de la Constitución el principio de soberanía popular de corte eminentemente democrático y se abandona el principio de soberanía del Estado propio del Estado legislativo de derecho.



El neoconstitucionalismo es entonces la teoría jurídica que sirve de base para este nuevo Estado constitucional, en el cual retornan los principios y valores axiológicos, morales y éticos al Derecho; la Constitución se concibe como un dispositivo encaminado a la protección de los derechos fundamentales y también se proyecta como una norma dinámica para la plena realización de los mismos; es allí donde debe iniciar el proceso asimilador por parte del Derecho positivo en cuanto a que sus normas formalmente producidas deben observar los principios y valores que inspiran la Constitución, pues esta debido a la supremacía que ostenta determina el contenido de la ley. Asimismo, el control de constitucionalidad viene a destruir el dogma liberal de la fuerza absoluta de la ley y el estricto principio de legalidad considerado actualmente decimonónico y en *ultima ratio* la fuerza normativa de la Constitución que se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico ordinario, de tal cuenta que este último será válido sí y solo sí, cumpla con los requisitos formales y constitucionales.

En concordancia con lo antes escrito, es por ello que en un ordenamiento constitucionalizado no puede hablarse de un Derecho de familia, sino de un Derecho constitucional de familia, ni de un Derecho laboral sino de un Derecho constitucional laboral y así sucesivamente abarcando todas las ramas del Derecho.

Ramiro Ávila Santamaría (2011:111), uno de los autores del denominado neoconstitucionalismo andino, indica que en el nuevo modelo de Estado:

La Constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos; procedimental porque se establecen mecanismos de participación que procuran que los debates

públicos sean informados y reglados, tanto para la toma de decisiones como para la elaboración de normas jurídicas. En suma, en el constitucionalismo se conjugan Estado como estructura, derechos como fin y democracia como medio.



Para Ramiro Ávila, ahora se habla de un Estado de derechos, en el cual todo poder ya sea público o privado, está sometido a los derechos, para él, en el Estado constitucional de derecho, la Asamblea Constituyente somete a través de la Constitución a todos los poderes constituidos y en este nuevo Estado de derechos.

Los derechos, que son creaciones y reivindicaciones históricas, anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes, incluso al constituyente, hago mención al pensamiento de este autor en virtud que el neoconstitucionalismo en su país, (Ecuador), es una doctrina que ha sido el referente necesario para la creación de la Constitución de 2008 y sirve de fiel reflejo cómo esta doctrina ha sido de gran influencia en muchos países para consolidar la democracia, la plena vigencia de los derechos fundamentales y la Constitución como norma suprema que tiene su inspiración en el principio pro persona, siendo garantista de derechos humanos y a la vez organiza, delimita, controla y diseña la configuración del nuevo Estado constitucional de derecho.

1.9 Expansión del neoconstitucionalismo y Derecho global

El desarrollo de este tema tiene como finalidad demostrar que el Derecho constitucional contemporáneo ya no debe vérselo como un objeto de estudio aislado, sino dentro de una nueva coyuntura global. El Derecho constitucional internacional ha tenido gran auge y ha influenciado las Constituciones, ello ha sido producto que los Estados han tenido que ceder o limitar parcialmente su soberanía y delegarla en Organismos Internacionales mundiales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a nivel continental en la Organización de Estados Americanos (OEA); como consecuencia del derecho de Tratados y porque el Estado ha ratificado una serie de convenciones o tratados en materia de derechos humanos obligándose a su plena implementación a nivel interno. Así pues, las mismas han sido incorporadas en el texto constitucional y

desarrolladas en las leyes ordinarias afirmando un reconocimiento progresivo de derechos humanos a la población y que obligan a cada Estado a su observancia y vigencia.



En concordancia con lo antes escrito, se habla de una transferencia de parte de la soberanía de los Estados en favor de organismos internacionales que serían, bajo esas circunstancias, equiparados a un nuevo poder constituyente, pasando a un segundo plano el legislador originario nacional. El autor de este trabajo puede deducir que existe en la actualidad una invasión al Derecho constitucional propio por parte del Derecho internacional de derechos humanos, la cual ha sido positiva y vinculante para los Estados y es propia de la doctrina neoconstitucionalista; esta situación se ve reflejada en los textos constitucionales que se han vuelto garantistas de los derechos fundamentales, y en la organización y configuración del nuevo Estado constitucional de derecho siempre dentro de un sistema democrático.

Bien, lo descrito Hans Kelsen desarrolló la teoría monista del Derecho internacional en la que sostiene que el Derecho interno y el Derecho internacional crean un solo sistema jurídico, admitiendo dos variantes, una es la concepción monista que otorga primacía al Derecho interno y la otra es la concepción monista con primacía del Derecho internacional, es decir, que prevalece el Derecho internacional que delega en los órganos nacionales la atribución de dictar su propio ordenamiento jurídico interno. Kelsen desarrolla la segunda concepción pues indicaba que todas las normas derivan su validez y fuerza vinculante de otras normas superiores desde el punto de vista jerárquico hasta llegar a la norma fundamental, es decir, que para este autor todo el Derecho supranacional viene a constituir una fuente primaria.

Ahora bien, Alberto Puppo (2015) en su trabajo sobre la concepción monista de Kelsen afirma que no comparte la teoría del *viens* relativa a que el Derecho internacional puede regular todas las materias domésticas, incluidas la forma de gobierno, todo lo relativo a la nacionalidad, el campo de la política, religión, inmigración, Derecho penal transnacional, Derecho civil y todos sus procedimientos. En ese orden de ideas; los

monistas sostienen que para integrar esas normas al Derecho nacional se requiere una ley de aprobación con primacía en el Derecho internacional, pero para los monistas como Kelsen este Derecho supranacional se integra “per se” al Derecho interno.



Así, pues, Puppo (2015) hace una fuerte crítica a Kelsen, indicando que, “quizá puede esclarecer parcialmente la plausibilidad de mi intuición, la cual tomará forma de acusación: en el asesinato de la soberanía, a Kelsen puede imputarse, por lo menos, un dolo eventual”.

Contrapuesta a la teoría monista también está la teoría dualista que sostiene que: “Las normas del Derecho internacional y las del Derecho interno forman un único sistema jurídico; de esa forma el Derecho interno de un Estado estaría integrado por sus normas de Derecho interno y además por las normas del Derecho internacional” (Emiro Ricardo. http://www.academia.edu/8543519/EL_MONISMO_Y_EL_DUALISMO Recuperado el día 27/06/2016).

La doctrina neoconstitucionalista respeta la libre determinación de los pueblos, en ese caso aunque existan ambos ordenamientos, los reconoce como separados e independientes, pues el Derecho internacional se rige por las relaciones entre Estados y el Derecho interno regula las relaciones entre los Estados y los individuos que los habitan. Emiro Ricardo en el trabajo antes citado, indica que para integrar una norma de Derecho internacional al Derecho interno, desde la concepción dualista, esta debe ser transformada en norma de Derecho interno para poder ser invocada y aplicada en el Derecho propio de cada Estado. Para ello se deberá emitir una ley de aprobación, al igual que indican los monistas y una ley reglamentaria que permita su implementación.

Ahora bien, parte del desarrollo jurídico doctrinario atinente al caso de investigación también debe centrarse en el Derecho internacional de los derechos humanos que viene a establecer las obligaciones que los Estados deben respetar al asumir las obligaciones derivadas de la ratificación (ley de aprobación) así como proteger y garantizar la plena

vigencia de los mismos adoptando medidas positivas para optimizarlos (ley reglamentaria para su implementación).



El fenómeno de la expansión del neoconstitucionalismo se intensifica posteriormente al fracaso del “Estado de Bienestar” y es a partir de los años noventa del siglo XX que aparecieron en escena nuevos paradigmas tales como democracia liberal, libre comercio, globalización, derecho a la autodeterminación de los pueblos, Estado constitucional de derecho. En consecuencia, se habla ahora de ordenamiento jurídico mundial y de la necesidad de desarrollar una nueva teoría jurídica concebida sobre el irrestricto respeto a los derechos humanos a nivel interno, pero con gran influjo del Derecho internacional de derechos humanos.

El maestro Luigi Ferrajoli (2009:27) indica que a largo plazo está la perspectiva del constitucionalismo internacional, el cual fue diseñado por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y por las Convenciones y Declaraciones internacionales en materia de derechos humanos (el autor italiano les llama cartas supranacionales de derechos), expresa en su obra “Pasado y futuro del Estado de derecho”, que después del Derecho jurisprudencial, el Estado legislativo de derecho y el Estado constitucional de derecho, se está ante un cuarto modelo; que está establecido por el orden constitucional de derecho ampliado al plano supranacional, que ya no tiene nada del viejo Estado y, sin embargo, conserva de él las formas y las garantías constitucionales.

Ferrajoli se anticipó al fenómeno de la globalización, al desarrollo tecnológico y el avance de las telecomunicaciones que se vive a nivel mundial, es decir, a esos fenómenos que nos afectan a todos y que siempre terminan afectando el mundo de las relaciones jurídicas. Por ello pensó en la necesidad de desarrollar una nueva teoría jurídica globalizada que imponga derechos y obligaciones de mayor rango tales como la protección de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, el control en la fabricación y venta de armas de destrucción masiva y la lucha contra el terrorismo. En consecuencia, el jurista italiano afirma que para proteger la paz cualquier guerra debe ser declarada como un “crimen de Derecho internacional” y en su obra considera



que en el ámbito de los derechos humanos, deben crearse instituciones internacionales de garantía, en tal virtud, se afirma que el funcionamiento de la Corte Penal Internacional cuya misión es juzgar a las personas acusadas de cometer crímenes considerados de lesa humanidad, según su norma fundacional. El Estatuto de Roma fue un avance significativo en la consolidación y plena vigencia de los derechos humanos a nivel mundial.

Dentro de ese contexto mundial también es importante mencionar la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano judicial de la Organización de Naciones Unidas y a nivel continental se puede citar que la Organización de Estados Americanos que emitió la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que tiene como base que los derechos esenciales del hombre y de la mujer no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tiene como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados Americanos. Y, como mecanismo de protección en la citada Convención, se crean la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la finalidad de lograr la mayor efectividad al cumplimiento de los derechos humanos. Dentro de ese contexto surgen nuevas instituciones tales como el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, temas que serán desarrollados en otro capítulo de este trabajo, pero que son consecuencia del desarrollo doctrinario y jurisprudencial del neoconstitucionalismo.

Se considera que la propuesta de Ferrajoli (2008:345), es vanguardista y extremadamente garantista, pero hay factores a tomar en cuenta como la libre determinación de los pueblos y sobre todo su soberanía. Para él, este cuarto modelo de Estado de derecho, devendría entonces como una consecuencia del Estado constitucional de derecho aplicado al ámbito internacional ya que supone “un cambio revolucionario del paradigma de Derecho y, conjuntamente, de la jurisdicción, de la ciencia jurídica y de la misma democracia”. Ferrajoli arriba a la conclusión que dentro de

este nuevo Estado de derecho, ya existe una Constitución embrionaria conformada por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 y la Declaración de Derechos de 1948 y los dos Pactos de 1966⁸. Algunos críticos del maestro italiano indican en relación a su propuesta que prácticamente propone un “Bill of Rights del Derecho internacional”.



La propuesta de Ferrajoli es bastante innovadora, pero, inviable en la actualidad, ya que una Constitución es un pacto de convivencia que debe atender a una diversidad política, cultural y social heterogénea o desigual de determinado Estado.

Se concluye que es más conveniente en lugar de hablar de un Estado constitucional de derecho internacional, como afirma Ferrajoli y que en su momento fue la idea de Kelsen también al desarrollar su concepción monista del Derecho internacional; hablar de un Estado constitucional de derechos, creación neoconstitucionalista que se desarrolla dentro de un sistema democrático y soberano de Gobierno, pero que atienda y acoja, según la libre determinación estatal a ese ordenamiento jurídico global protector de los derechos individuales e intereses difusos y derechos colectivos. A ese Derecho internacional de derechos humanos que aunado al Derecho penal internacional y el derecho humanitario constituyen actualmente las normas sustantivas que confluyen para formar ese orden público internacional ya que muchas de esas normas son de carácter imperativo o *ius cogens* que se encuentran en la cúspide del Derecho internacional por su contenido y por su carácter inderogable e imperativo pues son de observancia obligatoria para su plena observancia.

⁸ El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos pactos en su resolución 2200 A (XXI): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Estos pactos son un refuerzo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. <http://www.humanium.org/es/pacto-1966/>.

CAPÍTULO II



INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: ANTECEDENTES, DEFINICIÓN, HERMENÉUTICA JURÍDICA, TIPOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS COMO MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN, NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, LA PONDERACIÓN COMO MÉTODO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PROPIO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO, PRINCIPIOS QUE TUTELAN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA, MUTACIONES CONSTITUCIONALES.

2 Interpretación constitucional

En el presente capítulo se desarrollará ampliamente el tema de la interpretación constitucional como parte del marco teórico que fundamenta la doctrina del neoconstitucionalismo. Es decir, se hace necesaria una redefinición de los conceptos aprendidos de la tradicional hermenéutica jurídica y sus reglas y se debe centrar la atención en la nueva dogmática de interpretación que se desarrolla para analizar e interpretar la Constitución, que se erige como norma de normas y que contiene principios y valores positivizados que obligan al juez o jueza constitucional a utilizar el método de la ponderación y sus principios de proporcionalidad y razonabilidad en lugar de aplicar solamente el método tradicional de la subsunción propio del positivismo jurídico; de esa forma los derechos fundamentales devendrían verdaderos mandados de optimización.

Se tiene por objetivo que el lector comprenda que dentro del constitucionalismo contemporáneo existe una nueva forma de interpretación que se hace desde y hacia la Constitución que el autor del presente trabajo denomina *interpretación neoconstitucional*. Para ello el intérprete de la Constitución debe pensar menos en el principio de legalidad y su excesivo rigorismo propio del iuspositivismo, para dar paso al principio de constitucionalidad que desarrolla la tesis de la necesaria relación entre

Derecho y la moral en un Estado constitucional de derecho globalizado que organiza basado en la primacía de la persona humana, de su dignidad y en el que los operadores de justicia activamente realizan desarrollos jurisprudenciales que en su momento pueden favorecer una interpretación más abierta de la Constitución para mantenerla vigente, pero a la vez progresista y garantista a través de las denominadas mutaciones constitucionales, pero sin contravenir el trabajo intelectual del legislador originario.



2.1 Antecedentes

La interpretación constitucional implica dar sentido a los preceptos que el legislador originario plasmó en la ley fundamental. En los últimos 50 años ha habido todo un desarrollo en cuanto a la dogmática de interpretación constitucional. Pero no siempre fue así, hubo una etapa del positivismo en el que se negó la existencia del Derecho natural y por consiguiente los principios y valores, pues los principios generales del Derecho no surgen de la naturaleza sino que están implícitos en la ciencia. Como es de cultura jurídica general, Hans Kelsen fue uno de los artífices de este pensamiento, sosteniendo que la creación de las normas solo debían obedecer a ciertas estructuras formales dependientes únicamente del legislativo.

Ruano (2015:4) citando literalmente a Carlos Luis de Secondant, Barón de la Brede y de Montesquieu, en su famosa frase positivista por excelencia:

Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.

Bien, de lo descrito por Montesquieu, se infiere que la frase transcrita lleva implícito el desprecio ante la interpretación de la norma por parte de los y las operadores de justicia, pues esta por el hecho de ser ley se consideraba justa y no admitía interpretaciones o aportes por parte de los operadores de justicia, pues la función de estos estaba limitada a aplicarla, pero no a interpretarla pues esa era función exclusiva del legislador.

Siguiendo el texto de Ruano (2015:4) también cita a François La Motte como representante de la Escuela de la Exégesis del siglo XIX, quien ilustraba de la mejor manera el culto del texto de la ley o el fetichismo de la ley como le llamaban también. La muestra de su pensamiento es el siguiente:



El intérprete es, en realidad, el esclavo de la ley, en el sentido que no puede oponer su voluntad a la del legislador; mejor dicho, no hay voluntad ante la ley, sino únicamente la obligación de obedecerla (...) nuestros antepasados iban más lejos, poseían un grado más alto que nosotros, el sentimiento de respeto, y reprochaban al intérprete como un crimen, el pretender ser más sabio que el legislador.

Como se puede observar, en el legicentrismo propio del positivismo jurídico decimonónico la labor interpretativa del juez estaba circunscrita a un mero silogismo jurídico en el que el juzgador debía determinar cuál era la premisa mayor, la premisa menor y arribar a una conclusión mecánica para aplicarla al caso concreto. El principio de legalidad propio del positivismo jurídico y la denotada desconfianza por parte del legislador hacia los jueces limitaron durante muchos años dicha labor jurisdiccional.

Aunque la teoría del constitucionalismo contemporáneo está en consolidación y expansión, no obstante las sombras del positivismo jurídico y su rigidez formalista persiste en el ambiente la tesis de Kelsen, que indicaba que el Derecho es un sistema pleno o completable, carente de lagunas, pensamiento aún sostenido por muchos operadores de justicia, quienes creen que la aplicación de la norma para resolver un caso concreto es una tarea mecánica que se realiza a través del método de la subsunción sin entrar en juicios valorativos pues la ley es percibida siempre como una regla que contiene enunciados descriptivos o conductas que deberán ser observados, es decir, que el juez debe identificar la norma a aplicar, encuadrar el hecho conforme a la norma y llegar a una conclusión. En ese sentido, Barroso (2008:12) indica que: “Un razonamiento, por tanto, de naturaleza silogística, en el cual la norma es la premisa mayor, el hecho relevante es la premisa menor, y la conclusión es la sentencia”.

A raíz de la controversia y crisis que sufrió el positivismo jurídico después de la Segunda Guerra Mundial, se empezó a cuestionar dejar en las manos de los legisladores ordinarios los derechos de las personas y surgió un fuerte movimiento en pro de Constituciones que ya no solo organizaran el poder sino que incluyeran el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales. De esa forma la Constitución se convirtió en el centro del ordenamiento jurídico y se desborda o invade sobre el resto, es decir, que irradia cada rama del Derecho; y hubo un desplazamiento del poder del legislativo hacia la actividad jurisdiccional a través del desarrollo de nuevas formas de interpretar el texto constitucional optimizando las posibilidades de la Constitución para dar soluciones a los problemas. Ahora se exige de los jueces y juezas un verdadero activismo y el deber de ponderar las consecuencias sociales de sus decisiones, en toda decisión judicial debe prevalecer el principio pro persona, de esa forma el texto constitucional se mantiene vigente a través del tiempo y se consolida el sistema democrático garante del sistema nacional e internacional de derechos humanos.

2.2 Definición

De forma simple se entiende que interpretación constitucional es desentrañar el sentido y significado que el legislador originario le dio a la norma constitucional, a sus valores axiológicos, principios y reglas que contiene; la misma ya no debe ser concebida como lo hace la hermenéutica jurídica tradicional con su evidente apego al positivismo jurídico y a su relación Derecho-moral, pues esta ya no responde como ciencia social a la nueva teoría jurídica en desarrollo actualmente. Asimismo, debe resolverse la interrogante sobre el ser, es decir, el objeto del Derecho según la ontología jurídica y el deber ser, de igual forma declarar lo justo o injusto de la norma jurídica, todo ello atendiendo a una teleología finalista como el principio pro persona.

El tema de la interpretación constitucional concebida desde el neoconstitucionalismo tiene estrecha relación con la fuerza normativa de la Constitución, propugna una revisión completa de los textos constitucionales y la doctrina, según el maestro Diego Valadés, citado por Olano indica:

La interpretación es objeto de interpretación, interpretar es una polisemia aunque todos sus significados se enlazan, es entender o explicar el significado de algo es trasladar el significado de una voz a otra y también significa entender o explicar el significado de algo (2006:1).



Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía, respecto al concepto de interpretación constitucional (2014:725) explican que es la atribución de sentido a las disposiciones contenidas en el texto constitucional, que es realizada en última instancia, por los jueces y tribunales constitucionales, sobre la base del principio de supremacía constitucional, atendiendo a los derechos fundamentales y a las transformaciones de la realidad constitucional, los autores citados indican que:

La interpretación constitucional implica tanto una actividad hermenéutica, como el resultado interpretativo de la misma, entendida como un procedimiento argumentativo “racional y controlable” en términos de Konrad Hesse.

En cuanto tal, reviste una gran importancia en el modelo de Estado constitucional contemporáneo, no solo por tratarse de una labor consustancial al ejercicio de la jurisdicción, en particular de los tribunales constitucionales u órganos similares, sino porque las reglas y principios constitucionales constituyen los principales parámetros de validez de la legislación y los criterios interpretativos del conjunto del ordenamiento jurídico. En última instancia, como lo destacan, entre otros, Manuel Atienza y Raúl Canosa, constituye una forma de racionalizar y controlar el ejercicio del poder a través de la razón jurídica expresada en argumentos interpretativos.

Interpretar la ley fundamental es entonces, el proceso especialmente realizado por los jueces de todas las categorías, mediante el cual se determina o se asigna un sentido al texto constitucional, concebido como ley fundante del ordenamiento jurídico, tomando en cuenta los alcances jurídicos, políticos, económicos y sociales de la misma pues constituyen precedentes que crean doctrina legal o jurisprudencia, debiendo elegir la interpretación que más armonice con los valores y principios constitucionales.

Interpretar la Constitución reviste especial importancia, pues esta ya no es solamente como la norma que organiza el poder público, sino como una norma fundamental dentro de un sistema democrático de Gobierno y de la misma depende la vigencia del resto del ordenamiento jurídico. Es así como es vital la adecuada interpretación que se haga de la misma por los jueces que al final son los depositarios de la garantía de los derechos fundamentales y que para optimizarlos deben en algunos casos hacer una interpretación extensiva de la misma.



La interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de derecho, pues las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico. De una determinada interpretación de la Constitución, pueden ser expulsadas del sistema jurídico de un país algunas leyes, debido precisamente a la imposibilidad de interpretarlas conforme a los preceptos constitucionales. Esto puede originar asimismo la inconstitucionalidad de otras normas que encuentren en conexión con tales leyes. (Rudzinsky J. <http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/rudzinsky.pdf>) Recuperado el día 8-11-2016).

Dentro de esta nueva dogmática de interpretación constitucional los jueces también deben revisar la doctrina legal existente sobre el tema que les concierne y luego plasmar en su sentencia su argumentación y fundamentación de forma clara, manteniendo una redacción comprensible a todos los destinatarios. Siguiendo el texto orientador, en este caso el autor Olano García, citando al profesor mexicano Jorge Carpizo indica que:

La interpretación constitucional no puede reducirse a tener en cuenta el orden jurídico, sino que factores políticos, históricos, sociales y económicos se incrustan en la vida constitucional de un país y hay que considerarlos, agregando que tal interpretación reviste especial importancia porque a través de ella se puede cambiar el significado gramatical de la ley suprema. La interpretación puede modificar, anular o vivificar la Constitución. Puede hacer que el sistema agonice o resplandezca (2006:2).

Como consecuencia de la constitucionalización del Derecho toda interpretación que se hace de la Constitución, debe hacerse desde y hacia la Constitución, para mantener vigente el texto y adaptado a la realidad social del Estado. De esa forma los jueces y juezas constitucionales fortalecen con sus decisiones el Estado constitucional de derecho y tienen facultades como la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes ordinarias en que colisionen con la norma fundamental.



2.3 Hermenéutica jurídica

La ciencia jurídica ha dado un salto cualitativo y cuantitativo en los últimos 50 años; se debe recordar que al hablar de interpretación jurídica también hacemos relación a otra ciencia social llamada hermenéutica jurídica, que trata de expresar o traducir el contenido de las normas jurídicas que conforman determinado ordenamiento. Según Sandoval (1930:293) la palabra hermenéutica tiene su origen etimológico en la raíz griega *hermeneúo* que significa: “Expresar el pensamiento por la palabra, hacer conocer, indicar, expresar, interpretar, traducir”, y en sus orígenes estuvo íntimamente ligada a la teología pues era utilizada para interpretar textos sagrados.

La hermenéutica jurídica como ciencia social que trata de explicar o interpretar el contenido de las normas jurídicas; pero, en el contexto actual, se considera que se debe ahondar, ya no solo en la labor interpretativa de la ley sino en resolver la problemática ocasionada por el positivismo jurídico. Posteriormente a la Segunda Posguerra Mundial y que consiste en determinar cuál es el ser y el deber ser del Derecho y pronunciarse sobre lo justo e injusto de la norma que se interpreta. Dentro del contexto tradicional de la hermenéutica jurídica son empleados los cuatro métodos tradicionales de interpretación utilizados por el positivismo jurídico y que fueron formulados por Friedrich Karl von Savigni, Kirchmann Zitelmanm y Kantorowicz (1949:83) los cuales se incluyen como marco referencial y de forma resumida como un preámbulo al desarrollo de esta nueva dogmática de interpretación constitucional:



- **Método gramatical.** Se origina posterior a la Revolución francesa por la desconfianza que había hacia los jueces y perseguía exigirles que en su interpretación de la ley lo hicieran ajustándose a la norma textual. El objeto es la palabra que es el medio con el cual el legislador transmite su pensamiento, para ello en el siglo XVII se pensó que con la creación de códigos la interpretación se reduciría solo a la aplicación mecánica o automática de la ley; con el paso del tiempo se ha demostrado la necesidad de hacer la debida interpretación de la ley y aplicar solamente este método es absurdo.

- **Método lógico.** Este método busca la estructuración del pensamiento, o sea hacia la relación lógica en la que se encuentran las partes, se basa en el espíritu de creación de la norma y por medio de razonamientos lógicos busca determinar su verdadero significado y la relación lógica que se encuentra en sus diversas partes. Se dice que quien desea interpretar la Constitución debe partir de la construcción de silogismos observando las reglas de la Lógica; con esa base puede declarar fundado o infundado un acto, o inconstitucional un hecho; aquí se empezó a hablar del término “ratio legis” es decir, la razón de ser de la norma que a través de la debida interpretación y aplicación se espera realizar su finalidad.

- **Método histórico.** Tiene por objeto averiguar las causas que dieron origen a la creación de la norma, a la idea que quiso plasmar el legislador y a los diversos acontecimientos que motivaron la creación de la misma. Este método es muy criticado porque es conservadurista y se basa en la tradición que observó solo el creador de la norma, inmovilizándola y no permitiendo su actualización.

- **Método sistemático.** Se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad, las normas no cumplen una orden aisladas del resto del ordenamiento jurídico, sino que deben tener un mismo rumbo, en consecuencia, todas compartirán el mismo propósito, sentido y significado y el juez puede tomar en cuenta otras normas del ordenamiento jurídico para asegurarse el mínimo de error en su actividad.



Bien dicho lo anterior, la hermenéutica jurídica debe abarcar nuevos escenarios, pues teniendo a la Constitución como norma suprema y base del ordenamiento jurídico nacional, ella exige una especificidad en su interpretación y cuya observancia obliga a también a todos los actores políticos, sociales y económicos, especialmente a todos los operadores de justicia quienes al interpretarla realizan su contenido y la mantienen vigente.

Los derechos fundamentales contenidos en el texto supremo son considerados inderogables y no sujetos a ninguna negociación o disminución, al contrario, deben atender a su progresividad, y el intérprete debe en todo caso aplicar la norma que más favorezca su realización y en caso contrario aplicar la norma que los restrinja en menor grado. Estas características son defendidas abiertamente por el neoconstitucionalismo que ampara la primacía de los principios y valores frente a las reglas.

Se podría hablar en específico de hermenéutica constitucional como método científico que ofrece la técnica para la interpretación, esta última es concebida como la actividad humana intelectual que da a conocer el sentido de la ley para posteriormente aplicarla; en efecto, el rol del juez en el constitucionalismo moderno es fundamental, pues ha dejado de ser la boca de la ley, para ocupar un papel más protagónico, ha dejado de ser un objeto inanimado para ser intérprete y creador también de la ley.

Para Peter Häberle, citado por el maestro Olano García (2006:53), la conciencia del rol del juez en el constitucionalismo contemporáneo es fundamental, indica que:

El Estado constitucional cooperativo requiere de jueces abiertos que conciban la Constitución no como una normativa estática en el tiempo sino como un proceso público abierto y evolutivo. La Constitución viva (vive) de la interpretación y a través de los procesos interpretativos en los que se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos (el subrayado no aparece en el texto original).



Los jueces y juezas deben interpretar y aplicar la Constitución observando siempre el principio su fuerza normativa para que al resolver un caso denominado difícil hagan con el objeto de obtener la máxima eficiencia acorde a las circunstancias específicas y concretas, pero para realizar dicha labor deben contar con reglas precisas, claras y parámetros bien establecidos, deben conocer el objeto y asimismo los límites a dicha actividad y consecuencias de sus decisiones. En el Postpositivismo, el juez debe dejar atrás las reglas y preponderar más los principios y valores, así las cosas, la hermenéutica jurídica debe encargarse de establecer y desarrollar los principios y la nueva dogmática de interpretación constitucional a través de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales para que el juez intérprete pueda adecuar la norma al caso concreto y de esa forma el Derecho cumpla sus principales funciones, ya que aparte de organizar la vida social y direccionarla también debe resolver conflictos sociales y es allí donde los operadores de justicia aplican las normas *prima facie* haber hecho el estudio del sentido de la norma constitucional.

2.4 Tipos de interpretación constitucional

Dentro de la nueva hermenéutica constitucional que se desarrolla, los jueces siguen empleando los métodos de interpretación tradicionales y que son propios del positivismo jurídico, pero lo hacen de forma subsidiaria o complementaria pues han quedado relegados principalmente para la interpretación de normas infraconstitucionales o en casos de colisión entre reglas. Ahora bien, cuando se trata de interpretar el texto supremo entran en juego valores y principios para los que se debe atender a una especial forma de interpretarlos, especialmente cuando estos entran en colisión. También se afirma que, dentro de ese desarrollo teórico, la doctrina y la jurisprudencia han contribuido notoriamente al esbozar una serie de principios aplicables a la misma. Para el maestro brasileño Luis Roberto Barroso (2008:11) esos principios son: el de la supremacía constitucional, el de la presunción de constitucionalidad de las normas y actos del poder público, el de la interpretación conforme a la Constitución, el de unidad y el de razonabilidad o proporcionalidad.

Para el autor peruano Victor García Toma (2006:189-190) desde un punto de vista doctrinario, es posible distinguir dos tipos de interpretación constitucional:



- a) **La interpretación de la Constitución.** Consiste en asignar un sentido a la Constitución, a efectos de coadyuvar a su correcta aplicación a la realidad. Esta asignación requiere que previamente se precise y determine la existencia de los valores y principios constitucionales existentes en su seno.

- b) **La interpretación desde la Constitución.** Es la que se efectúa sobre la legislación infraconstitucional a partir de la respuesta hermenéutica obtenida de la Constitución, para que aquella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental.

Se colige que la teoría del autor peruano está íntimamente relacionada con el fenómeno de constitucionalización del Derecho y se concuerda con que el texto constitucional deba ser interpretado en plena armonía con el resto del ordenamiento pero desde y hacia la ley fundamental en total coherencia con los valores y principios que en ella contenidos. El autor precitado también indica que cuando se exige que la norma fundamental brinde soluciones a conflictos políticos-jurídicos se debe determinar el significado y alcances del texto constitucional y debe conllevar una “función útil y apto para dar respuestas sensatas y provechosas para la sociedad y el sistema político” (2006:190).

La Constitución como norma fundamental que organiza el poder político dentro de un marco democrático tiene como función infalible integrar y/o compatibilizar su contenido con los compromisos internacionales contraídos por el Estado en el campo del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Es así como el intérprete tiene una serie de herramientas que hacen más viable una interpretación que favorezca su desarrollo, llenando, en algunos casos las lagunas de ley o los casos no previstos por el constituyente y dilucidando conflictos entre los poderes del Estado.



Concluyendo, cualquier tipo de interpretación que se haga de la Constitución debe hacerse atendiendo a su finalidad teleológica, adaptando la misma a las mutaciones sociales, al avance científico, tecnológico y al gran avance de las telecomunicaciones en un mundo globalizado y todas las repercusiones que ello conlleva a lo interno del Estado; toda interpretación constitucional que se haga debe partir desde los valores axiológicos y principios inmersos en ella y que son fuente de interpretación, atendiendo al respeto total de la dignidad de la persona y a su libertad, en doctrina se le llama principio *pro homine*. En el caso de la Constitución Política de la República de Guatemala, esos valores y principios están contenidos en el preámbulo de la misma y el Tribunal Constitucional guatemalteco, según el Doctor Chacón Corado (2013:24) ha reiterado que este si bien, “en sí no contiene una norma positiva, ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante las dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional”.

2.5 Las reglas y los principios como mandatos de optimización

Cualquiera sea el método de interpretación constitucional que se utilice, los operadores de justicia deben tener siempre presente los principios generales del Derecho, que para el Doctor Arroyave (2015:36) son las normas generales que constituyen el instrumento de justificación o bien de argumentación que utilizan los jueces y juezas para resolver un caso determinado. Deben obedecer a una textura abierta como lo señala Herbert Hart, ya sea por ausencia o no de la ley; es importante hacer constar que Hart indicaba que los principios generales del Derecho se encuentran implícitos dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado, dependiendo de la posición filosófica que adopte ya sea iusnaturalista o positivista.

Se observa que la postura positivista de Hart, coincide con la de Kelsen; este último citado por el Doctor Arroyave (2015:40) concebía el Derecho como la norma coactiva, en el sentido de ser una norma que ordena una coacción y que, por ese rasgo, se diferencia de otras normas.



En la construcción doctrinaria de Kelsen la moral constituye una serie de normas sociales autónomas estudiadas de forma aislada por la ética, siendo que tanto esta como la ciencia jurídica son ciencias normativas y por tanto debe hacerse una diferenciación entre Derecho y moral, pues el Derecho solamente puede ser diferenciado de la moral porque ha sido creado como un orden coactivo, mientras que la moral es un orden social que no establece sanciones y que su no acatamiento no exige el empleo de la fuerza física.

De lo anterior, se colige que para Kelsen las normas jurídicas son las que ordenan algo y contienen mandatos definitivos, excluyendo de la misma los principios axiológicos. Mientras que para Hart, los principios se encuentran implícitos en la norma, pero concordando ambos en reducir el Derecho a un sistema de reglas. Esta doctrina bastante rígida fue el influjo para crear un positivismo jurídico que separaba totalmente el Derecho de la moral, basándose en reglas que nacen de los hechos sociales y que posteriormente se materializan a través de las leyes que elabora el legislativo y que los jueces debían aplicar mecánicamente a través de una subsunción.

Afortunadamente, el neoconstitucionalismo representa un cambio de paradigma en cuanto a la forma de interpretar la Constitución y las leyes; retoma la necesaria conexión entre Derecho y moral; entre los valores como la justicia, el bien común y la seguridad o certeza jurídica. Con el devenir histórico, se está superando el pensamiento positivista y se ha desplazado la atención hacia los y las operadores de justicia, cuya labor ahora conlleva un alto grado de interpretación y trabajo intelectual o de argumentación, superando el método de la subsunción predominante en el Estado de derecho positivo decimonónico por el **método de ponderación y sus principios de razonabilidad y proporcionalidad**, doctrina ampliamente desarrollada por el alemán Robert Alexy.

Alexy, citado por el Doctor Arroyave (2015:43) indica que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Es por ello que el autor alemán indica que los principios son mandatos de optimización que deben ser realizados dependiendo de las

posibilidades fácticas y jurídicas que deben ser cumplidos en diversos casos y su aplicación es a través de la ponderación; diferenciándose de las reglas porque estas tienen su fundamento en la teoría de las normas que por ser válidas reclaman un cumplimiento total y obligatoria observancia y su aplicación es a través de la subordinación.



El neoconstitucionalismo, doctrina jurídica que sirve de base al nuevo Estado constitucional de derecho, favorece desde la óptica de la interpretación de la Constitución la aplicación de menos reglas y más valores para optimizar los principios o derechos fundamentales, es decir, los jueces y juezas ya no solo interpretan el Derecho sino que también lo crean a través de los precedentes que deviene en doctrina legal y también con su interpretación le atribuyen significado a la norma añadiéndole el peso o importancia y en su aplicación deben atender la dimensión de los principios cuando estos colisionan y medir las consecuencias sociales, generando incluso mutaciones constitucionales; es a la hora de resolver los casos concretos donde realizan la verdadera labor ponderativa en pro de la garantía de los derechos fundamentales.

En consecuencia, interpretar la Constitución es una actividad creativa que aplica los valores y principios constitucionalizados que impregnan o irradian a las normas ordinarias como un efecto cascada. En ese contexto uno de los filósofos que ha contribuido grandemente a construir la doctrina neoconstitucionalista como ciencia jurídica es el alemán Robert Alexy (2004:149) quien en relación al tema indica que:

La suposición de que, a más de las normas de tipo tradicional, al sistema jurídico pertenecen también valores que, en tanto valores de rango constitucional, ejercen un efecto de irradiación en todo el Derecho ordinario amplias consecuencias. La Constitución no es ya solo base de autorización y marco del Derecho ordinario.

Los tipos de interpretación constitucional que realizan los juzgadores ya no se limitan a la Constitución sino de la misma y apareciendo en el espectro jurídico nuevos términos como tutela judicial efectiva, principio *pro actione*, principio *pro persona*, y los métodos de interpretación normativa como el de ponderación y sus principios de razonabilidad y



proporcionalidad que son los pilares de esta nueva dogmática interpretativa de la Constitución neoconstitucionalista, que como bien indica el magistrado italiano Gustavo Zagrebelsky (1995:93) lo que se busca a la hora de aplicar la norma jurídica a un caso concreto es la plena realización de los derechos humanos. Entonces, el Derecho es más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva, la teoría y la filosofía política y jurídica del intérprete constitucional.

2.6 Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional

En el campo de la Filosofía del Derecho y del Derecho constitucional es recurrente que se discuta hoy en día sobre el problema de la especificidad de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de las otras ramas del Derecho, se puede inferir que al hablar de especificidad nos referimos a algo específico, a las condiciones propias y cualidades que son características en este caso de la interpretación de la Constitución. Por lo general, los teóricos que plantean este problema son los que conciben a la Constitución como un texto, como un documento meramente normativo, pero para abordar el tema es válido plantearse las siguientes interrogantes: ¿Qué es la interpretación constitucional? ¿Qué distingue la interpretación constitucional de la interpretación de los otros textos normativos? ¿Es la interpretación de la Constitución algo distinto a la interpretación de la ley?

Para dar respuesta a las interrogantes previamente planteadas, en este trabajo de investigación se seguirá la línea de pensamiento de los iusfilósofos de la Escuela Genovesa: Paolo Comanducci, Susanna Pozzolo y Mauro Barberis (Pozzolo, 1998:339) quienes en la década de los años 90 del siglo pasado acuñaron la etiqueta “neoconstitucionalismo”, para ellos la especificidad de la interpretación constitucional está íntimamente ligada a la configuración del objeto Constitución.

El vocablo Constitución tiene una pluralidad de significados utilizados por los autores cristas y en la práctica forense, se ha desarrollado desde fines del siglo como consecuencia de las Revoluciones americana y francesa, Comanducci (2008:125) distingue cuatro tipos de modelo de Constitución indicando que lo que los separa es esencialmente en proporción por las diversas funciones que desarrollan los objetos designados con el término “Constitución”; para los efectos de la presente investigación se tomarán solamente aspectos muy puntuales de la clasificación propuesta por el teórico italiano:



- Modelo de Constitución concebida como un orden axiológico, la ley suprema aparece dotada de un máximo valor intrínseco que no hace referencia directa a normas, sino indirecta, pues directamente designa un orden, es decir, un ordenamiento o una estructura del Estado y dicho orden genera de por sí, normas jurídicas que también son fundamentales.
- Modelo descriptivo de la Constitución como orden, la ley suprema es concebida como un conjunto de fenómenos sociales, es decir, un objeto que no tiene valor intrínseco y no genera normas y que como tal puede ser explicado por las ciencias sociales. Este modelo concibe la Constitución como una situación permanente para un tiempo determinado de las relaciones de poder y equivale a una estructura fundamental de la sociedad y del Estado.
- Siguiendo la teoría del maestro italiano, el tercer modelo de Constitución es descriptivo como norma, ello implica una Constitución como norma o un conjunto de reglas jurídicas positivas o consuetudinarias contenidas en un documento que, respecto a las otras son fundantes del ordenamiento jurídico y jerárquicamente superiores al resto de normas. Este modelo es el más empleado pues incluye el concepto documental de Constitución o de Constitución formal o Constitución en sentido formal y adquirió plena autonomía cuando se afianzó el positivismo jurídico.
- El cuarto modelo es el de la Constitución concebida como norma axiológica. Indica Comanducci que al igual que en el modelo anterior es un conjunto de reglas jurídicas positivas, consuetudinarias o expresadas en un documento, que,

respecto a las otras normas es fundante del ordenamiento jurídico y jerárquicamente superior, con la salvedad que este modelo le atribuye un valor específico o intrínseco, es decir, que la propia Constitución se debe concebir asimismo como un valor. Existe una omnipresencia constitucional que desborda sobre el resto del ordenamiento jurídico y este debe ser interpretado con base en los principios contenidos o mejor dicho positivizados en la Constitución y tiene una relación directa con la democracia, pues no se puede concebir una Constitución si no hay democracia pues esta viene a fijar los límites al sistema democrático como regla de las mayorías.



El último modelo de Constitución descrito por Comanducci es el que interesa al presente trabajo de investigación, pues es el que fija un puente entre el Derecho y la moral puesto que se considera a los principios constitucionales como principios morales positivizados y su interpretación y aplicación no puede hacerse por el método de la subsunción propio del positivismo jurídico sino que, debido a que la ley suprema es considerada asimismo como un valor, es decir, que está impregnada de principios rectores y valores axiológicos deben interpretarse y aplicarse utilizando el método de la ponderación o del balance que favorezca la consolidación del sistema democrático.

Estudiada la configuración del objeto "Constitución", es necesario abordar el tema de la especificidad de la interpretación constitucional que según el Maestro Comanducci sí existe, depende de los siguientes presupuestos: a) del modelo de Constitución adoptado; b) de los sujetos que producen e interpretan la Constitución; c) de las técnicas de interpretación que se empleen, y; d) de los problemas de interpretación (2008:137-138).

La especificidad de la interpretación constitucional concebida desde la doctrina neoconstitucionalista debe atender a ciertas peculiaridades, empezando por identificar a los sujetos de la interpretación constitucional dependiendo de la estructura del sistema normativo, por ejemplo, si el sistema es de jurisdicción constitucional concentrado en un órgano dado se puede dar la especificidad de la interpretación de la Constitución



respecto a la interpretación de la ley en cuanto a la interpretación de la norma, cuando en cuenta la competencia de la interpretación y su aplicación. Por el contrario, si el sistema es de control de constitucionalidad difuso, no va a haber especificidad de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley porque solo existe el sujeto para interpretar y aplicar la ley suprema o la ley ordinaria.

Corolario de lo antes descrito y como efecto natural se dan peculiaridades en los efectos de las sentencias emitidas por el juez constitucional pues en el sistema de control de constitucionalidad concentrado dichas sentencias tienen efectos *erga omnes*, y en los sistemas de control de constitucionalidad difusos las sentencias tienen efectos inter partes.

Por último, se puede citar la especificidad de la interpretación constitucional en cuanto del objeto "Constitución", es decir, que si se adopta el modelo descriptivo, la Constitución es un texto al mismo nivel de la ley, y a ese nivel la interpretación consistirá en darle significado al texto y si se adopta el modelo axiológico de la Constitución debe ser tratada de forma distinta a la ley; pues la Constitución se convierte en el enlace entre el mundo jurídico y la moral, en consecuencia, su interpretación no puede prescindir de valores éticos. En ese sentido, el idioma constitucional no se puede interpretar con las técnicas que se emplean para interpretar al Derecho infraconstitucional; es decir, que la ley suprema debe ser interpretada moralmente para que responda a las exigencias de justicia, en ese sentido, el Poder Judicial se convierte en un elemento de contrapeso del Poder Legislativo a través del control de constitucionalidad de las leyes; pues en muchos casos anula las decisiones que sobrepasan la competencia legislativa a través de este procedimiento o garantía constitucional que declara que una norma es inconstitucional y en consecuencia debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

En consecuencia de lo antes anotado, se evidencia cierta desconfianza por parte de los legisladores ante la labor judicial, pero en otro orden de ideas, ha sido el poder soberano del pueblo, que ha delegado esa soberanía en el poder constituyente u originario para la



organización del Estado y del ordenamiento jurídico, mismo que tiene carácter de proteccionista tutelar de derechos humanos, es decir, que la Constitución ya tiene implícitos esos valores y principios y el juez tanto ordinario como constitucional debe interpretar la Constitución desde y hacia sí misma tomando en cuenta todos esos valores axiológicos y principios en ella contenidos de esa forma. También se dará prevalencia a la misma en el tiempo y certeza jurídica a todo el cuerpo normativo ordinario, en tal virtud el juicio valorativo moral ya está expresado en el texto constitucional y quienes lo interpreten deben hacer la respectiva argumentación y ponderación de los mismos al emitir su sentencia. En relación con lo antes expuesto se dice que el derecho se convierte en dúctil o maleable en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales pues se deben abandonar los viejos dogmas para convertir la Constitución en un texto abierto a la interpretación por parte de los jueces; es decir, incorporando parte de la teoría de Herbert Hart, sobre la textura abierta del derecho que optimice la plena vigencia y realización de los derechos fundamentales.

Dentro de esta nueva filosofía jurídica los jueces y juezas constitucionales deben hacer una interpretación específica de la Constitución concibiéndola como un modelo axiológico, siendo llamados a realizar su función bajo una nueva forma de ver e interpretar los principios constitucionales bajo nuevos parámetros tales como el método de ponderación y sus principios de proporcionalidad y razonabilidad, que han sido aportes del alemán Robert Alexy a esta doctrina.

En el quehacer diario de los operadores de justicia existen muchos aspectos de la conducta humana que colisionan con derechos humanos individuales o sociales y deben ser resueltos estableciendo una diferenciación entre principios y reglas jurídicas; los principios no representan problemas de interpretación, pues su formulación es clara y precisa y se da por sentado su significado y la interpretación solo es necesaria en caso de oscuridad o duda en cuanto a la expresión lingüística.

Robert Alexy (2009:33-35), uno de los teóricos más influyente en la doctrina neoconstitucionalista, en su obra ha sido partidario de una interpretación axiológica de la Constitución, pero ha recalcado la necesidad de una debida argumentación de las decisiones por parte del juez o jueza constitucional. En su obra trata de rescatar la posición de los derechos fundamentales en Alemania, haciendo la siguiente clasificación:



- 1 El rango máximo en el ordenamiento jurídico, por el simple hecho que los derechos fundamentales se encuentran regulados en la Constitución, en consecuencia toda norma jurídica que los infrinja es inconstitucional y en consecuencia nula por regla general.
- 2 Máxima fuerza jurídica, en virtud que los derechos fundamentales vinculan como derecho vigente a todos los poderes, entiéndase: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; al respecto indica que el juez debe observar en sus decisiones los derechos fundamentales y estos deben irradiar al Derecho en su totalidad como valores.
- 3 La máxima importancia de los derechos fundamentales, porque a través de ellos se decide acerca de la estructura básica de la sociedad.
- 4 La máxima indeterminación, el autor alemán indica que no se puede deducir lo que representan los derechos fundamentales a partir de la Ley Fundamental, cobran vida a través de la jurisprudencia emanada de los tribunales constitucionales y es por ello que a través de la interpretación los derechos fundamentales basado en los tres presupuestos anteriores.

En concordancia con lo expuesto, Guastini (1999:11) expone en su obra que si se habla de la interpretación estricta *in claris non fit interpretatio*, es decir, allí donde el texto sea claro no se requiere interpretación; este aforismo es propio del positivismo jurídico pues indica que cuando la ley es clara el juzgador no debe hacer ningún trabajo mental o esfuerzo de raciocinio, solo debe aplicarla sin interpretarla. Ahora bien, en relación con las reglas jurídicas y al Derecho por principios, dentro de este contexto significa que un derecho incluido en una norma es un ideal plasmado que para ser efectivo debe ser desarrollado en leyes posteriores pudiéndose citar el concepto de interpretación *sensu*

largo que como lo expresa Guastini: “En un sentido amplio, interpretación se emplea para referirse a cualquier atribución de significado a una formulación normativa independiente de dudas o controversias. Según este modo de utilizar el término en examen, cualquier texto, en cualquier situación, requiere interpretación” (1999:11)



El tema de la especificidad de la interpretación constitucional, para efectos de esta investigación, se puede abordar desde la teoría de la textura abierta del Derecho defendida por Herbert Hart (1963) quien a pesar de ser positivista y sostuvo que el Derecho y la moral no tienen conexión. Reconoció que la separación entre lo que “es” y debería “ser” no debería existir en el ordenamiento jurídico, indicaba en su obra que esa textura abierta se debía a la indeterminación del lenguaje y ante la imposibilidad de formular reglas adecuadas para cada caso en particular, y, por ello resulta insuficiente acceder a una explicación completa del Derecho. En consecuencia, se está entonces ante una indeterminación del Derecho que requiere de una Constitución dinámica que tenga una interpretación específica integrando de esa forma ambos conceptos, pues como bien decía Hart, no todos los actos humanos están regulados dentro del ordenamiento jurídico y menos aun dentro de una sociedad globalizada con todos los problemas sociales, políticos, económicos y jurídicos que ello conlleva.

La especificidad de la interpretación constitucional, entonces, no debe entenderse solo como la comprensión del fenómeno jurídico, sino también se deben concatenar a la experiencia humana de reconocer particularidades en cada caso y tratarlo como diferente conforme a las mismas. En consecuencia, debe entenderse que la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico merece una especial o específica interpretación respecto del resto del ordenamiento ordinario. Se debe seleccionar el método o las técnicas que hagan realizables sus principios, pero también debe atender a ciertos límites y medir las consecuencias de sus decisiones en todos los planos. De lo contrario, podría caer en algún tipo de arbitrariedad que como consecuencia deja sin sentido la propia existencia del texto constitucional y su fin supremo, que es lograr el desarrollo integral de la persona humana en el seno de la sociedad.

En cuanto a la argumentación e interpretación específica del texto constitucional, Prieto Sanchís, citado por Olano García, indica que:



Si en algo cambia el panorama jurídico tras una Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente en el papel que de asumir la argumentación o el razonamiento jurídico... si argumentar equivale en último término a justificar, el nuevo constitucionalismo encarna una exigencia de justificación o, mejor dicho, de mayor justificación, ya no es suficiente con apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento, sino que es preciso también acudir a contenidos materiales que sustenten el ordenamiento. (2006:43)

Una interpretación específica de la Constitución entonces requiere de una labor intelectual de argumentación, los jueces deben dar razones del por qué de sus decisiones y de la ponderación de derechos que hagan; deben tener siempre en mente la necesaria conexión entre el Derecho y la moral. En ese orden de ideas, Susanna Pozzolo en su ponencia “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional” indica que:

En el ámbito del discurso moral la tutela de los derechos sería reivindicable solo en el caso en que se afirmase la existencia de principios morales objetivos, principios que no se ponen en discusión. Pero por otro lado, es un hecho que la identificación y el reconocimiento de un elenco de derechos objetivos constituye solo una reivindicación política (y ética), que no encuentra todavía un acuerdo generalizado. (<http://www.biblioteca.org.ar/libros/142012.pdf> Recuperado el 14-10-2015).

En cuanto a la especificidad del Derecho constitucional entonces podemos decir que para interpretarlo se debe conceptualizar la Constitución como un objeto, concebirla como un modelo ya sea descriptivo o axiológico, aunque este último es el que interesa a la presente investigación. Posteriormente, cuando el juez ya sea ordinario o



constitucional deba resolver un caso concreto, lo hará atendiendo a sus peculiaridades propias, deberá conocer no solamente sobre el área jurídica sino también sobre la realidad social, deberá analizar atendiendo a los principios y valores positivizados, pero sobre todo al principio pro persona, es en ese momento en que puede acudir a esos valores y principios que subyacen en la norma fundamental, deberá hacer la debida argumentación y utilizar los métodos de interpretación propios del neoconstitucionalismo.

Bien lo dicho, es entonces cuando se puede realizar la justicia como valor y como principio que orienta la norma constitucional y la hace a esta realizable y viva a través de esa debida interpretación específica que se hace de ella como una unidad lógica de principios que no pueden ser interpretados aisladamente sino de forma armoniosa. De esa forma se mantiene la unidad política y jurídica del Estado y de todos los elementos que lo componen, los jueces y juezas al interpretarla atendiendo a sus valores axiológicos deben acudir a los precedentes, atender a la finalidad de la Constitución y velar siempre por cumplir su atribución de control de constitucionalidad de las leyes de esa forma imprime certeza o seguridad jurídica a sus resoluciones.

El rol de los jueces y juezas dentro del constitucionalismo contemporáneo dista mucho de la idea que sobre los mismos tenía Montesquieu, pues el juez actual debe regir su actuar conforme la Constitución y no conforme a la ley; debe prepararse en distintas ramas del Derecho y debe conocer la realidad social nacional y mundial para dar certeza jurídica a sus resoluciones que resuelven casos concretos con base en criterios equitativos, mismos que van creando precedentes o jurisprudencia para ser invocada en futuras ocasiones. Es aquí donde aparece el llamado juez intersticial o creador del derecho, aunque de forma limitada, cuando Herbert Hart se refería a los intersticios lo hacía haciendo referencia a la zona de penumbra que media entre los patrones normativos que se conocen como Derecho y todos aquellos que no lo son.



Como consecuencia de la especificidad de la interpretación constitucional de la obligación de argumentación de las decisiones judiciales, Faustino Martínez Montañez en la recensión que hizo de la obra: “El derecho dúctil. La ley, derechos, justicia” del autor italiano Gustavo Zagrebelsky, expresa que: **“La Constitución y sus principios son la manifestación más alta del Derecho positivo, no del Derecho natural y sin embargo la interpretación de la Constitución nos conduce a una auténtica Filosofía del Derecho por la vía de la argumentación”**. (La negrilla no aparece en el texto original). (Disponible en internet en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/byblos/zagrebhel.htm> Recuperado 19-10-2015).

En concordancia con el párrafo anterior, se puede decir que para el jurista italiano ambos esquemas argumentativos son similares, pues ambos parten de lo real (el ser del Derecho), arribando al campo de lo obligatorio (el deber ser) a través de la justicia, un valor eminentemente iusnaturalista. De esa forma queda comprobada la tesis del constitucionalismo contemporáneo de la necesaria conexión entre el Derecho y la moral, pues hace volver los principios y valores propios del Derecho natural al Derecho positivo creado por el ente facultado para ello.

2.7 La ponderación como método de interpretación constitucional propio del neoconstitucionalismo

Como ya se ha definido en esta investigación, interpretación “de la Constitución” es atribuirle significado jurídico al texto constitucional, ahora bien interpretación “desde la Constitución” es determinar el vínculo entre la norma suprema y la norma ordinaria; tanto una como la otra deben ser realizadas por los operadores de justicia para dotar de seguridad o certeza jurídica lo resuelto y de esa forma fortalecer el actual Estado constitucional de derecho, bien llamado así dentro de la nueva doctrina del postpositivismo. De dicha labor se colige que de determinada interpretación que se le dé al texto constitucional puede originar la expulsión del sistema normativo de algunas leyes, como consecuencia de la imposibilidad de interpretarlas a la luz de los preceptos constitucionales, pudiendo ocasionar también la inconstitucionalidad de otras normas

que tienen relación con tales leyes pues al momento de dicho ejercicio vale todo un sistema de valores, principios y reglas que incorpora la Ley Fundamental



Para efectos de la presente investigación se abordará la ponderación como un método propio de la doctrina neoconstitucionalista, a pesar que existe divergencia entre algunos autores en cuanto a considerarla así, pues la consideran como un principio de interpretación constitucional. Pero, como se demostrará en este capítulo, la ponderación efectivamente es un método de interpretación constitucional y su estudio conlleva el análisis de sus dos subprincipios: la proporcionalidad y razonabilidad. La primera conlleva que el operador de justicia debe realizar el test de proporcionalidad para resolver casos de principios en colisión, debiendo argumentar en su sentencia sobre la necesidad, idoneidad y ponderación en sentido estricto de la decisión tomada; en ese orden de ideas, haciendo labor de Derecho comparado se confirma lo aseverado citando el artículo 3.3 la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional de Ecuador:

Artículo 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional (...).

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. (Consultado en Internet el 08-11-2015 <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/quienes-somos/LOGJCC.pdf>).



El constitucionalismo contemporáneo dentro de su marco teórico establece un método propio de interpretación constitucional: la ponderación; esta consiste en un tipo de juicio que se formula para resolver las antinomias o contradicciones normativas entre normas constitucionales; fue creado por el alemán Robert Alexy y es considerado el método adecuado para solucionar conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, pues busca la mejor solución equilibrándolos. A continuación en relación con la ponderación el Doctor Luis Prieto Sanchís quien ha desarrollado ampliamente esta doctrina indica que:

De las distintas acepciones que presenta el verbo “ponderar” y el sustantivo “ponderación” en el lenguaje común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. Ciertamente en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto. **Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión** (la mejor sentencia, por ejemplo) **cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor** (2009:137). La negrilla es propia.

La ponderación persigue resolver cierto tipo de antinomias, excluyendo las que pueden resolverse a través de alguno de los criterios tradicionales como atender a su jerarquía, cronología o especialidad; este método de interpretación de la Constitución la concibe como un sistema de valores y persigue hacer prevalecer su fin teleológico, para ello se le debe interpretar con un criterio amplio pero siempre en forma armoniosa atendiendo a las circunstancias, condiciones y necesidades sociales, económicas y políticas que existan. Con esas condicionantes la nueva dogmática de interpretación constitucional debe adoptar procedimientos más elaborados para resolver los conflictos, es decir, que los operadores de justicia deben realizar una labor intelectual, acompañada de una debida argumentación y fundamentación jurídica de sus decisiones.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, es oportuno transcribir lo expresado por Carlos Santiago Nino, quien indica que:



Sin recurrir a principios valorativos no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias, llenar una laguna, seleccionar el sentido de una expresión o de una conexión sintáctica ambigua o fijar el límite de aplicabilidad de una expresión real o potencialmente vaga. Los diferentes criterios de interpretación a que se suele aludir para resolver estos problemas (...) sufren, ellos mismos, de indeterminaciones, y, dadas sus propias inconsistencias no pueden ser aplicados sin una previa opción valorativa (Hurtado:2006:1).

Ahora bien, la ponderación dentro del nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho, debe llevar implícita también la racionalidad, ello conlleva aplicar la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas argumentativas para lograr la armonización entre principios en choque, buscando una solución que si bien no les da satisfacción plena, se orienta a buscar la menor lesión posible entre ambos. La crítica que se ha hecho a la racionalidad es a su indeterminación, por no poseer una estructura precisa y no poseer una jerarquía fija de los principios ni una medida común entre ellos, situación que hace imposible saber el resultado.

Dentro de ese contexto, el extinto filósofo colombiano Carlos Bernal Pulido (2008:49) es de la opinión que las críticas que atacan la racionalidad del método de ponderación, no consideran que la indeterminación normativa abre siempre las puertas a las apreciaciones subjetivas del juez pues estas aparecen indefectiblemente en los métodos tradicionales de interpretación, y generalmente se acepta que una decisión judicial es racional si es susceptible de ser fundamentada en derecho, es decir, que está expresada en términos claros y basándose en silogismos y premisas completas.

Si bien la aplicación de la fórmula del peso creada por Alexy abre al juez o jueza un ámbito de deliberación en el cual su decisión será acorde a su moral y convicciones ideológicas o políticas, dicha deliberación debe consistir en determinar si se trata de un



caso difícil o fácil de conformidad con las circunstancias y de esa forma determinará y asignará el valor a cada principio en pugna. La ponderación se rige por reglas que admiten su aplicación racional, pero de ninguna manera reducen la influencia de la subjetividad del juez en su decisión y fundamentación y argumentación que debe ser “in dubio pro libertate” e “in dubio pro legislatore”, dependiendo de la ideología del juez, pues a decir de Bernal Pulido (2003:27):

Un juez que quiera dar prevalencia al principio democrático, operará siempre con el principio *in dubio pro legislatore* y, de ese modo concederá al Parlamento la posibilidad de equilibrar los principios en conflicto (...). Por el contrario, un juez liberal se servirá en todo caso del *in dubio pro libertate* y declarará desproporcionadas a aquellas medidas que no consigan favorecer el principio que constituye su finalidad, en un grado mayor a aquel en que se afecta la igualdad jurídica o libertad jurídica. Esta igualdad y esta libertad, aducirá son los pilares del Estado de derecho y su sacrificio solo se justifica cuando se obtienen beneficios mayores.

La ponderación busca la solución correcta para el caso concreto, ello no excluye que para otro caso la solución sea diferente, pues las circunstancias fácticas y personales cambian, hay divergencia con los positivistas que indican que el método de la subsunción se debe emplear siempre, pero, cuando se tienen derechos en colisión, las reglas para resolver antinomias propias del iuspositivismo no ofrecen una solución asequible o posible; es necesario ahondar en esta doctrina y comprender a perfección el método de ponderación y sus principios de proporcionalidad y la razonabilidad. El autor de la presente investigación persigue que los jueces y juezas al resolver casos concretos en que colisionen derechos fundamentales, recurran a elementos de la teoría constitucional para extraer el significado correcto y convertir en conceptos jurídicos los valores que la norma enuncia basado en una debida argumentación y tomando en cuenta las razones fácticas y jurídicas del caso concreto sometido a su conocimiento.

2.7.1 Método de ponderación y la separación entre reglas y principios



Recapitulando lo antes expuesto, cuando se habla de ponderar se hace referencia a sopesar dos cosas a fin de obtener un equilibrio entre ellas, en el caso de la interpretación constitucional se puede ilustrar si se imagina una balanza en la cual de un lado están los derechos y en el otro sus limitaciones, por lo que la operación mental radicaría en quitar y poner de cada plato con la finalidad que obtengan el equilibrio que se busca.

Este método fue puesto a debate por grandes teóricos del Derecho como Ronald Dworkin en Estados Unidos y Robert Alexy en Alemania, cuando empezaron a cuestionar la visión del positivismo jurídico que concebía al Derecho formado solo por reglas, lo que estos teóricos pretenden demostrar es que el derecho también está formado por principios que los jueces deben invocar para resolver los llamados casos difíciles y que su observancia hace realizable el derecho a través del principio de justicia y equidad e incluyendo la moralidad; en efecto Alexy afirma que:

Los principios podrían ser calificados como mandatos de optimización, pues solo contendrían la exigencia de alcanzar un grado óptimo de cumplimiento, el cual no solo dependería de las circunstancias fácticas que se presenten en cada caso concreto, sino también de las posibilidades jurídicas, estas últimas, determinadas a través de principios o reglas que jueguen en sentido contrario. (2007:99).

Para Alexy los principios presentan a primera vista razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas, es decir, que para intervenir un Derecho constitucional debe acreditarse que no existe otra medida para obtener la finalidad perseguida; desarrolla su postura al dar el ejemplo de una norma-regla: “Esta prohibido fumar en instituciones educativas públicas y privadas” por otro lado, también está el derecho de la colectividad a tener derecho a un “medio ambiente saludable”. Esta última sería una norma-principio, pues su cumplimiento puede ser apreciado o medido en diferentes grados, caso contrario con las reglas que solo pueden ser cumplidas o incumplidas, en ese orden de



ideas es necesario otorgar a cada principio un contenido propio, como es el caso por el criterio de unidad de la Constitución y por la coherencia o concordancia práctica. habiendo hecho la distinción anterior se concluye que los derechos fundamentales son normas-principio, porque la Constitución, siendo norma fundamental tiene un alto contenido de valores axiológicos que se expresan propiamente a través de los derechos fundamentales irradiando al resto del ordenamiento jurídico, criterio con el que concuerdan los teóricos del Derecho constitucional contemporáneo al indicar que ese es el punto de conexión entre el Derecho y la moral.

En correlación con lo antes expuesto es oportuno citar a Alfonso García Figueroa quien en su obra “Principios y positivismo jurídico” reafirma la necesaria conexión entre Derecho y moral

admitida o no la Constitución como una de las vías de acceso de la moral sobre el Derecho, las normas constitucionales referidas a derechos se expresan fundamentalmente por medio de principios, y estos son considerados instrumentos idóneos para la vinculación del Derecho y la moral (1998:61).

Siguiendo el desarrollo del tema, el maestro colombiano Carlos Bernal Pulido en relación con la ponderación de principios expresa que partiendo del trabajo de Dworkin y de Alexy se suman los principios y la ponderación; esta última es la vía para la aplicación de los principios y resolver de esa forma colisiones que puedan ocasionarse entre ellos. Dworkin indica que los principios tienen una dimensión que falta a las normas: su dimensión del peso o importancia; en consonancia Bernal lo cita textualmente:

Señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto. (...) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que

entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellas tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. (<https://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/08/31/ponderacion-constitucional/> Disponible en internet, recuperado el 23-10-2015).



Como se indicó, el concepto ponderación tiene su presupuesto teórico en la distinción entre reglas y principios jurídicos, también es necesario anotar que no todo derecho fundamental es absoluto y no constituye *per se* un elemento aislado dentro del ordenamiento jurídico, es decir, desvinculado del resto pues todos tienen interrelación, ya que en la constante interpretación que hacen los operadores de justicia es común que muchos derechos fundamentales colisionen. Por citar un ejemplo, el caso de un periodista que en el desempeño de su labor desea grabar y transmitir en directo la ejecución de un condenado a pena de muerte, él tiene el derecho a la libertad de expresión y el derecho al libre acceso a la información, pero los mismos colisionan con el derecho a la dignidad e integridad moral de la persona, condición que no pierde ni siquiera por la ejecución de la pena capital.

Para ilustrar lo antes indicado, se cita lo resuelto por la Honorable Corte de Constitucionalidad de Guatemala (19 de enero de 1999) sentencia proferida dentro del expediente 248-98; desarrollando un análisis de alto nivel y acogiendo la doctrina postpositivista, haciendo una debida ponderación de derechos y atendiendo a lo preceptuado en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (que se incorpora al Derecho interno a través del bloque de constitucionalidad), parte del razonamiento ponderativo de la Corte se encuentra en el siguiente párrafo de la sentencia aludida:

Siendo un valor fundamental la estimativa de la persona humana, y aun cuando no esté constitucionalizado expresamente el derecho a morir con dignidad, este corresponde a la categoría de los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución (El subrayado no aparece en el texto original).



Robert Alexy, en el epílogo de su obra “Teoría de los derechos fundamentales”, en relación con la ley de la ponderación indica que: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”; para seguir la teoría de Alexy se deben atender los siguientes aspectos:

- Definición del grado de no satisfacción o de la afectación de uno de los principios.
- Definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, y;
- Definirse si la importancia de la satisfacción del principio inverso justifica afectar o no la satisfacción del otro principio en pugna.

Para Alexy, posteriormente a evaluar los tres pasos anteriores, se debe proceder a determinar la intensidad que hay que atribuirle a los principios que colisionan, pudiendo ser en una escala de leve, medio e intensa y para ejemplificarlo se puede hacer el llamado test de proporcionalidad atendiendo a la idoneidad, la necesidad y la ponderación en sentido estricto, verbigracia se cita el siguiente caso hipotético:

Una persona que necesita una transfusión de sangre de manera urgente, su vida está en peligro, pero sus convicciones religiosas no le permiten estas prácticas médicas y se opone a la misma, los familiares de la persona enferma presentan una Acción Constitucional de Amparo.

En el caso hipotético dado, el juez que conoce de la Acción Constitucional de amparo debe resolver de forma inmediata porque dos principios se encuentran en colisión y debe optimizar la aplicación del principio que represente mayor satisfacción o que optimice la realización de ese derecho fundamental, que colisiona con otro de menor grado de intensidad. Prosiguiendo el análisis del caso cuando decida sobre si otorga o no el amparo provisional y/o cuando resuelva definitivamente en sentencia, debe hacerlo con la suficiente argumentación y fundamentación sobre la idoneidad de la medida adoptada, la necesidad de la misma y la debida ponderación entre los principios constitucionales en conflicto, en este caso, resolviendo conforme al método de ponderación.



El principio de mayor peso es el derecho a la vida que es preponderante sobre el derecho a la libertad de religión o a las convicciones religiosas que puede tener la persona, en este caso el derecho a la vida tiene un valor intenso y el derecho a la religión se le asigna un valor leve, debido a la ponderación que se hace y atendiendo que los jueces constitucionales deben en todo momento resolver con base en el principio pro persona o atendiendo a la dignidad humana y en el principio de unidad de la Constitución para así lograr una interpretación armoniosa.

Como se puede apreciar en la práctica forense existen infinidad de casos llamados “difíciles” en los cuales los operadores de justicia deben ponderar derechos fundamentales ante una evidente colisión, cuando estas ocurren entre normas se les denomina “antinomias” y se da cuando un caso concreto es susceptible de resolverse a través de dos diversas y contrarias soluciones, es decir, que existe una contradicción normativa pues a un mismo hecho la norma le otorga consecuencias jurídicas distintas e incompatibles y que no pueden ser cumplidas simultáneamente. Es decir que una norma prohíbe lo que otra manda y para resolverlas se debe atender a los criterios tradicionales tales como el de criterio jerárquico (ley superior prima sobre ley de categoría inferior), el criterio cronológico (ley posterior deroga a la ley anterior), y el criterio de especialidad (ley especial prima sobre ley general); en relación con la colisión entre normas jurídicas, Arroyave (2015:44) indica que,

Una norma jurídica puede ser más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso. Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden a las normas mismas.

Ahora bien, el problema total aquí es cómo se resuelven las antinomias que surgen entre principios o derechos fundamentales (que tienen la misma jerarquía porque son reconocidos en la Constitución, aprobados en un mismo tiempo por el legislador



constituyente); este tipo de antinomias no puede ser resuelto por criterios tradicionales antes indicados porque tienen la característica de indeterminación de sus enunciados. En ese orden de ideas el Doctor Arroyave indica que las diferencias entre los principios y las reglas operan en el mismo sentido al momento de jerarquizarlos para su aplicación, se pueden citar tres casos:

- Cuando existe un conflicto entre principios frente a principios, debe prevalecer el que tenga mayor peso frente al otro;
- En el caso de antinomias, es decir, cuando reglas son las que entran en conflicto entre sí, se aplica una de ellas, eliminando la que contradice y;
- Cuando entran en conflicto una regla con un principio, su solución no parte de la premisa de la eliminación o ponderación, sino que debe armonizarse la regla frente al principio; es este último es el que sirve de guía a la regla para subsumir el caso y resolverlo.

La teoría neoconstitucionalista propone el método de la ponderación o “balancing” como el más idóneo para resolver cualquiera de los tres tipos de conflictos que pueden suscitarse y ser resueltos en sede constitucional, pues permite una adecuada comparación de los derechos fundamentales en pugna y definir por medio de un debido razonamiento cuál principio debe prevalecer en el caso concreto, por tener mayor peso en comparación con el otro derecho fundamental en conflicto. Asimismo, la ponderación permite hacer una revisión objetiva para determinar si la conciliación entre derechos constitucionales se ha hecho de la mejor forma, es decir, que no se sacrifique uno en beneficio de otro derecho con el que colisiona, para ello es necesario que el juez constitucional acuda al precedente para resolver un caso similar.

En consecuencia, se puede indicar también que la ponderación es el método alterno a la subsunción (propia del positivismo jurídico, donde las reglas son su objeto). En este último método, una vez hecha la ecuación o silogismo, la solución es dada por las mismas reglas, en cambio, los principios deben ser objeto de ponderación y de una debida argumentación basada en razonamientos lógicos y jurídicos que atienden a la realidad constitucional y social.



A título personal se considera que ambos métodos se relacionan, antes de poder en todo caso se debe subsumir para determinar qué principios o reglas están en contradicción, y en caso que exista antinomia o conflicto entre normas se utiliza la subsunción para resolverlas con los criterios clásicos (jerarquía, cronología, especialidad) y una es eliminada por la otra; en el segundo caso, si el juez determina que existen principios constitucionales en colisión debe necesariamente utilizar el método de la ponderación y sus principios para lograr la optimización de los derechos fundamentales. Ahora bien, cuando exista colisión entre una regla y un principio, el operador de justicia debe armonizar la primera conforme a la Constitución a través del control de constitucionalidad de las leyes.

Luis Prieto Sanchís (2009:142) indica que cuando existe un conflicto constitucional entre principios, no es posible resolverlo mediante el criterio de especialidad sino a través de un juicio de ponderación. Se traza una jerarquía móvil o axiológica en la que triunfe una de las razones en pugna, sin que ello signifique que en otro caso no triunfe la contraria, pues es dependiendo las circunstancias específicas de cada caso en concreto; en consecuencia, la ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado preferente al resolver el caso concreto.

Para el autor español la acción de ponderar no relega la subsunción pues esta es el paso preliminar a la ponderación cuando existen dos principios en pugna. El autor aludido es considerado como uno de los máximos exponentes del neoconstitucionalismo debido a los grandes aportes doctrinarios que ha hecho a esta Filosofía del Derecho. Mantiene una postura moderada pues indica que antes de ponderar se debe subsumir, para finalmente completar la ponderación con el llamado juicio de proporcionalidad, que consiste en acreditar que existen beneficios con la aplicación de la medida limitadora, pues en cuanto mayor sea el daño producido por la conducta en el ámbito de un derecho fundamental, mayor debe ser también la necesidad de realizar el principio en pugna, de esa forma de eliminaría sustancialmente la discrecionalidad judicial a través de realizar ponderación basada en una debida argumentación jurídica.



Siguiendo el modelo propuesto por el alemán Robert Alexy (2007:161) para ponderar o balancear entre dos valores o principios que colisionan, se debe completar dicho ejercicio con el llamado test de proporcionalidad. Para el neoconstitucionalismo es de vital importancia la labor de interpretación pues la ley solo proporciona reglas y no todo tipo de ponderación basada en los principios fundamentales.

2.7.2 El método de ponderación y su principio de proporcionalidad

La ponderación tiene un principio denominado de proporcionalidad, y este consiste en un llamado test de proporcionalidad en sentido estricto, que en cierto modo confirma que existe un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida que limita o la libertad de acción a un particular cuando atente bienes constitucionales o a la consecución de un fin legítimo, y los daños ocasionados que de dicha medida se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien. Prieto (2009:151) indica que allí es donde rige propiamente la ley de ponderación, en el sentido de que cuando mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un principio, o derecho, mayor o más urgente debe ser la necesidad de realizar el principio en conflicto. Entonces la proporcionalidad se relaciona con el principio de igualdad y propugna que cuando exista colisión entre derechos fundamentales no se debe sacrificar uno en detrimento del otro, sino buscar que ambos se realicen en la mayor medida posible, atendiendo a la idoneidad y necesidad de la decisión con su respectiva argumentación.

El desarrollo jurisprudencial en materia constitucional que ha habido en los últimos años en Guatemala, ha sustentado el criterio en cuanto a que la proporcionalidad entre las partes en conflicto se debe partir de la premisa de igualdad de condiciones, por ejemplo: *En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos* y: ¿qué pasa si un funcionario abusa de su posición de ente estatal y en ejercicio de sus atribuciones comete violaciones en contra de los derechos humanos de otra persona tales como el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad, a la propiedad privada, a la

inviolabilidad de la vivienda o a su derecho de tenencia y portación de armas, entre otros?



Para responder a la interrogante anterior se debe acudir al denominado test de proporcionalidad diseñado por Robert Alexy, para primeramente establecer la afectación de derechos fundamentales en colisión o en pugna. Para resolver el caso concreto los jueces o juezas de garantías deben atender primeramente a estos tres subprincipios: i) la idoneidad; ii) la necesidad y iii) la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de los principios constitucionales en pugna y como quedó anotado antes, aquí es donde rige la ley de la ponderación en cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro; en el supuesto presentado se aplica el test de proporcionalidad con la finalidad de frenar los excesos cometidos por funcionario o empleado público en contra de algún particular; analizando el caso concreto desde la perspectiva de los derechos en colisión.

El profesor Carlos Bernal Pulido (2003:13) hace un análisis de la ponderación concebida por Alexy e indica que se utiliza la “fórmula del peso”, que consiste en analizar el peso de las razones que justifican interferir un derecho fundamental en beneficio de otro. Dicho peso es posible determinarlo con base en una escala de valores “leve”, “media” y “grave”, de acuerdo a los grados de afectación del principio y al peso abstracto que se le asigna; por otro lado, dependiendo los grados de realización también puede utilizarse la escala “elevado”, “medio” o “débil” a efecto de determinar si se cumple o no con el debida ponderación. Como se puede observar el juez constitucional tiene un margen de discrecionalidad al resolver el caso concreto, influyendo en este su postura ideológica, sus valores, su formación profesional y su capacitación, aunado al conocimiento de la ley, doctrina, jurisprudencia y realidad social.

En relación con lo anteriormente indicado cuando el juez al aplicar justicia lo hace empleando el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios contribuye a alcanzar el fin deseado que devendría en la optimización de los principios o derechos fundamentales, el profesor Carbonell, al respecto indica que:



El principio de proporcionalidad se vuelve relevante, pues considero que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. Para ello se debe hacer uso de esta técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los derechos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que los derechos en conflicto sean compatibles entre ellos, en la medida de lo posible (2010:10).

A manera de conclusión, se puede decir que el juez constitucional al momento de hacer su labor interpretativa, utilizando el método de la ponderación y sus principios, debe realizar el test de proporcionalidad en el que busque la realización de los principios en pugna, atendiendo a la necesidad, idoneidad y debida ponderación, midiendo el alcance de su decisión en todos los ámbitos, la que obligadamente debe estar debidamente fundamentada y obligadamente expuestas sus motivaciones o argumentaciones como parte del derecho de tutela judicial efectiva que le asiste a las partes y como una garantía del justiciable frente a cualquier tipo de arbitrariedad judicial. De esa forma consolida la confianza en el sistema de justicia, asimismo, la plena protección y vigencia de los derechos fundamentales.

2.7.3 El método de ponderación y su principio de razonabilidad

El concepto de razonabilidad tiene su origen en la garantía del debido proceso en el sistema norteamericano y ha sido producto de la amplia jurisprudencia realizada por la Suprema Corte de Estados Unidos. Como un barómetro de justicia, ellos lo denominan *due process of law que significa: debido proceso legal*, y se puede decir que ha sido una institución que se ha convertido en una exigencia de justicia material frente al legislador; incorporada en el *bill of rights* de 1791, a través de la V Enmienda a la Constitución norteamericana, al establecerse que en asuntos criminales “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni ser privado de su vida, su libertad ni sus bienes sin el debido proceso legal”.



Como se puede observar, la Constitución guatemalteca contiene el principio de razonabilidad en los artículos 12 y 16; este principio está íntimamente ligado con el debido proceso y constituye un patrón o modelo para poder determinar lo axiológico y lo constitucionalmente aceptado de la labor tanto del legislador como del juez. Es decir, nos sirve de parámetro para saber hasta dónde pueden restringir o afectar de forma válida los derechos fundamentales de las personas en el ejercicio de sus atribuciones y si estos son actos materialmente justos desde el punto de vista de la razonabilidad; así las cosas; los operadores de justicia deben velar siempre porque en sus resoluciones se respete el principio de supremacía de la Constitución y a través de la ponderación como método neoconstitucionalista de interpretación que exige además una debida argumentación.

Para la aplicación de este principio el juez debe concebir los derechos fundamentales como mandatos de optimización, y de esa forma debe interpretarse y aplicarse de manera que razonablemente conduzca a su cumplimiento o feliz realización que consiste en promover y proteger al ser humano integralmente. En consecuencia, en una sociedad democrática toda limitación o restricción, suspensión, excepción o condición al goce de derechos humanos, establecida por el mismo Derecho debe hacerse lo razonablemente necesario para garantizar la seguridad y el bien común de todas las personas; entonces vale hacer la interrogante: ¿en qué consiste la valoración de justicia inherente a la exigencia de razonabilidad?

Para responder a la interrogante anterior es necesario acudir a la jurisprudencia norteamericana y examinar la justicia o injusticia de una restricción a un derecho fundamental, pues la justicia como valor o principio debe basarse en el equilibrio o igualdad; en ese orden de ideas, al respecto Juan Francisco Linares indica:

Para que haya razonabilidad o justicia debe haber cierta igualdad, equivalencia o equilibrio axiológico entre el antecedente y el consecuente de una norma o acto, es decir, que a un hecho antecedente se le debe imputar como debida una consecuencia adecuada, equivalente o proporcionada (1989:109).



En tal virtud, el juez constitucional hace una valoración subjetiva, pero razonable acerca de la restricción justa de derechos fundamentales de la libertad y derechos de las personas y en consecuencia se colige que la pauta reside en la noción de equilibrio o igualdad, sosteniendo que para que exista esa igualdad debe haber razonabilidad y justicia equitativa para mantener el equilibrio axiológico, pues en caso contrario si no se ajusta a las necesidades y fines de la norma constitucional sería una interpretación arbitraria pues no toma en cuenta las causas que originan la colisión entre principios constitucionales y la necesidad de limitar uno en beneficio de otro. Para que el juez o jueza constitucional no esté en esa situación debe aplicar el principio de razonabilidad tomando en cuenta el sentido común y encontrar la justificación lógica para lo racionalmente demostrable de lo que ocurre en la sociedad y en el caso concreto que conoce para así, pues de lo contrario, es irrazonable limitar la libertad o algún derecho sin ninguna razón.

La ponderación se basa en la concepción de derechos fundamentales como normas-principio, que deben ser cumplidas y como ya se mencionó antes, deben ser optimizadas porque conllevan ese mandato tomando en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas pues atiende exclusivamente a la solución de antinomias que se dan entre colisión de derechos. Ahora bien, la razonabilidad jurídica viene a eliminar el elemento fáctico y se basa únicamente en la realización del valor justicia de una determinada decisión evaluándola *per se*, pues una medida que tiene por objeto limitar derechos y libertades de las personas y que carece de una explicación racional del por qué el juez resolvió en ese sentido, devendría inaceptable o injusta.

Ahora bien, existe relación intrínseca entre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues ambos constituyen parámetros que han servido a los jueces constitucionales para evaluar la validez de las medidas que limitan la libertad y los derechos fundamentales de las personas, de esa forma al aplicar ambos se logra un equilibrio entre dos o más derechos fundamentales que colisionan y deben resolverse conforme al caso concreto con suficiente argumentación jurídica a partir del método de ponderación. Es decir, aplicando la doctrina neoconstitucionalista y ya no bajo el método

de la subsunción propio del positivismo jurídico, que si bien no aplica para resolver las antinomias por colisión entre principios constitucionales, sí se utiliza para resolver antinomias que se suscitan dentro del campo del ordenamiento jurídico ordinario.



Como opinión divergente al método de ponderación desarrollado, se incluye también el pensamiento expresado por el jurista español Juan Antonio García Amado en su ponencia: ¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación.

García Amado indica que las expresiones peso, pesar, ponderación y similares tienen un alto contenido metafórico, y que en su desarrollo autores como Robert Alexy niegan la separación entre Derecho y moral, siendo que unas veces ha de servir para ampliar algún derecho a los ciudadanos o para exonerarlo de alguna obligación frente al Estado. Entonces, ponderar conlleva ese riesgo que por razones morales un día se exonere a una persona del pago de un impuesto legalmente obligada, pero en otra ocasión existirá justificación con base en ciertos principios como de solidaridad, del Estado social y de la justa distribución de la riqueza y va a resultar que esa persona debe pagar en mayor medida de la que la ley reclama o no reclama, manifiesta que existen cientos de casos como este en la jurisprudencia de los países dados a la ponderación en detrimento de lo que suelen llamar “fría legalidad o estéril formalismo”.

García Amado critica el principialismo y la ponderación, que dentro de la doctrina de Alexy ese razonamiento moral es impuesto por las propias Constituciones, es decir, que el sistema jurídico está compuesto por reglas como mandatos taxativos que bien se cumplen o incumplen, y por principios que contienen mandatos de optimización que ordenan que algo debe hacerse o no se hacerse en la mayor medida posible conforme a las posibilidades fácticas, como las colisiones que se dan entre principios constitucionales que se resuelven ponderando con base en el peso abstracto moral que se asigna a cada uno evidenciando una enorme discrecionalidad a los jueces que resolverán conforme a sus ideologías religiosas o políticas. El autor español destaca que el honor de cada persona, como derecho, el tenerlo protegido entonces no depende de que sobrepase o no ciertos límites, sino de que pese más o menos del principio que justifica que ese límite se traspase.



García Amado, concluye entonces su crítica a la ponderación expresando que se debe manejar a la medida de la báscula y de la pericia y sana intención del que la maneje, es decir, de los jueces; finaliza su crítica indicando que: “Ya no se trata sin más de que se haga dúctil el derecho o que se licue un poquito; es que se vuelve gaseoso, se nos evapora”. La ponencia enunciada se puede consultar en internet, en el sitio: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garci%CC%81a%20Amado.%20Ponencia%20Alicante.pdf>.

Se colige que, a pesar de las críticas contrarias, la ponderación y sus principios de proporcionalidad y razonabilidad se ha convertido en instrumento de justicia dentro del nuevo Estado constitucional de derecho y se establece como una pieza esencial del neoconstitucionalismo; la ponderación representa la razonabilidad de las decisiones judiciales por lo que debe haber un equilibrio entre el legalismo (principio *in dubio pro legislatore*) con la finalidad de encontrar inconstitucionalidades y judicialismo (*in dubio pro libertate*) que busca la mayor satisfacción de un principio y menor sacrificio de otro, atendiendo al principio de progresividad de los derechos humanos, con la aplicación de la razonabilidad el juzgador cierra la posibilidad de aplicar normas irracionales, con el deber de fundamentar debidamente su decisión, de esa forma se da una superación al legislador en pro de maximizar los derechos fundamentales.

2.8 Principios que tutelan la interpretación constitucional en Guatemala

Como ya ha quedado anotado anteriormente, la interpretación constitucional es una labor de interpretación jurídica que tiene por objeto averiguar el sentido que el legislador originario quiso darle o atribuirle a la ley suprema para posteriormente ser aplicada como ley fundante del ordenamiento jurídico o norma *normarum*. Para realizar esa labor se debe tomar en cuenta ese carácter y además su fuerza normativa y las dimensiones que abarca que van desde lo jurídico, social, político y axiológico al incorporar o positivizar valores como ideales supremos que el Estado debe realizar.

Cuando los jueces y juezas interpretan y aplican los derechos fundamentales, deben tener presente lo estipulado en el artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos: Correlación entre deberes y derechos: 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. (Subrayado propio).



Asimismo, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de la Organización de las Naciones Unidas, establece que:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Los artículos transcritos anteriormente contienen debidamente equilibradas las exigencias hacia los jueces constitucionales para que hagan efectiva la tutela de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en tratados y convenios en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, aplicando el método de ponderación o balance pues debe tomarse en cuenta que se trata de normas con un marcado contenido axiológico y también político.

Como quedó anotado, los operadores de justicia deben realizar la interpretación desde y hacia la Constitución tomando en cuenta la constitucionalización del ordenamiento jurídico, armonizándola con la norma ordinaria cuando sea el caso y para establecer la coherencia entre las mismas con las consecuencias del caso; debiendo valerse de una serie de principios que orientarán su labor interpretativa.

Para desarrollar este tema se utiliza como fuente la presentación del Doctor Julio Cordón: “Interpretación Constitucional” presentada el 13 de septiembre de 2012 y consultada el 19 de octubre de 2015 del sitio de internet (http://www.cc.gov.gt/ijc/DocumentosIJC/Sep2012/InterpretaciónConstitucionalJC.pdf); solamente que con aportes de otros teóricos del Derecho constitucional.



Para Hesse, citado por el Doctor Julio Cordón, la labor interpretativa constitucional del juez debe obedecer a ciertos principios, indicando que: **“Los principios orientan y encauzan el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos o consideraciones que deben llevar a la solución del problema en el proceso de interpretación constitucional”**.

A continuación se desarrollan esos principios que orientan la labor del juez intérprete de las normas constitucionales.

2.8.1 Principio de unidad de la Constitución

Existe una relación de interdependencia entre los elementos que conforman la Constitución que obligan a no contemplarla de forma aislada, sino que deben ser correlacionadas entre sí, es decir, la ley suprema debe concebirse de modo integral o como un solo cuerpo normativo, en tal virtud, el análisis de cada disposición constitucional debe hacerse de forma armónica y recordando el efecto de irradiación que esta produce sobre el restante ordenamiento jurídico.

Para el Doctor Cordón: “El problema de la interpretación constitucional es de “concretización”: Constitución y realidad no pueden ser analizadas por separado, deben tomarse en cuenta las singularidades de las relaciones vitales sobre las que la norma pretende incidir”. Para ilustrar el principio de unidad de la Constitución, se cita lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en sentencia emitida en fecha ocho de febrero de 2011 dentro del expediente 1994-2009:

Vale aquí indicar que al emprender la tarea de interpretar la Constitución se hace necesario que el intérprete tome en cuenta, como principio básico que informa su labor, que el orden fundamental que la norma suprema establece deriva del conjunto de sus disposiciones, las que habrán de ser entendidas en su conjunto, como unidad armónica, atendiendo siempre a la interrelación existente entre ellas. En tal sentido, de la correcta intelección de las normas constitucionales citadas se desprende que, para garantizar el derecho a la presunción de inocencia (...) cualquier medida que restrinja o limite su libertad o el ejercicio de sus derechos debe ser entendida, en todo caso, con carácter excepcional y adoptada cuando sea absolutamente imprescindible. (El subrayado es propio).



El máximo Tribunal Constitucional guatemalteco en la sentencia antes indicada arriba a la conclusión que la interpretación de la norma constitucional fundamental debe ser orientada a considerarla como un todo armónico y sistemático, partiendo de esa base para organizar el sistema jurídico completo y en ese caso para garantizar el derecho a la presunción de inocencia, cualquier medida que venga a restringir o disminuir el libre ejercicio de sus derechos fundamentales debe ser entendida, en todo caso, que es con carácter excepcional y acogida solamente cuando sea definitivamente necesaria.

2.8.2 Principio de concordancia práctica o juicio de ponderación

El principio de concordancia práctica consiste en una técnica de interpretación de la Constitución que aboga por la necesidad de coherencia, dicho en otras palabras, a la falta de contradicciones entre las distintas normas que integran el sistema constitucional.

Este principio facilita la determinación de la valoración de los derechos humanos en colisión en un caso determinado, siendo que a través del mismo se puede establecer qué derecho debe prevalecer, obligando a los operadores de justicia a ponderar los derechos en pugna y en su labor intelectual deben hacer un esfuerzo en pro de la optimización de los principios o derechos, fijando además los límites para que todos los derechos puedan ser realizables y conserven su identidad. También se le conoce como

principio de la compensación menos gravosa; y en ese orden de ideas el autor, Pérez Acuña, citado por Olano García (2006:152) con relación a este principio afirma que



Con este principio se pretende optimizar la interpretación de las normas constitucionales entre las que pueda darse una relación de tensión en la práctica. Por ejemplo, en las relaciones entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de información, o entre los principios de libertad y seguridad. Hay que interpretar la Constitución de tal manera que no se produzca el sacrificio de una norma o valor constitucional en aras de otra norma o valor. La tarea de ponderación de valores o bienes constitucionalmente protegidos es importantísima en la interpretación constitucional.

Para la plena optimización de los derechos es necesario que el juez siempre observe el principio de unidad de la Constitución, haciendo necesario fijar los límites de cada derecho en colisión acorde al principio de proporcionalidad, es decir, que no debe ir más allá de lo exigido para la realización de la concordancia entre ambos derechos constitucionalmente tutelados; pudiendo citar como ejemplo las relaciones entre las garantías que la ley suprema otorga y las limitaciones constitucionales de la libertad. La ponderación radica en una presunción a favor de la libertad (*in dubio pro libertate*) debiendo el juez o la jueza fijar prioridades con base en una jerarquía axiológica que no debe tener carácter de estable, pues debe ser su construcción mental para el caso concreto que conoce y a través del cual le otorga más valor a uno de los principios en conflicto, prevaleciendo uno sobre el otro y aplicando el de mayor peso; es decir, que es un poder discrecional del juez que puede ser en dos vías, primero, en la creación de la jerarquía axiológica no estable y segundo, en el cambio del valor de los principios frente a una controversia distinta.

La concordancia práctica obliga a que el punto de equilibrio sea aquel en el cual los dos principios en colisión alcanzan su mayor grado de realización; por ejemplo, cuando un periodista difunde información sobre la vida privada de un funcionario público entran en colisión el derecho a la libertad de expresión del periodista y el derecho a la intimidad del funcionario público o cuando una empresa planea realizar actividades productivas en

un área declarada como protegida, colisiona el derecho a la libertad de empresa y comercio frente al derecho a la preservación del medio ambiente o el caso de un embrión o feto frente al derecho a la vida, la salud o la dignidad de la madre en los casos de violación sexual.



En atención al párrafo anterior, lo que se produce es lo que en doctrina se les denomina antinomias, que se dan cuando en un caso concreto se presentan dos diferentes soluciones que se oponen entre sí y que se da porque la norma en este caso constitucional, imputa a los mismos hechos consecuencias jurídicas distintas e incompatibles que no pueden ser cumplidas simultáneamente, se da en el caso cuando una norma prohíbe lo que otra manda.

Con relación al principio de ponderación y su aplicación se citan partes conducentes de la sentencia de fecha 10 de febrero de 2011 proferida por la Corte de Constitucionalidad dentro de los expedientes 2123 y 2157-2009:

Las normas constitucionales son expresión de la voluntad del conglomerado social configurada por sus legítimos representantes, es decir, los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente, cuya obra habrá de ser fiel reflejo del consenso logrado entre diversidad de anhelos e intereses, del que resulta la concreción de los valores superiores en los que se apoya la norma jurídica fundamental y, supeditado a esta, el resto del ordenamiento legal (...) De esa cuenta, determinados derechos reconocidos y garantizados por la Constitución responden, directamente, al afianzamiento de aquellos valores superiores definidos por la propia Ley Fundamental como deberes primordiales del Estado (artículos 1º. y 2º. constitucionales, anteriormente citados). **De ahí que será a partir de la ponderación particular que el texto constitucional efectúe respecto de los valores que inspiran a la organización social** los que en el caso guatemalteco, como se indicó, se encuentran expresados normativamente como verdaderos deberes impuestos al Estado (...) La negrilla no aparece en el texto original.



En conclusión, la concordancia práctica o juicio ponderativo debe darse cuando el problema de las antinomias entre principios jurídicos, ya que no se puede resolver utilizando los criterios establecidos en la Ley del Organismo Judicial de Guatemala y en la doctrina, tales como atendiendo al orden jerárquico (ley superior prima sobre la ley inferior jerarquía); el criterio cronológico (ley posterior deroga a la anterior) y el criterio de especialidad (ley especial prevalece sobre la ley general). Así las cosas, a través de la ponderación se comparan los derechos fundamentales en conflicto y se establece racionalmente cuál debe prevalecer en el caso de estudio al momento de decidir; para ello el juez o la jueza constitucional debe fundamentar y argumentar o motivar coherentemente y en armonía con la Constitución para conciliar los derechos en colisión atendiendo a las circunstancias fácticas y a las posibilidades jurídicas, de esa forma su resolución no será catalogada como arbitraria.

2.8.3 Principio de corrección funcional

Este principio persigue que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y que se mantenga en el marco de las funciones a él encomendadas, sin restringir el sistema de competencias y funciones de cada uno, es decir, que no está autorizado para modificar dicho sistema de distribución de competencias. Este principio es aplicable en particular al legislador y al tribunal constitucional; puesto que al segundo solo le corresponde, frente al legislador ejercer una función de control normativo y como quedó anotado, tiene vedado hacer una interpretación que limite la libertad conformadora del legislador ni interferir en ella.

En Guatemala el máximo órgano de interpretación de la Constitución es la Corte de Constitucionalidad, también denominada en esta investigación CC y en relación con el principio de corrección funcional ha instaurado doctrina legal suficiente, y para conocer su criterio en relación a este principio se cita la parte conducente de la sentencia proferida en fecha cuatro de febrero de 2011 dentro del expediente 4274-2009

Mediante el control instado, en observancia de la función especial que corresponde al Congreso de la República en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, no puede pretenderse que sea este Tribunal el que determine la pertinencia, oportunidad y conveniencia, en términos político-criminales, de la tipificación del delito de violencia psicológica contra la mujer (...) En todo caso, el control a ejercer ha de supeditarse a determinar la sujeción de la norma objetada a los mandatos constitucionales, en especial a la garantía del principio de legalidad que, como límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, exige la identificación de un concreto bien jurídico que se pretenda proteger y, a la vez, su carácter esencial para asegurar una pacífica convivencia en sociedad.



Se concluye que, con este principio, se trata de no desvirtuar la distribución de funciones o competencias y resguardar el equilibrio entre los tres poderes del Estado conforme a lo configurado en la Constitución; aunque se hace especial llamado a no interferencia en la labor de la Corte de Constitucionalidad y el Poder Legislativo.

2.8.4 Principio de la eficacia integradora

La Constitución propone la creación y el debido mantenimiento de la unidad política del Estado constitucional de derecho, en consecuencia la interpretación de sus normas debe preferir para la solución de los problemas constitucionales, la opción que promueva y mantenga dicha unidad, aquí se interrelacionan varios principios que debido a lo extenso que sería desarrollarlos individualmente solamente son mencionados. Para llevar a la plena realización de este principio debe interpretarse la ley fundamental de forma armoniosa, atendiendo al principio de igualdad de las personas ante la ley, siendo que este derecho constituye un imperativo constitucional contenido en el artículo 4 de la Constitución guatemalteca y atendiendo en todo caso, el principio de dignidad humana como criterio general de interpretación, ese reconocimiento del valor de la dignidad humana exige por un lado, que una disposición susceptible de asumir más de un significado deba ser interpretada conforme a este principio, debiendo en todo caso el operador de justicia hacer la motivación razonable por los cuales tomó dicha decisión.



Asimismo, el juez debe concebir la Constitución como norma fundamental del Estado pues prevé la organización del mismo y fue emitida por el legislador originario para permanecer en el tiempo, es decir, a futuro por lo que ninguna práctica o desuso la puede derogar, salvo los mecanismos en ella expresamente contenidos. En consecuencia, los jueces y juezas constitucionales deben velar por la permanencia en el tiempo de la Constitución y lo pueden lograr al hacer una interpretación constitucional dinámica, progresista y que respete e incorpore el contenido de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos ratificados por el Estado.

Indica el catedrático español Javier Pérez Royo, citado por el maestro Olano García (2006:140-141)

Que la Constitución debe ser un instrumento de “agregación” y no de “desagregación” política de la comunidad. Es algo que no se puede perder de vista en la interpretación de la misma ante cualquier conflicto (...) este principio parte de que si la norma constitucional promueve la formación y mantenimiento de una determinada unidad política, la interpretación debe dirigirse a potenciar las soluciones que refuercen dicha unidad. Se emplea cuando se trata de interpretar normas constitucionales que se refieren al ámbito de funcionamiento de los órganos de poder del Estado, teniendo en cuenta la coordinación e interrelación que deben existir entre ellos para la realización de los fines del Estado y la conservación del orden democrático (el subrayado es propio).

Lo que este principio persigue es el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, por ende ante un conflicto, el juez debe dar soluciones jurídico-políticas que fomenten la integración social y hagan prevalecer el texto supremo en el tiempo teniendo como efecto el fortalecimiento de la democracia, en este caso de Guatemala. Siguiendo la misma línea para complementar el contenido doctrinario, se cita la parte conducente de la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2010, proferida por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala dentro del expediente 3003-2010, que en relación con el tema estudiado ha sentado jurisprudencia o doctrina legal:

Cuando se da el veto con sustentación en infracción de preceptiva constitucional, **el Congreso de la República facultativamente puede acudir, conforme a la norma del citado artículo 272, inciso h), del texto fundamental, a solicitar la opinión de este tribunal** respecto de la atenuencia de el o los señalamientos de inconstitucionalidad, realizados por el Presidente de la República al ejercitar la facultad antes citada (...). Una vez emitida la respuesta de la opinión solicitada, **el Congreso de la República, teniendo presente las razones del veto y la sustentación de este, de acuerdo con la opinión expresada por este tribunal –que no es vinculante- estará en la posición de decidir, conforme a razones de ética política, si es viable o no ejercitar la potestad a que se refiere el artículo 179 de la Constitución** (la negrilla no aparece en el texto original).



Para finalizar este tema se puede indicar que fruto de la interpretación solamente deberá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar y ordenar en armonía y coherencia las relaciones entre los poderes del Estado entre sí y las de estos con la sociedad.

2.8.5 Principio de la fuerza normativa de la Constitución

Este principio establece que en la solución de un problema, el juez constitucional debe preferir siempre la interpretación que posibilite obtener la máxima eficacia de la norma suprema, ello permitirá mantener su vigencia y su plena aplicabilidad. Para Hesse (1983:59): “La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente para su cumplimiento”.

El juez constitucional debe, en todo caso, ajustar la norma suprema a las circunstancias presentes, debiendo estar pendiente de la realidad social y política imperante, para así privilegiar la interpretación que haga valer la fuerza vinculante de la Constitución; para

el jurisconsulto Konrad Hesse (1983:61), la Constitución debe permanecer inacabada por ser el medio que pretende normar la vida histórica de la sociedad, y por lo tanto estará sometida a los cambios históricos. En consecuencia, ese marco abierto refleja la naturaleza dinámica y la aptitud del Derecho para adecuarse a la realidad social imperante, caso contrario la norma constitucional sería un documento utópico carente de valor y eficacia.



La fuerza normativa de la Constitución tiene como finalidad garantizar la supremacía constitucional y ello se logra a través de su interpretación constante y atendiendo a la progresividad de los derechos fundamentales y fije límites al poder del Estado, respetando los mecanismos democráticos establecidos e intensificando los controles de constitucionalidad. Dentro de ese contexto se cita la sentencia de fecha 19 de enero de 1999 dictada dentro del expediente 248-1998 por la Corte Constitucional de Guatemala:

El enunciado del artículo 35 de la Constitución no puede aplicarse prevalentemente sobre derechos fundamentales de la intimidad personal y de orden público interno, preservado en otras disposiciones de igual jerarquía. En efecto, la persona física tiene derecho inalienable e imprescriptible a su dignidad, condición que no pierde ni siquiera por una condena capital, tal como se deduce de lo previsto en el preámbulo y los artículos 1o., 2o., 3o., y 4o. de la Constitución. Por otra parte, el inciso 2 del artículo 5 del Pacto de San José protege la integridad moral de la persona y en el inciso 3 *ibídem* proclama que "la pena no puede trascender de la persona del delincuente", porque, para el caso, la publicidad fotográfica o videográfica del suceso profundamente íntimo de la muerte de un individuo puede ser aflictivo a su familia. **Siendo un valor fundamental la estimativa de la persona humana, y aun cuando no esté constitucionalizado expresamente el derecho a morir con dignidad, este corresponde a la categoría de los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución.** La negrilla es propia.



En la parte conducente de la sentencia transcrita el Tribunal constitucional guatemalteco hace una verdadera labor de ponderación, en virtud que se encontraban en colisión derechos fundamentales; es interesante cómo se aborda el tema del “derecho a una muerte digna”, indicando que aunque no esté constitucionalizado este corresponde a los derechos que aunque no figuren expresamente en la Constitución, son inherentes a la persona. Es importante hacer la salvedad que el tema del derecho a una muerte digna, ya es considerado como un derecho humano atendiendo a la dignidad de la persona, se le denomina “Ortotanasia”⁹. Este principio busca que la interpretación constitucional debe respetar en todo momento la naturaleza de la Constitución como norma jurídica fundamental y que tiene carácter de vinculante para todos los poderes del Estado, la Corte de Constitucionalidad y la sociedad.

2.8.6 Principio de respeto al precedente

El principio de respeto al precedente debe entenderse como la continuidad de determinado criterio jurisprudencial que ha sido amplia y continuamente observado, hasta el punto de enfatizar en la necesidad de la observancia del precedente como principio de interpretación de la Constitución; en Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha estudiado mucho el tema a tal punto que nuestro sistema tiene fuerte influencia del sistema “common law”, es decir, que los casos similares y la producción análoga o concordante de fallos sirven de guía para la solución de casos análogos. En relación con el tema que se estudia la Ley del Organismo Judicial que es catalogada como la ley introductoria al ordenamiento jurídico del país, en el artículo 2 contempla la jurisprudencia como fuente complementaria del Derecho, ya desde su

⁹ La ortotanasia o muerte digna designa la actuación correcta ante la muerte por parte de quienes atienden al que sufre una enfermedad incurable o en fase terminal. Por extensión se entiende como el derecho del paciente a morir dignamente, sin el empleo de medios desproporcionados y extraordinarios para mantener la vida. En este sentido, ante enfermedades incurables y terminales se debe procurar que se actúe con tratamientos paliativos para evitar sufrimiento. (<https://es.wikipedia.org/wiki/Ortotanasia>).



creación en el año 1989 trataba de hacer más dinámico el Derecho y a la vez flexible en concordancia con lo anterior la Ley de Amparo, Exhibición Personal de la Constitución (ley que tiene rango de constitucional) en el artículo 43 desarrolla todo lo relativo a la jurisprudencia al indicar que la interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sientan doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes.

Este principio proporciona certeza jurídica al ordenamiento jurídico en virtud de haber cierta línea interpretativa por parte del juez constitucional pudiendo existir para las partes la certeza en la forma en que se resolverá determinado caso y disminuyendo así cierta discrecionalidad para los operadores de justicia; haciendo que la jurisprudencia constituya una fuente formal directa del Derecho pues este, por muy casuista que sea, no logra prever todos los problemas que a diario se suscitan en la vida jurídica y por ello es necesario que los tribunales intervengan para dar soluciones concretas a los conflictos que surgen con motivo de la aplicación de la Constitución y sus principios.

Del examen de lo anterior se advierte que el precedente o la jurisprudencia constituye en Guatemala una fuente formal directa del Derecho y a manera de ilustración se citan las partes conducentes de sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad en las que independientemente de la fundamentación legal y fáctica que realiza, también se basa en los criterios que ha asentado para resolver casos similares sometidos a su conocimiento y que hace alusión a este principio:

Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad en fecha 30 de agosto de 2007, dentro del expediente 1044-2007:

El criterio expuesto ha sido reiterado por esta Corte, entre otros, mediante los fallos de diecinueve de octubre de dos mil cuatro (expediente un mil novecientos treinta y ocho – dos mil cuatro [1938-2004] y veinticuatro de noviembre de dos mil cinco, expediente dos mil quinientos setenta y seis – dos mil cuatro [2576-2004]).

Sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad en fecha 3 de octubre de 2008, dentro del expediente 1617-2008,



Proceder que tiene sustento ciertamente en las razones y en la jurisprudencia constitucional citada en la resolución reclamada en amparo, jurisprudencia que le otorga la facultad a la autoridad impugnada para rechazar *in limine* las diligencias de antejuicio por los motivos explicados en el acto reclamado y que ha sido reiterada en sentencias de quince de marzo y uno de marzo, todas de dos mil siete, dictadas por este Tribunal en los expedientes dos mil doscientos veinte – dos mil seis (2220-2006), tres mil doscientos siete – dos mil seis (3207-2006) y dos mil ciento diez – dos mil seis (2110-2006), respectivamente.

La adhesión al precedente es un tema recurrente en la práctica forense y cuando se ha sentado jurisprudencia, las partes procesales pueden invocarla a manera de hacer valer sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional, es decir, que tienen la certeza que ya existe una línea interpretativa reiterada por el juez constitucional.

Con relación al precedente indica el maestro Olano García (2006:171) que:

En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos **Decisum, ratio decidendi, y obiter dicta**, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de Derecho. El *decisum*, la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos *erga omnes* y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos. La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica también tiene fuerza vinculante general. Los *obiter dicta* o “dichos de paso”, no tienen poder vinculante, sino una “fuerza persuasiva” que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación.



Como puede observarse, tanto la Corte de Constitucionalidad de Guatemala como el Tribunal Constitucional de Colombia, entre otros, acogen la adhesión al precedente en sus decisiones, ambos tienen en el sentido de su formulación gran influencia del sistema “common law”; generándose así amplia doctrina legal, aunque también es válido decir que la mera referencia a los precedentes no exime al operador de justicia de la debida labor de interpretación y argumentación, a menos que exprese su adhesión total a cierta situación que sirvió de base al precedente dictado por tratarse de situaciones que merecen un trato igual de conformidad con el derecho de igualdad constitucionalmente consagrado y ampliamente interpretado por la Corte de Constitucionalidad.

2.9 Mutaciones constitucionales

La Constitución Política de la República de Guatemala está considerada como vanguardista y progresista porque incorpora o constitucionaliza principios y valores o derechos fundamentales atendiendo a su progresividad, eso es posible por vía de los artículos 44 y 46 acogiendo todos aquellos derechos humanos que son inherentes a la persona, pero que no han sido objeto de enumeración dentro del texto constitucional, de tal forma que aunque no estén nominados pueden ser catalogados como inherentes a la persona pues atienden a su dignidad. Ahora bien, el tema de las mutaciones constitucionales se refiere a esa modificación material que se hace del contenido de las normas constitucionales, siendo el caso que derivado de este ejercicio de interpretación reiterada conforme a la Constitución, la norma conserva su texto formal, pero se le otorga una significación distinta, en atención a la jurisprudencia que ha emanado la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, se cita lo conducente de la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2000 expediente 438-2000:

Refuerza esta tesis del carácter fundamental del derecho a la intimidad o vida privada, que se encuentra debidamente reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que, por virtud de los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República, forma parte del ordenamiento

interno del país con rango constitucional. Aun más, el artículo 30 del Código de Menores garantiza la privacidad de las actuaciones que se refieren a menores.



La Corte de Constitucionalidad de Guatemala en esta sentencia realizó una verdadera labor de ponderación entre principios en colisión, puesto que el amparista en ese caso denunció violación a sus derechos constitucionales de defensa, petición y debido proceso. Por otra parte, la Corte se pronunció sobre la reserva que debe existir en ciertos casos judiciales en pro del derecho a la intimidad de las personas, argumentando que si bien este no está incorporado en la Constitución, se trata de derechos que son inherentes a la persona humana atendiendo a lo preceptuado en los artículos 44 y 46 constitucionales.

En el caso que se analiza la CC para robustecer su criterio cita lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español¹⁰ en un caso similar, de esa forma existe una mutación en la interpretación constitucional y reforzamiento en la interpretación de la naturaleza citado artículo.

¹⁰ A propósito del concepto indicado, en materia jurisprudencial es oportuno citar parte de una sentencia del Tribunal Constitucional Español: "El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. [art 18.1] Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad" (STC 110/84, 26 nov 1984).



El principio de dignidad de la persona humana es la piedra angular del sistema de derechos humanos porque en su base giran los demás derechos, es decir, irradiando a los demás, manteniendo el interés social sobre el particular y siempre reconociendo la supremacía de la Constitución democrática, pues también a través de la debida interpretación que hace el juez constitucional puede expulsar del ordenamiento normativo todos aquellos preceptos que tiendan a restringir, disminuir o tergiversar los derechos garantizados a través de la declaratoria de inconstitucionalidad y porque existe pleno compromiso por parte del Estado de mantener su plena vigencia. Todo ello debido a su progresividad y porque la realidad social y política del momento en que fue creada la ley fundamental ha cambiado, por ello es que la Constitución guatemalteca tiene un catálogo de derechos innominados como el derecho a la intimidad, derecho a un medio ambiente sano, derecho a una muerte digna y derecho a la verdad por citar algunos.

Como se ha venido estudiando en el presente capítulo, la norma constitucional a través de la interpretación constante se mantiene viva y vigente a través del tiempo, la doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad ha ido ajustando los preceptos que son constitucionales a la realidad actual y se puede decir que lo ha hecho en armonía y en concordancia con el momento histórico en que fue creada la Constitución y el momento actual. Como se sabe, para modificar la ley fundamental existe un mecanismo bastante complejo y en nuestra realidad se dice que la nuestra es tres veces rígida, pues así lo dejó establecido el legislador originario para preservarla, siendo de suma importancia analizar el tema de la mutación constitucional que consiste en los cambios no formales que se dan dentro del ámbito constitucional sin seguir el procedimiento establecido en la norma fundamental para su reforma, es decir, que el texto no presenta modificaciones, se mantiene invariable, pero lo que se trata es de cambiar su contenido a través de la interpretación axiológica que hacen los jueces constitucionales; de esa forma adquieren un significado diferente acorde a la realidad política imperante.

Diversos autores han realizado clasificaciones complejas sobre el tema de las fuentes de las mutaciones constitucionales, pero el tema que interesa es la que se da a través de la interpretación judicial; es decir, la acción modificadora realizada a través de la

interpretación sin recurrir a los procedimientos establecidos de reforma pues muchos casos las mutaciones se originan por normas que son meros enunciados de principios que exigen para su aplicación un desarrollo legislativo posterior.



Como es indicado por De la Vega (1988:88),

Las únicas mutaciones constitucionales admisibles que tienen sus orígenes en actos legislativos son, por un lado, cuando la falta de desarrollo legislativo de ciertos preceptos imposibilitan el ejercicio de determinados derechos y competencias constitucionales, y por el otro lado, cuando sin vulnerar abiertamente el contenido de la constitución pueden conducir a una modificación efectiva de la realidad constitucional por la vía de la interpretación (el subrayado es propio).

Del examen anterior se advierte que se debe prestar atención a los alcances y consecuencias políticas de las mutaciones constitucionales ya que como afirma Pedro de Vega no se debe destruir la lógica del Estado constitucional pues la práctica política incide transformando la realidad constitucional.

Cuando se habla de mutación constitucional se alude a cuestiones fácticas, también la doctrina le llama “uso constitucional”, pero llegado el momento puede haber tensión entre lo fáctico y lo jurídico y lo que se debe buscar en todo momento es mantener incólume el principio de supremacía constitucional que debe siempre imperar el Estado constitucional de derecho. En otras palabras, la interpretación por sí misma no produce la mutación constitucional, lo que hace es mostrar que el objeto de estudio “Constitución” se transformó, ya sea porque la realidad a la que se refiere ya no coincide con la actual y necesita que la segunda se acomode a ella si tiene la flexibilidad suficiente; como ejemplo se puede citar la Constitución de Estados Unidos que en la actualidad es muy diferente del texto original, y ello ha sido porque la interpretación judicial ha ido adaptando las normas a las nuevas exigencias sociales. Al respecto el filósofo Cardozo (2004:86) cita a Franklin D. Roosevelt, entonces Presidente de esa nación quien indicó:



Los principales legisladores en nuestro país pueden ser, y a menudo son, los jueces. Porque ellos son el sienta último de la autoridad. Cada vez que ellos interpretan... el debido proceso legal, la libertad, necesariamente sancionan como Derecho partes de un sistema de filosofía social; y en la medida en que la interpretación es fundamental, ellos dirigen la producción del Derecho.

De esa forma el precedente judicial ocasiona la llamada mutación constitucional, costumbre o uso constitucional válidamente invocado por las partes, y que se establece a través de ese cambio de significado o sentido de la Constitución que va en coherencia con el cambio de realidad constitucional y se da al margen de los procedimientos formales de reforma, pues como afirma Roosevelt, los jueces en ese sentido dirigen la producción del Derecho.

Para cerrar el capítulo, se hace alusión nuevamente a la frase positivista por excelencia formulada por Montesquieu y citada por el maestro Ruano (2015:4):

Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma.

A través del desarrollo de la presente investigación ha quedado demostrado que actualmente los jueces y juezas tienen en sus manos el desarrollo de los principios fundamentales a través de la interpretación que los pondera; asimismo, con su labor intelectual crean doctrina legal de obligatoria observancia, y forman parte importante en la consolidación del nuevo Estado constitucional de derecho. Los tiempos han cambiado y los operadores del sector justicia lo deben hacer también, en pro de la optimización de los derechos fundamentales. Para cerrar este capítulo se hace con una frase del autor Ramiro Ávila (2011:124) en la que se puede colegir el cambio en cuanto a la labor jurisdiccional y el lugar preponderante que tienen los jueces constitucionales que ahora son considerados: **“Cerebro y boca de la Constitución”**.

CAPÍTULO III



LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN GUATEMALA: LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA Y SUS ANTECEDENTES, SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL, LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA Y SU POSTURA ANTE EL NEOCONSTITUCIONALISMO, ACTIVISMO EN LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL GUATEMALTECA, PERFIL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL SIGLO XXI, LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL, EL CONSTITUCIONALISMO ANTIDEMOCRÁTICO.

3 La jurisdicción constitucional en Guatemala

La expansión de la jurisdicción constitucional ha sido un fenómeno que se ha dado en los últimos años como consecuencia de la implementación del neoconstitucionalismo y por el reconocimiento de la supremacía de la Constitución tanto formal como material, como norma de normas que contiene un catálogo cada vez más amplio de derechos fundamentales que el Estado está obligado a reconocer y observar su plena vigencia. En el presente capítulo se estudiarán de forma más concreta temas relacionados a la justicia constitucional en Guatemala, partiendo desde los antecedentes de la Corte de Constitucionalidad y su configuración como tribunal de justicia especializada y permanente; además, se analizan los sistemas de control constitucional y sus características; así como el desarrollo jurisprudencial de la citada Corte para establecer su postura frente al postpositivismo como máximo intérprete de la Constitución. Para ello se aborda el tema del activismo judicial, el perfil del juez constitucional y los límites que debe tener la jurisdicción constitucional en cuanto a la interpretación del texto supremo; todo ello conlleva a fortalecer el Estado constitucional de derecho pues desde la jurisdicción constitucional se garantiza la plena vigencia de los derechos fundamentales, el ejercicio del poder público y se hace una interpretación del texto constitucional de forma extensiva con la finalidad de adaptarlo a las circunstancias actuales y no a las que el legislador originario estableció en su época.

3.1 La Corte de Constitucionalidad de Guatemala y sus antecedentes



La historia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala es reciente. Fue la Constitución del año 1965 la que dio vida a la primera Corte de Constitucionalidad, esta tenía carácter de tribunal no permanente y con facultades para ejercer el control general de la constitucionalidad de las leyes, poseía competencia limitada pues su labor se circunscribía a conocer excepcionalmente del recurso de inconstitucionalidad; con relación a los antecedentes que hicieron prácticamente inoperante el primer tribunal constitucional guatemalteco la Doctora Aylín Ordoñez (2010:91) indica que,

por esa vía procesal, declarar por mayoría de ocho de sus miembros la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad, excluyendo toda intervención respecto al amparo directo, el conocimiento en apelación de esta acción, de la apelación de inconstitucionalidad en casos concretos y de otras materias (...) En aquel entonces, los tribunales del orden común tenían facultad de actuar como tribunales constitucionales al conocer de las acciones de inconstitucionalidad en caso concreto, como tribunales de amparo, y eran competentes para el trámite de las exhibiciones personales.

En ese contexto el Doctor García Laguardia y Edmundo Vásquez Martínez (1984:104) refiriéndose a dicha Corte, indicaron que: “Por primera vez en nuestra historia un nuevo sistema de control de constitucionalidad, esta vez, concentrado, principal y de alcance general, que atribuye (...) un extraordinario poder político a la Corte Suprema”, es decir, que el poder constituyente de ese año dio vida a un órgano prácticamente de control constitucional dentro del poder judicial, en consecuencia sin autonomía, pues estaba integrado por 12 magistrados, incluyendo al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien la presidía, cuatro magistrados de la citada Corte y los siete restantes por sorteo que se realizaba entre los magistrados de las distintas Cortes de Apelaciones, incluyendo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Como se puede observar, esta Corte de Constitucionalidad prácticamente funcionaba como una Cámara más de la

Corte Suprema de Justicia y para declarar la inconstitucionalidad de una ley, la misma debía hacerse con el voto favorable de por lo menos ocho magistrados de dicha Corte.



Ese primer intento de creación de una Corte de Constitucionalidad fue irremediablemente y su labor fue ineficaz y frustrante como lo señala el maestro Mynor Pinto Acevedo citado por Ordóñez Reyna (2010:92) en el sentido que:

Durante su vigencia únicamente se interpusieron ante ella cinco recursos de inconstitucionalidad, de los cuales dos fueron rechazados de plano, dos sin lugar y el único que prosperó se debió a que el interponente era el Ministerio Público por disposición del Presidente de la República y en ningún caso se decretó la suspensión provisional de las leyes impugnadas de inconstitucionalidad.

No obstante lo anterior, se considera que este primer tribunal constitucional guatemalteco, fue un primer intento por acoger las doctrinas kelsenianas relativas a la defensa del orden constitucional y de la necesidad de una jurisdicción constitucional especializada. Uno de sus fallos fue no haber sido independiente, sino que formaba parte del Poder Judicial, en tal virtud nunca podría haber jurisdicción privativa conforme el modelo concentrado de Kelsen, pero según indica el autor Ferrer Mac-Gregor, citado por Bonilla (2007:363), a este se le reconoce como el primer tribunal constitucional autónomo de América Latina, configurado desde su perspectiva formal y material.

Con el devenir histórico y posterior al golpe de Estado del General Efraín Ríos Montt, que dejó sin efecto la citada Constitución, era necesario que la institucionalidad y el orden constitucional volvieran al país y fue así como en un ambiente democrático se convocó a elecciones para elegir a una Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de una nueva Constitución. Instalada esta dentro de sus comisiones de trabajo, se encontraba la que se encargó del tema de garantías constitucionales y de todo lo relativo a la defensa del orden constitucional; es así como nace la actual Constitución Política de la República de Guatemala, siendo promulgada por dicha Asamblea en el año 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986.



De esa forma Guatemala emprendió el camino de retorno a la democracia, el poder constituyente tenía orientación social cristiana y se encargó de incluir en la norma suprema una serie de derechos fundamentales inspirados en el principio *pro homine* y para protegerlos instituyó garantías constitucionales y de defensa del orden constitucional regulados en los artículos del 263 al 276 de la misma, tales como: a) Exhibición personal; b) Acción de Amparo; c) Inconstitucionalidad de las leyes y d) crea la Corte de Constitucionalidad como un tribunal permanente de jurisdicción privativa; e) La Comisión y Procurador de los derechos humanos y f) la ley constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. A lo antes citado se agrega la creación del Tribunal Supremo Electoral.

Con la vigencia de la nueva Constitución Política de la República de Guatemala y la ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, nace a la vida jurídica una de las instituciones más novedosas: la Corte de Constitucionalidad que inició sus labores el 9 de junio de 1986 y cuya definición se encuentra en el artículo 268 constitucional:

La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional, actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia.

De la anterior definición se colige que dicho Tribunal es de tipo permanente y no *ad hoc* como su antecesor, ello significa que es un Tribunal preestablecido cuyas funciones y competencias se encuentran definidas en la Ley Suprema y en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. Cuando se refiere a que es un tribunal de jurisdicción privativa significa que conoce exclusivamente en materia constitucional y en determinados procesos, situación que impide que otros tribunales que jurisdicción ordinaria puedan intervenir en su conocimiento y decisión. Entre algunas de sus competencias procesales están: conocer de acciones de amparo en única instancia, apelación de amparo, apelación de la sentencia de inconstitucionalidad en caso concreto e inconstitucionalidad de carácter general.

La CC también resuelve controversias que surgen entre los Organismos del Estado y entidades del Estado y emite opiniones consultivas sobre temas constitucionales cuando le es requerido por los poderes del Estado.



La Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares y cinco suplentes, todos los magistrados son designados para el desempeño del cargo por cinco años ante el Congreso de la República y se conforma de la siguiente forma: a) Un magistrado por el pleno de la Corte Suprema de Justicia; b) Un magistrado por el pleno del Congreso de la República; c) Un magistrado por el Presidente de la República en Consejo de Ministros; d) Un magistrado por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala; y e) Un magistrado por la Asamblea del Colegio de Abogados. Dentro de los requisitos exigidos para optar al cargo de Magistrado de la Corte de Constitucionalidad son los siguientes: 1) Ser guatemalteco de origen; 2) Ser abogado colegiado; 3) Ser de reconocida honorabilidad; y 4) Tener por lo menos 15 años de graduación profesional.

Los magistrados de la Corte de Constitucionalidad gozan de las mismas prerrogativas e inmunidades que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y la Presidencia de la citada Corte será desempeñada por los magistrados titulares que la integran, en forma rotativa, en período de un año, comenzando por el magistrado o magistrada de mayor edad y siguiendo en orden descendente de edades.

El marco legal constitucional que da sustento a la creación del tribunal constitucional guatemalteco se encuentra en los artículos 268 al 272 y es ampliamente desarrollado en la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

3.2 Sistemas de control constitucional

El Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional Tomo I, coordinado por Ferrer Mac-Gregor *et al*, para desarrollar el concepto de control constitucional incluye dentro del mismo el trabajo de investigación realizado por Marcos Francisco del



Rosario Rodríguez (2014:221-223), quien indica que la expresión control constitucional conlleva varias acepciones, siendo la primera la necesaria existencia de uno o varios mecanismos de defensa cuyo objeto es mantener la vigencia del orden constitucional. Otro significado que se le puede dar a “control constitucional” es el que se refiere al hecho de que la Constitución debe ser un instrumento para limitar el poder. Desde la Ley Fundamental deben estar las competencias de cada poder del Estado, sin que existan desbordes y sí existiendo controles que sirvan de frenos y contrapesos al ejercicio del mismo.

Del examen de lo antes escrito se advierte que un ejercicio desmedido del poder por parte de cualquier autoridad del Estado, quebranta la eficacia del contenido de la Constitución, por ello deviene de gran importancia adoptar un sistema de control constitucional para condicionar la fuerza normativa de la misma. En función de ello deben ser implementados los instrumentos de defensa que garanticen de la mejor manera el cumplimiento de la voluntad del legislador originario cuando concibió el texto constitucional. Ferrer Mac-Gregor *et al*, citando a Del Rosario (2014:222) indica que:

Solo una Constitución democrática puede prever el establecimiento de controles adecuados, proporcionales y orientados a mantener la vigencia de los principios constitucionales. La locución “control constitucional” conlleva tres vertientes conforme a la teoría constitucional contemporánea: control político, control jurisdiccional y control social.

En concordancia con lo anterior, el control constitucional asumido desde el aspecto político fue el primero que fue previsto en las Constituciones contemporáneas, particularmente en la Constitución de 1787 de Estados Unidos, en la que se estableció una serie de frenos entre los poderes públicos con el objeto de evitar cualquier extralimitación en sus competencias. Lo que persigue este tipo de control político es lograr el equilibrio entre los poderes del Estado, respetando su independencia y separación de poderes, de modo que cada uno debe actuar dentro de la esfera de sus competencias. Esto conlleva un freno o contrapeso que sirve como control recíproco para que su actuación sea respetando la fuerza normativa de la Constitución y a su



principio de supremacía, requisito esencial para la existencia del Estado constitucional de derecho; de tal forma que el ejercicio del poder está dentro de un conglomerado de controles que obligan a los órganos del Estado a adecuar sus actuaciones conforme a la Constitución. En consecuencia, todo acto o norma que emane del mismo, pero que no se ajuste a la legitimidad constitucional, debe declararse su suspensión, inaplicación o expulsión del ordenamiento jurídico, según sea el caso.

Asimismo, el control de constitucionalidad tiene una vertiente en el control jurisdiccional cuyo objeto es preservar la supremacía constitucional; dentro de la actividad jurisdiccional, los jueces y juezas devienen contralores de la preservación de ese orden constitucional, estando sujetos únicamente a la Constitución y a los límites que ella les fija. Para cumplir su función se auxilian de mecanismos de tutela constitucional diseñados para mantener dicho orden constitucional, por ejemplo, cuando el operador de justicia examina una ley debe hacerlo de forma que esta se encuentre ajustada a los preceptos constitucionales y también a la convencionalidad, es decir, ajustada a los tratados y convenios en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala y que forman parte del bloque constitucional. En consecuencia, puede concluir que una norma si se encuentra ajustada a las disposiciones constitucionales y convencionales y por lo tanto es confirmada como válida; en otro escenario, partiendo de la valoración realizada puede concluir que una norma es inconstitucional por contravenir preceptos constitucionales debiendo ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Es pertinente indicar que cuando los operadores de justicia realizan la labor de control constitucional no se entrometen en la función legislativa, pues al interpretar los preceptos aplicables al caso que conocen, concluyen si la norma se ajusta a los principios y valores basados en el principio de la dignidad humana, de esa forma realizan una verdadera tutela de las garantías constitucionales y garantizan el orden constitucional dentro del Estado democrático de derecho.

De esa forma se puede entender por sistema de control jurisdiccional a todo el conjunto de reglas y principios en materia constitucional que tienen como objeto mantener la



fuerza vinculante de la Constitución y el principio de supremacía constitucional para ello este control se auxilia de mecanismos o garantías constitucionales que persiguen que todo acto emanado del poder público sea ajustado a los preceptos constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos, caso contrario debe declararse la nulidad o suspensión de un acto o resolución, la inaplicación de una norma jurídica o la expulsión de la misma del ordenamiento jurídico; este control tiene implícitos el control del poder político y social para el efectivo cumplimiento de la Ley Fundamental.

La tercera vertiente del control constitucional es que sirve como mecanismo de control social, es la ejercida por agentes no institucionalizados que realizan un control sobre la Constitución, es independiente al control político y jurisdiccional, se considera que este control es el ejercido por todos los ciudadanos y la sociedad civil en general, para ello de conformidad con la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad existe legitimación activa para las partes procesales cuando procede el planteamiento de la inconstitucionalidad de una ley en caso concreto pudiendo ser planteada ante el mismo órgano que conoce ya sea como excepción o como incidente y también existe el mecanismo de control de constitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general y para la legitimación activa deberá atender a lo estipulado en el artículo 134 de la ley constitucional antes referida.

Para el maestro Chicas Hernández, citado por Salguero (2010: 22) el control de constitucionalidad tiene por finalidad 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. Se colige entonces que en el control de constitucionalidad debe imperar el principio de supremacía de la Constitución y esta debe ser impuesta a todo acto del poder y sobre la ley misma en beneficio de tutelar las garantías constitucionales; se pueden distinguir en lo relativo al control de actos del Estado: la Acción de Amparo y la Exhibición Personal y en cuanto al control de leyes, la instauración de inconstitucionalidad.

3.2.1 Sistema americano o difuso



El origen del sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad difuso se remonta al año 1803, con la sentencia emitida por el juez Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, John Marshall, al resolver el caso Marbury versus Madison; el referido juez a través de su voto explica la sustentación de dicho sistema, pues fue el primer fallo jurisdiccional en Estados Unidos en el que se aludió al control de la constitucionalidad de las leyes. Es difuso porque es ejercido por todos los jueces y tribunales judiciales del país, también recibe el nombre de “sistema de revisión judicial” o “judicial review”, dejando evidenciada la necesidad del control constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales, en la sentencia referida por primera vez una norma que contravenía a la Constitución fue declarada inconstitucional por dicha Corte, haciendo una debida interpretación y argumentación como mecanismos necesarios para preservar el orden constitucionalmente establecido.

El sistema jurisdiccional americano fue creado a través de la Constitución de 1787, se basaba en la confianza en los jueces, dentro de su desarrollo se creó el primer sistema de control de constitucionalidad denominado difuso, porque era ejercido por todos los tribunales del país; y según manifiesta el autor Osvaldo Alfredo Gozaíni en su obra: “La justicia constitucional” citado por el Doctor Pereira-Orozco (2011:273), este sistema tiene su sustento en la citada sentencia del caso Marbury versus Madison en la que el juez Marshall explica la fundamentación de dicho sistema, indicando que:

La esencia de la libertad civil consiste en el derecho de cada individuo a demandar la protección de las leyes. Los poderes con que cuenta el Estado no son absolutos, y eso vale para todos los que participen en el Gobierno. La Constitución controla todo acto legislativo en razón de ser la ley superior, y si existe alguna disposición en contrario u otra ley que se le oponga, será deber de los jueces evitar el conflicto, declarando la inaplicabilidad de la ley de rango inferior. La confianza en la rectitud y honestidad de la judicatura subyace en la sentencia apenas bosquejada. La crítica a este tipo de control, fundada en el

peligro de exacerbar los poderes de los jueces es inimaginable dentro de este sistema. Si son justamente los jueces quienes deben intervenir en todas las causas que se susciten como consecuencia de la aplicación de la norma fundamental, es dentro de sus expresas facultades que les corresponde ejercer este tipo de control.



Razonando lo anteriormente expuesto, los presupuestos en que se fundamenta el sistema de control de constitucionalidad difuso según Juan Francisco Flores Juárez citado por Salguero (2010:35) son los siguientes:

- a) Supremacía de la Constitución;
- b) Si un acto legislativo es contrario a la Constitución no es ley;
- c) Constituye un deber judicial decidir entre leyes en conflicto;
- d) Si la Constitución está en conflicto con un acto legislativo, el juez debe rehusar aplicar este último y;
- e) Si así no se hiciera, se habría destruido el fundamento de todas las Constituciones escritas.

Se puede inferir que dentro de este sistema, los tribunales tienen la facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley y suspender su ejecución hasta que la Suprema Corte confirme o no la sentencia; este sistema de control constitucional difuso hace valer la supremacía de la norma constitucional y exige que todos los jueces y juezas en cualquier proceso sometido a su conocimiento deben preferir la aplicación de la ley fundamental frente a la norma ordinaria o inferior jerárquicamente, ocasionando la inaplicación de la norma que contraría a la ley constitucional ya sea por motivos de forma o de fondo.

La sentencia del caso Marbury versus Madison, ha abierto la puerta para que los jueces constitucionales norteamericanos interpreten su Constitución de forma más extensiva y el sistema de control de constitucionalidad de las leyes parte de la protección de los derechos fundamentales de las personas reconocidos en el texto supremo; este sistema

ha sido clave en dicho país ya que debido al trabajo de los tribunales y de la Suprema Corte, ha resultado trascendental el reconocimiento de los derechos ciudadanos, pues este es un sistema que se basa en la confianza hacia sus jueces que con su labor mantienen viva la Constitución 1787.



Una de las características de este sistema de control constitucional es que cuando los Tribunales constitucionales declaran la inconstitucionalidad de una ley a través de una sentencia, esta produce efectos inter partes, es decir, que inaplica la ley declarada inconstitucional al caso concreto, pero dicha norma continúa vigente, aunque pueden constituir un precedente con fuerza para ser invocado posteriormente.

3.2.2 Sistema concentrado o europeo

El creador del sistema de control de constitucionalidad concentrado o europeo fue prácticamente el notable jurisconsulto de la Escuela Vienesa Hans Kelsen en el año 1920 inspirado en parte, por la necesidad de control constitucional y de la expansión de la jurisdicción constitucional; en su teoría se puede inferir que toma cierta influencia del sistema de control constitucional difuso norteamericano, pero a la vez muestra oposición al mismo, y es que atendiendo a la época de posguerra que se vivía en Europa, se marcaba un acentuado apego a la ley y al legislador en lugar de la confianza en el sistema judicial. Según indica Pereira-Orozco (2011:274), Kelsen imaginó y concretó para Austria una Corte Constitucional de carácter jurisdiccional que luego fue implementada en otros países como Checoslovaquia e inspiró la creación del Tribunal constitucional establecido en Alemania por la Constitución de Weimar; este sistema a diferencia del norteamericano era concentrado y concebía a dicha Corte como un Tribunal Constitucional con única y específica atribución de ejercer control de constitucionalidad, además era el único facultado para hacerlo. Actualmente, países europeos como Alemania, Italia, España y Portugal entre otros, mantienen este sistema concentrado de control constitucional.



En armonía con lo anterior, se observa que la experiencia en cuanto a la supremacía constitucional originada en Estados Unidos no hizo eco en Europa y varios países influenciados por la doctrina kelseniana prefirieron optar por un sistema en el que se le otorga preeminencia a las decisiones del Parlamento, es decir, tomarlas como incuestionables, ello propició incluso más el legicentrismo y arraigó el positivismo jurídico y su rigidez. Es posible que por cuestiones históricas no les resultaba confiable delegar a los jueces la tarea del control constitucional pues estos eran tenidos como simples aplicadores de la voluntad legislativa. El sistema concentrado se caracteriza porque centraliza el control de constitucionalidad de las leyes en una Corte o Tribunal constitucional especializado, el cual no forma parte del Poder Judicial, en ese sentido y para justificar su existencia, Zarazúa (2011:86) citando a Hans Kelsen afirmaba que:

No es pues el Parlamento con quien se puede contar para realizar la subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales, esto es una jurisdicción o Tribunal Constitucional.

A causa de que este tribunal constitucional consagraba la supremacía jurídica de la Constitución, pero al ser un tribunal de control constitucional concentrado se separaba de la jurisdicción ordinaria, ocasionó por parte del poder del legislativo una marcada desconfianza hacia los jueces; el maestro Gil Rendón en su ponencia: El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales hace una crítica de la postura kelseniana, sobre todo por su asentado carácter legicentrista y positivista al indicar que:

La justicia constitucional era para Kelsen el elemento que aseguraba la solidez del ordenamiento. Para Kelsen deben prevalecer los valores legislativos codificados en la Constitución, por lo que quiere garantizar la norma suprema, para así afianzar el sistema democrático. Es la visión pura del “Derecho”, donde impera el “Estado legalista de derecho”, o como una concepción iuspositivista o iusnormativista. (<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/12/cnt/cnt3.pdf>) Recuperado el 23-11-2016).

Kelsen criticaba al sistema de control constitucional difuso indicando que era demasiado amplio, pues para él solamente debe existir un único Tribunal Constitucional que conozca de cuestiones constitucionales y cuya función principal es ser un “legislador negativo” porque su función es decir, si la ley se ajusta a la Constitución y caso contrario se declara inconstitucional y se deja sin vigencia la norma jurídica y debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.



En concordancia con lo anterior, la función del “legislador negativo” para Kelsen, según el Doctor Cáceres (2012:51) era solamente decir si la ley se ajusta a la Constitución en cuyo caso no hay efectos, caso contrario la ley debe ser anulada. Este término es propio del Derecho constitucional y hace referencia a una Corte Constitucional que, sin tener la facultad legislativa, sí tiene la facultad para derogar leyes, es decir, que este tribunal constitucional en su control de constitucionalidad que realiza, revisa la creación normativa del legislativo y su concordancia con el texto constitucional, y en caso una norma ordinaria colisione con la Constitución tiene la facultad, como se mencionó antes, de expulsarla del ordenamiento jurídico derogándola total o parcialmente por ser declarada inconstitucional y tiene efectos *erga omnes* o hacia todos.

Los procesos de control de constitucionalidad que se plantean ante esta Corte Constitucional, tienen como consecuencia, en caso de ser declarada con lugar la acción, la anulación de la ley, y en esos casos el tribunal actúa como legislador negativo porque elimina del ordenamiento jurídico las normas que contravienen la Constitución. La sentencia tiene efectos “*erga omnes*”, es decir, frente a todos y no únicamente “*inter partes*” o para el caso concreto como en el sistema difuso; otra característica de este sistema es que no admite la suspensión de la ley mientras el Tribunal Constitucional no declare la inconstitucionalidad de la misma.

3.2.3 Sistema mixto



En Latinoamérica se ha creado un tercer sistema de control de constitucionalidad de las leyes, este sistema según Salguero (2010:43) es denominado dual, paralelo o simbiótico, no es un sistema puro como el difuso o concentrado, sino, como su nombre lo indica, se conforma con aportes de ambos sistemas; es decir, que existe un sistema “judicial review” o de revisión judicial, y, a la vez existe un órgano o tribunal supremo al que se le confiere la última decisión vinculante sobre la inconstitucionalidad de una ley.

A este sistema de control de constitucionalidad se le denomina “mixto”; no es un sistema puro pues el control constitucional de las leyes es ejercido paralelamente por la justicia ordinaria y por la justicia constitucional privativa, es decir, que coexisten rasgos característicos de ambos sistemas como el “stare decisis” o el respeto al precedente propio del sistema difuso y la característica de efectos “erga omnes” o frente a todos, propio de la decisiones del sistema concentrado; este sistema ha sido implementado en países como Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Guatemala; en estos casos existe una Corte Constitucional que declara la inconstitucionalidad de la leyes de carácter general.

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, Guatemala ha adoptado este sistema dual o mixto, pues coexisten mecanismos del control difuso a través de la inconstitucionalidad de ley en caso concreto o indirecta y también mecanismos de control concentrado a través de la inconstitucionalidad de leyes de carácter general o directa, según Salguero (2010:125) “este instituto jurídico en Guatemala está íntimamente ligado al establecimiento del tribunal constitucional concentrado, ya que, con anterioridad, solo habían sido reguladas formas difusas de control de constitucionalidad de normas”.

La base legal para afirmar que Guatemala ha adoptado el sistema mixto de control de constitucionalidad se encuentra en el artículo 267 de la Constitución Política de la República y en el artículo 133 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, pues establece que las acciones de inconstitucionalidad de carácter

general deben ser planteadas directamente ante la Corte de Constitucionalidad y, si no resuelto, tiene efectos *erga omnes*, es decir, que afecta la vigencia de la norma pues se ordena expulsarla total o parcialmente del ordenamiento jurídico.



Algo novedoso en este sistema adoptado por la Constitución guatemalteca es que no fija plazo para promover dicha acción popular y se han expulsado del ordenamiento jurídico disposiciones anteriores al año 1986 que fue cuando entró en vigencia la actual Constitución. Como ejemplo se cita la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015 dictada dentro del expediente 1006-2014 en la que la CC declara con lugar la inconstitucionalidad de carácter general parcial interpuesta contra el segundo párrafo del artículo 215 del Código Civil que data desde el año 1964; la Corte invocando el bloque de constitucionalidad, analizando los convenios internacionales en materia de derechos humanos atinentes y su jurisprudencia resolvió en cuanto al derecho a conocer la identidad de origen de un hijo extramarital y el derecho a la identificación, lo siguiente:

Ese derecho le asiste a todos los niños o niñas, incluso al hijo nacido de mujer casada, concebido con persona distinta a la del marido. Por ello, esta Corte considera que la norma denunciada viola el principio de igualdad y el interés superior del niño, lo cual es suficiente para determinar su inconstitucionalidad y declarar su expulsión del ordenamiento jurídico. (El subrayado es propio).

El máximo Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada invoca el derecho a la igualdad, a la identidad, a la identificación y al interés superior del niño; promoviendo de esa forma la plena vigencia y progresividad de los derechos humanos dentro del marco democrático en que fue creada y hace acopio de los mecanismos idóneos para su protección desde la ley suprema y tratados en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, siendo que estos derechos fundamentales deben ser concebidos como mandatos de optimización para lograr la verdadera justicia constitucional, es decir, ese conjunto de valores axiológicos que contiene la ley suprema.



Efectivamente, este sistema de control de constitucionalidad mixto o dual también confiere competencia a los tribunales de la jurisdicción ordinaria; de esa forma establece el artículo 204 constitucional: “Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado...”; es esa fuerza normativa y jerarquía constitucional la que permite que los jueces ordinarios puedan constituirse en tribunales constitucionales conforme a la competencia legalmente establecida para conocer acciones constitucionales. En consecuencia, el control constitucional difuso establecido en la norma constitucional les da la competencia para hacer valer la ley fundamental sobre cualquier ley, reglamento o disposición de carácter general que la contravenga; vale indicar que la sentencia que emitan tendrá efectos solo en el caso concreto o inter partes y por consiguiente, la ley o reglamento atacado de inconstitucionalidad seguirá en vigencia.

En armonía con lo antes escrito, tanto la Constitución Política de la República como la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad confieren competencia a los órganos jurisdiccionales de la justicia ordinaria (con excepción de los Juzgados de Paz, que su competencia en cuanto a garantías constitucionales se limita a conocer a prevención sobre Exhibición Personal, practicarla, dictar las providencias urgentes y remitir lo actuado al juez jurisdiccional para que emita el auto de exhibición); es decir, que se mantiene el control difuso que es ejercido por los jueces y juezas de Primera Instancia de todos los ramos y competencias, Salas de las Cortes de Apelaciones y otros Tribunales de igual categoría, Cámara de Amparo y Antejudio; Cámara Civil y Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia; que en esos casos se constituyen en Tribunales Constitucionales, cuando les es planteada por cualquiera de las partes en litigio acción de inconstitucionalidad de ley en caso concreto, pues consideran que existe riesgo que les sea aplicada una ley contraria a la ley suprema.

El ordenamiento jurídico nacional en pro del derecho de defensa y debido proceso y acceso a una tutela judicial efectiva, contempla que contra las sentencias que dicten los órganos jurisdiccionales mencionados en el párrafo precedente, es procedente

interponer recurso de apelación y cuando ese supuesto ocurre, el sistema es concentrado pues se genera una segunda instancia al elevar las actuaciones de Constitucionalidad la que posteriormente a la tramitación del proceso, se emite una sentencia de apelación que tiene carácter de definitiva y solo podrán interponerse contra la misma los remedios procesales de aclaración y ampliación, según sea el caso.



Dentro de ese contexto es muy conveniente citar al ex magistrado constitucional Gabriel Larios Ochoa (1995:10-11) quien hace énfasis en las características por las cuales el sistema de control constitucional guatemalteco es considerado mixto o dual, partiendo de la creación de la Corte de Constitucionalidad como tribunal permanente, independiente y privativo y que en la ley fundamental misma se estableció un sistema de control constitucional de naturaleza concentrada, combinada con el difuso y un sistema mixto; se liberalizó la legitimación activa para la interposición de acciones de inconstitucionalidad de leyes con efectos *erga omnes*, asimismo, se liberalizó la interposición de inconstitucionalidades de ley en caso concreto y además indicó que:

Se estableció la jurisdicción mixta para el conocimiento de los amparos de doble instancia y la inconstitucionalidad de ley en caso concreto. La primera instancia en el tribunal común ordinario, difuso y la segunda instancia en el Tribunal Constitucional, concentrado.

Se estableció la opinión consultiva a solicitud de los tres altos Organismos del Estado y el dictamen vinculante de la Corte de Constitucionalidad para la reforma de leyes calificadas como constitucionales.

La labor de control constitucional asignada a la Corte de Constitucionalidad también abarca las opiniones consultivas que pueden solicitar los tres Organismos del Estado y el dictamen vinculante que debe emitir en caso de posibles reformas a leyes calificadas de rango constitucional. También crea jurisprudencia en asuntos constitucionales, defensa del orden constitucional y es el máximo intérprete de la ley suprema.

El asidero legal de lo antes escrito se encuentra en el artículo 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad que establece: **“Las decisiones de la Corte de Constitucionalidad vinculan al poder público y órganos del Estado y tienen plenos efectos frente a todos”**.



En conclusión, el tema estudiado es parte de la expansión de la jurisdicción constitucional y los sistemas de control constitucional existentes, se colige que la función del Tribunal Constitucional no solo abarca aspectos jurídicos como el de ser el máximo intérprete de la Constitución y abogar por su defensa y preservación del orden constitucional; sino que también abarca aspectos meramente políticos al dirimir conflictos entre los poderes del Estado y para equilibrar su ejercicio dentro del sistema democrático y aspectos sociales pues sus resoluciones son de observancia general, pero también los particulares tienen legitimación activa, según sea el caso, para interponer acciones en pro del resguardo del principio de supremacía constitucional.

3.3 La jurisdicción constitucional guatemalteca y su postura ante el neoconstitucionalismo

La jurisdicción constitucional es un tema medular dentro del postpositivismo, está íntimamente relacionada con el sistema democrático de Gobierno y con el reconocimiento, observancia y plena vigencia de los derechos humanos; se puede afirmar que justicia constitucional es el poder que se les concede a los órganos jurisdiccionales para administrar justicia pero en materia constitucional; deviene importante indicar que este término se utiliza para referirse a todos aquellos instrumentos o mecanismos procesales que tienen como finalidad defender la supremacía de la Constitución axiológica y para ello existen una serie de garantías constitucionales procesales para resguardarla y mantenerla vigente.

En consecuencia de lo antes expuesto es necesario citar textualmente la definición de la misión del Tribunal Constitucional de Guatemala, misma que aparece en su sitio web: (<http://cc.gob.gt/>) definiéndola de la siguiente forma:



La Corte de Constitucionalidad, como tribunal permanente e independiente ejerce las funciones esenciales de **defensa y restablecimiento del orden constitucional y del Estado constitucional de derecho**. Derivado de esas funciones, que cumple jurisdiccionalmente, **controla los actos del poder público** y otros que, emanados de personas del ámbito del Derecho privado, poseen la característica de autoridad. Para ello **interpreta y aplica la normativa que concierne a las garantías constitucionales, protegiendo valores, principios, libertades y derechos establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, en diversos tratados y convenios internacionales y otras leyes**. (La negrilla es propia).

En los párrafos siguientes se desarrollarán algunos aspectos de las funciones de la Corte Constitucional guatemalteca, conforme a los aspectos en que se hizo énfasis anteriormente; para comprender la razón de ser de esta Corte y de la importante labor que realiza en la consolidación del régimen democrático y del Estado constitucional de derecho, la defensa y plena vigencia de los derechos fundamentales; y su consolidación como un Tribunal independiente, permanente, de jurisdicción privativa o especializada, siendo el máximo órgano de interpretación constitucional y que con sus fallos crea doctrina legal. A través del desarrollo de este tema se demostrará cómo la citada Corte ha ido haciendo acopio de la doctrina neoconstitucionalista, situación que se ve reflejada en sus fallos; cumpliendo con su labor de defender el orden constitucional y de restauración de dicho orden cuando haya existido alguna vulneración al mismo.

En armonía con lo antes escrito, es viable mencionar la labor ejemplar e histórica de la Corte de Constitucionalidad y que constituye un referente necesario cuando se estudia la doctrina postpositivista; el hecho al que se hace referencia es a la sentencia emblemática que emitió el 25 de mayo de 1993, como consecuencia del rompimiento del orden constitucional y el impacto que tuvo en el Estado, acción provocada por el entonces Presidente Jorge Serrano Elías, quien había dejado sin efecto la Constitución Política de la República por medio de un Decreto: "Normas Temporales de Gobierno"; mismo que indicaba que se mantenía la vigencia de la ley fundamental, pero



contradictoriamente interrumpía la vigencia de forma temporal de algunas de sus normas, principalmente las atinentes a la garantía de los derechos fundamentales para la población. En lo referente a la parte orgánica de la misma, se suspendían las funciones del Congreso de la República, del Presidente de la República, Corte Suprema de Justicia y de la Corte de Constitucionalidad; disolviendo los otros dos poderes del Estado, junto con el Tribunal Constitucional, Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, asumiendo el Presidente Serrano Elías las funciones del Congreso, nombrando Magistrados para la Corte Suprema de Justicia y al Procurador General de la Nación; semejante aberración jurídica hizo que el incipiente régimen democrático guatemalteco prácticamente colapsara.

Consecuentemente, los magistrados del Tribunal Constitucional acogiendo por primera y única vez hasta la fecha el instituto jurídico de “conocimiento de oficio”, emitieron la sentencia arriba citada, la que; por dicha situación no es identificada con número de expediente; en la misma los Magistrados constitucionales indicaron que los actos realizados por el Presidente de la República son nulos *ipso jure*, es decir, nulos de pleno derecho y por lo tanto carecían de toda validez jurídica, por lo que resultaba imperativo, en pro de la defensa del orden constitucional, dejar sin efecto dichas disposiciones restableciendo así el orden quebrantado.

Esta sentencia incorpora importantes aspectos neoconstitucionalistas principalmente la forma en que fue interpretada la norma constitucional con la finalidad de restaurar y defender el orden constitucional y el retorno a la institucionalidad democrática dentro del Estado constitucional de derecho; esta fue una sentencia *sui generis* y el actuar de la Corte fue en cumplimiento de su mandato expreso contenido en la Constitución.

Otro aspecto importante dentro de la misión del Tribunal Constitucional es lo referente al Estado constitucional de derecho, un término neoconstitucionalista que deja atrás al clásico Estado de derecho o Estado legislativo de derecho; este nuevo Estado como se estudió en el primer capítulo de este trabajo, surgió en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial y se caracteriza por tener Constituciones rígidas que incluyen un amplio

catálogo de derechos humanos, asimismo se contempla el control de constitucionalidad de las leyes y afirma por la supremacía constitucional atendiendo a preceptos en los artículos 44, 175 y 204 constitucionales; 2, 3, 115 y 185 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad y 9 de la Ley del Organismo Judicial.



Dentro del nuevo Estado constitucional de derecho deben existir mecanismos tendientes a controlar el ejercicio del poder público; en atinencia a ello existe suficiente doctrina legal en la que la Corte de Constitucionalidad se pronuncia sobre la división y separación de poderes; como referencia se cita la interpretación que dicha Corte ha realizado del artículo 141 constitucional, en el que hace relación al sistema de frenos y contrapesos y a que debe existir debida colaboración y fiscalización entre los Organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial; en ese sentido, se pronunció la citada Corte, también reafirmando el Estado constitucional de derecho y para reforzar lo escrito se cita lo conducente de la sentencia de fecha 7 de mayo de 2013, proferida dentro del expediente 1312-2012:

Para evidenciar que ello puede válidamente realizarse, esta Corte reitera consideraciones que también son plasmadas en la sentencia dictada en esta misma fecha en el expediente 464-2013, y por las que se determina que es absolutamente relevante garantizar el normal funcionamiento de los órganos del Estado, a efecto de que cumplan las obligaciones y deberes que la Constitución les ordena, en especial cuando su designación o instalación dependa de plazos constitucionales que no pueden ser demorados *sine die sin* causar colapso institucional. Ello es así porque un —Estado constitucional de derecho está organizado jurídica y políticamente para el cumplimiento pacífico de sus fines. Por ello, su Constitución —norma jurídica fundamental— le atribuye deberes y obligaciones que, de no ser cumplidos, lo desvían a su fracaso (Estados débiles, inseguros o caóticos) (...) orden constitucional, entonces, es aquel que reconoce y garantiza la efectividad de los derechos humanos individuales y sociales por la mediación de los órganos del poder público instituidos y controlados soberanamente.



Se colige entonces que el máximo Tribunal Constitucional es un órgano judicial, pero también es eminentemente político, porque controla los actos del poder público si estos se encuentran ajustados a constitucionalidad; este aspecto político de la Corte se establece intrínsecamente desde su conformación, al respecto el entonces Magistrado Alejandro Maldonado Aguirre, citado por Alejandro Morales Bustamante, indicó que: “La Corte, con métodos jurídicos, se ocupa de la política pero no hace política, lindero que quizás parezca difícil para profanos de uno y otro campo, pero perceptibles por un sano estudio de las instituciones” (Pereira-Orozco *et al.*: 2011:225).

En atención a lo anterior, se puede afirmar que en la actualidad la expansión de la jurisdicción constitucional ya no solo abarca aspectos jurídicos como el de ser el máximo intérprete de la Constitución y abogar por la defensa y preservación del orden constitucional y vigencia y aplicación de los derechos fundamentales; sino que también abarca aspectos meramente políticos, pues la Corte constitucional dirime conflictos entre los poderes del Estado y equilibra el ejercicio del poder dentro del sistema democrático de Gobierno. Entonces deviene válido indicar que la Corte es un tribunal que en ciertas ocasiones emite sentencias eminentemente políticas, pero con sustento y argumentación jurídica.

La Corte de Constitucionalidad es el máximo intérprete de la Constitución, para ello y en pro de garantizar los derechos fundamentales como mandatos de optimización, en sus sentencias realiza una labor interpretativa y argumentativa basada en el método de ponderación para resolver conflictos entre principios; a continuación se cita la opinión consultiva realizada a la Corte por el Presidente de la República, en el siguiente sentido:

El Presidente de la República ha solicitado opinión consultiva de esta Corte, respecto de la posibilidad de poder intervenir administrativamente, sin violar normas constitucionales, el Registro Nacional de las Personas –RENAP-, con los objetivos de garantizar y normalizar la prestación de los servicios de registro de personas naturales e inscripción de los hechos y actos relativos al estado civil,

capacidad civil y demás actos de identificación, así como posibilitar u ^o suficiente
emisión del Documento de Identificación Personal.



La consulta está relacionada con la intervención de empresas que prestan servicios públicos, regulado en el artículo 120 de la Constitución, la Corte resolvió dentro del expediente 3174-2010 en fecha 17 de septiembre de 2010; acogiendo el juicio de ponderación para solucionar el conflicto existente entre dos preceptos de igual jerarquía para solucionar el caso concreto. Para hacer la debida ilustración de cómo la Corte de Constitucionalidad aplica estos preceptos neoconstitucionalistas, se citan las partes conducentes de la resolución antes indicada:

Para responder a la interrogante antes citada, esta Corte determina que el análisis jurídico debe partir de una correcta interpretación de lo preceptuado en el artículo 120 de la Constitución Política de la República, con el objeto de evidenciar, de manera racional, cuál sería la regla que define el ejercicio de la facultad concedida al Estado de Guatemala, y cuál sería, en este momento, el Organismo de Estado facultado para asumir la decisión de intervención administrativa que autoriza el precitado artículo constitucional.

La interpretación constitucional que aquí se realiza encuentra el debido sustento en la función esencial que a esta Corte ha instituido el artículo 268 de la Constitución Política de la República: la defensa del orden constitucional. El proceso interpretativo a realizarse admite que la Constitución es la norma superior, cualitativamente distinta, y que a sus preceptos se vincula el ordenamiento jurídico y el sistema de fuentes de este último, y que en una correcta interpretación constitucional pueden ser utilizados, como fuente interpretativa, no solo los preceptos normativos componentes del texto supremo, sino también el conjunto de principios, valores y reglas que están contenidos en la Constitución, pues todos ellos permiten, en esa dimensión jurídica y axiológica, establecer cuál es la conducta que en el precepto objeto de interpretación se permite o se prohíbe.



Los métodos a emplearse en esta opinión, y que propician el poder de la respuesta apoyada en parámetros constitucionales, son los siguientes:

Utilización mutatis mutandis del juicio de ponderación: Para la utilización de ese método, a juicio de esta Corte, los parámetros que se utilizan para la realización de esta labor de juicio deben atender a lo siguiente: (...) **d. Que se realice una labor de ponderación propiamente dicha, por la que se evidencien los beneficios que se obtienen con la medida, en congruencia con la consecución de un fin legítimo.**

III. Aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Al aplicar ellos en la respuesta que se da por medio de esta opinión consultiva, se pretende que de establecerse la viabilidad de la realización de la conducta oficial objeto de consulta, con ello no se sacrifique el concepto de autonomía técnica, hasta hacer nugatorio tal concepto, más allá de lo requerido por el funcionario consultante para satisfacer la obligación del Estado en cuanto a propiciar el mantenimiento y continuidad de un servicio público esencial.

Como se aprecia, en esta opinión consultiva la Corte de Constitucionalidad hace una interpretación abierta de las normas jurídicas para resolver la consulta hecha por el Presidente de la República; en su labor argumentativa hace propios los postulados neoconstitucionalistas en cuanto a la dogmática de interpretación del texto constitucional visto como un conglomerado de principios, valores y reglas, observando y salvaguardando el principio de supremacía constitucional, la plena vigencia de las garantías constitucionales y atendiendo al principio *pro homine*.

La sentencia citada constituye un antecedente en el que la Corte indica que para resolverlo utilizará el método de ponderación y sus principios de razonabilidad y proporcionalidad, propios de la doctrina neoconstitucionalista y es citado en este trabajo de investigación porque constituye un ejemplo de la madurez y de la cultura jurídica que la Corte va adquiriendo; se considera que paulatinamente se irá superando a nivel general el rigorismo del positivismo jurídico decimonónico aún imperante para dar paso a las nuevas corrientes del Derecho que sustentan su filosofía sobre la base de la

dignidad de las personas y su desarrollo integral tal como el neoconstitucionalismo ha influido en los aspectos sustantivos y adjetivos del Derecho constitucional.



El segundo antecedente que se menciona es el relacionado a la Inconstitucionalidad General Parcial de los artículos 141, 142 y 143 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, promovida por Oliverio García Rodas y Juan José Porrás Castillo; en este proceso fue ponente el Magistrado Roberto Molina Barreto, quien expresa el parecer del Tribunal constitucional con relación al tema de interpelación de Ministros, en la sentencia proferida el siete de mayo de 2013 dentro del expediente 1312-2012, del que se citan las partes conducentes relacionadas a la forma en que la Corte de Constitucionalidad acoge la doctrina neoconstitucionalista y a través de un juicio ponderativo soluciona la controversia puesta a su conocimiento, al respecto indica:

En íntima relación con lo previsto en los artículos 152, 153 y 154 del texto supremo, el ejercicio del derecho a interpelar impone como contrapartida a quien lo ejerce la debida observancia de la Constitución (lo que incluye sus principios, mandatos, límites, valores y reglas) y de que se posibilite su plena eficacia (...).

Para evidenciar que es posible este juicio de ponderación entre las distintas facultades atribuidas constitucionalmente al Congreso de la República, se hará enumeración –sin ánimo exhaustivo, ni limitativo– de atribuciones contenidas en artículos constitucionales que no pueden ser obstaculizadas o impedidas, pues de hacerlo, se produciría una situación fáctica concreta que provocaría una ruptura institucional y orgánica del Estado. (...)

Sin perjuicio de la decisión que se asume en esta sentencia, en una labor propositiva y meramente orientadora que no soslaya lo que ocurre en la realidad nacional, (...) corresponde ahora referir, en abstracto, la forma cómo debe realizarse esa labor de ponderación, a la luz del conjunto de principios y valores constitucionales.

La ponderación, como forma de solución de conflicto que pudiera surgir entre principios, derechos, valores y atribuciones constitucionales, permite seleccionar aquel o aquellos de los antes mencionados, que en una situación concreta deben privilegiarse, no de modo absoluto para todos los casos posibles como antes se dijo, sino en concreto y para eventos específicos que sean plenamente determinables. De esa cuenta, aquella labor de ponderación debe realizarse con una proporcionalidad tal que al privilegiar el ejercicio de una facultad respecto de otra, se logre la consecución de un fin legítimo y necesario.



En la sentencia del expediente 1312-2012, la Corte de Constitucionalidad indicó que la proporcionalidad como elemento ínsito en todo ejercicio de ponderación, impone que esta deba ser precedida por la incoación de un medio legalmente idóneo para lograr aquel objetivo, que sea el más adecuado en tanto no sea posible optar por un medio distinto del escogido. (...) Esta norma debe ser debidamente entendida de acuerdo con los siguientes métodos de interpretación de la Constitución desarrollados ampliamente en referida sentencia y en la opinión consultiva de fecha 17 de septiembre de 2010 Expediente 3174-2010.

- Método armónico o sistemático,
- Aplicación del principio de concordancia práctica para la eficacia de la preceptiva constitucional,
- Utilización mutatis mutandi del juicio de ponderación, como una fórmula de solución que determine constitucionalmente un orden de preferencia entre la aplicación de lo contenido en un precepto constitucional respecto de lo establecido en otro.

En conclusión, se puede afirmar que el proceso de expansión constitucional se ha reforzado en Guatemala y a pesar que la Constitución guatemalteca tiene más de 30 años de vigencia, es vanguardista porque reconoce la progresividad de los derechos humanos de conformidad con lo establecido en los artículos 44 y 46, es decir, que los tratados y convenciones en materia de derechos humanos son incorporados al Derecho interno y tienen rango constitucional. Para ello la Corte de Constitucionalidad ha hecho



recepción del bloque de constitucionalidad como la herramienta para incorporar los tratados a la legislación interna, y al hacerlo se ha apartado de su jurisprudencia pues ha indicado que dichos instrumentos internacionales son también parámetro para determinar la constitucionalidad de las leyes, de modo que todo el ordenamiento jurídico debe ser compatible con los mismos. Derivado de ello nace otra figura jurídica llamada control de convencionalidad, concepto emanado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que consiste en que todos los órganos del poder estatal, pero especialmente los jueces, quienes al resolver determinado caso deben observar la compatibilidad de las normas internas, ya no solo con respecto a la Constitución, sino también atendiendo a estos tratados y/o convenios en materia de derechos humanos; como se puede observar tanto el bloque de constitucionalidad como el control de convencionalidad están íntimamente relacionados, se está ante presupuestos puramente procesales que serán desarrollados en los siguientes capítulos de este trabajo de investigación.

3.4 Activismo en la jurisdicción constitucional guatemalteca

En las últimas décadas se ha visto un mayor protagonismo de los jueces y juezas constitucionales al emitir decisiones que son consideradas como progresistas, que en el caso de Guatemala tienen su sustento legal en la Constitución de 1985 que crea a la Corte de Constitucionalidad como un Tribunal permanente de jurisdicción privativa cuya función es la defensa del orden constitucional y que en sus más de treinta años de existencia se ha convertido en el máximo intérprete del texto fundamental en pro de optimizar los derechos fundamentales individuales concebidos como principios y valores axiológicos. De igual forma ha habido un desarrollo progresivo en cuanto a la interpretación de los derechos sociales, sin embargo, ese activismo judicial ha provocado choques a nivel político pues en muchas ocasiones debido a ello los ciudadanos acuden a la justicia constitucional en lugar del poder político para lograr la satisfacción de sus demandas.

El activismo judicial de conformidad con la definición dada por Héctor Fix Faura en el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional Tomo I coordinado por Ferrer Mac-Gregor *et al* (2014:43-45) es:



Expresión acuñada en los Estados Unidos de América (*judicial activism*) para referirse a la disposición de jueces y tribunales a hacer uso de una interpretación expansiva, encaminada ya sea a ampliar el ejercicio de los derechos constitucionales de los ciudadanos o a lograr determinados cambios y resultados de política pública. Jurídicamente, el activismo judicial se traduce con frecuencia en la declaración de inconstitucionalidad de leyes y actos de autoridad, o en la interrupción o modificación de criterios de interpretación establecidos y confirmados. (...) Dado que el activismo judicial implica, necesariamente, una dimensión política en la interpretación judicial, el uso de la expresión tiene connotaciones polémicas. Para los críticos de esta dimensión de la función judicial —generalmente grupos “conservadores” o de “derecha”— el activismo judicial es ilegítimo, porque los jueces y tribunales no se circunscriben a la interpretación limitada y razonable de ley o la Constitución, sino que pretenden “crear Derecho nuevo”. (...) Sin embargo, puede haber también un activismo judicial de signo “conservador”, dirigido a suprimir o modificar las “conquistas” de la “izquierda”, así como a restablecer situaciones jurídicas del pasado.

El activismo judicial fue un término que se asigna su uso al juez federal estadounidense Wayne, para quien, al declarar judicialmente ciertos valores o conferir ciertos derechos, especialmente a ciertos grupos sociales considerados como vulnerables, o al tomar decisiones para defender derechos vulnerados al señalar que ese remedio judicial invade la competencia de otros órganos, como es el caso del tema político. (https://es.wikipedia.org/wiki/Activismo_judicial Recuperado de internet el 28-11-2016).

A propósito de activismo judicial, es necesario citar nuevamente la actuación histórica de la Corte de Constitucionalidad como consecuencia del rompimiento del orden constitucional y del incipiente retorno a la democracia en Guatemala, ocasionado por el

famoso “Serranazo”, que consistió prácticamente en un golpe de Estado por el entonces Presidente de la República Jorge Serrano Elías el 25 de mayo de 1993. La Corte aplicó la institución jurídica del “conocimiento de oficio” y asumió su misión esencial de defender el orden constitucional quebrantado por Serrano Elías, quien asumió los Poderes Legislativos al emitir el Decreto: “Normas Temporales de Gobierno”, que dejó sin efecto las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Guatemala, disolvió el Congreso de la República y destituyó a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.



Es muy importante citar ese antecedente nacional, pues el Tribunal Constitucional guatemalteco ejerció control constitucional político, emitiendo en esa fecha una sentencia sin precedentes en la que “conoció de oficio” en pro de la instauración del orden constitucional vulnerado y para ello hizo una interpretación extensiva del artículo 272 literal i) constitucional, especialmente del verbo rector “actuar” en integración con el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en cuanto a la interpretación extensiva (...) restableciendo el orden constitucional vulnerado y el retorno a la institucionalidad.

Como resultado, el Tribunal Constitucional guatemalteco, emitió la sentencia que declaró inconstitucional el Decreto que contenía las “Normas Temporales de Gobierno”, emitido por Serrano Elías el 25 de mayo de 1993; tomando las acciones para reconducir la marcha del Estado por el camino democrático y consolidar el entonces incipiente Estado constitucional de derecho; con relación a la relevancia de este caso el ex magistrado constitucional Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano (2010:53) indica:

Esa decisión de la Corte significó, no cabe duda, un avance en la historia institucional del país, ya que es un hecho notorio que esa sentencia sirvió de marco a la resistencia pacífica del pueblo para reconducir al Estado por el régimen de legalidad, garante de la plena eficacia de los derechos humanos de la población.

Asimismo, es importante mencionar que en ese entonces el Tribunal Constitucional guatemalteco era presidido por el extinto magistrado Epaminondas González Dubón, quien, citado por la constitucionalista Marta Altolaquirre indicó:



La aspiración de consolidar el Estado constitucional de derecho, solamente se logra mediante la sujeción del poder público a la jurisdicción de los Tribunales Constitucionales (<http://elperiodico.com.gt/2016/03/02/opinion/la-nueva-corte-de-constitucionalidad/> Recuperado 12-03-2016).

El autor del presente trabajo de investigación, aprecia que el magistrado González Dubón, utiliza terminología propia del neoconstitucionalismo, ya superando el Estado de derecho propio del positivismo jurídico por uno más avanzado, un Estado en que predomine la fuerza vinculante de la Constitución y el orden de valores contenidos en ella. Con la sentencia del 25 de mayo de 1993, la Corte de Constitucionalidad restableció el orden constitucional en Guatemala y asumió el rol de ser el máximo intérprete de la Constitución, pues cuando hizo la debida argumentación y fundamentación de su decisión, lo hizo con base en una interpretación extensiva de la ley constitucional con la finalidad de procurar la debida protección de los derechos humanos de la población y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

Se establece que la sentencia aludida es uno de los primeros antecedentes en Guatemala de la aplicación de la doctrina del neoconstitucionalismo debido a la interpretación que se hizo de las normas conculcadas y que constituye un caso emblemático de activismo judicial porque ha sido el único caso en que la Corte ha actuado de oficio; para conocer los argumentos que el Tribunal Constitucional esgrimió en dicha sentencia se recomienda su lectura, como dato curioso y debido a su origen a dicha resolución con posterioridad le fue asignado el número de expediente 225-93.

En consecuencia de todo lo expuesto en los párrafos que preceden, se puede inferir que el activismo judicial concibe a un juez limitador de los poderes del Estado a través de la



aplicación de la Constitución, tratados y convenios en materia de derechos humanos y velando siempre por preservar el principio de supremacía constitucional. Ello ha ocasionado mayor protagonismo de los tribunales constitucionales que emiten sentencias que como dicen los escépticos “crean derecho” al ir más allá de la interpretación o al separarse del precedente ocasionando las mutaciones constitucionales con tal de favorecer la aplicabilidad de los derechos fundamentales.

Debido a la progresividad de los derechos humanos y lo cambiante de la realidad social y al desarrollo de las telecomunicaciones en un mundo globalizado, este es el mecanismo idóneo para garantizar la Constitución formal y material; hay un creciente activismo judicial interno que tiene influencia del Derecho internacional de los derechos humanos y en buena parte actualmente está impulsado por la Corte IDH que con sus sentencias y opiniones consultivas obligan a todos los Estados partes de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y de otros tratados en materia de derechos humanos a adoptar su jurisprudencia y adaptar la legislación interna a la convencionalidad de dichos tratados.

Se considera que debido a que la ley constitucional de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en el artículo 2 establece que las disposiciones de esa ley deben interpretarse de forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección de los derechos humanos (...); y si bien el preámbulo de la Constitución no constituye una norma positiva, sí contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores y en ese sentido puede constituir fuente de interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. Todo ello ha inducido cambios significativos en la labor jurisdiccional, la que se ha tenido que volver más activa y creativa en el sentido que puede actuar por sí misma y sin intervención de las partes, verbigracia, la sentencia del Caso Serrano en el cual la Corte actuó con conocimiento de oficio y Sentencia 1822-2011 en la que la Corte de Constitucionalidad define el bloque de constitucionalidad).

El activismo judicial se desarrolla en el ámbito de los llamados casos difíciles, y pretende dar respuesta a los problemas que otros órganos del Estado no resuelven o lo han hecho de forma deficiente; no obstante esa situación, ha habido una fuerte crítica hacia

el mismo pues los sectores conservadores de la sociedad indican que hay una flexibilización de las sentencias y un desbordamiento del poder judicial.



Se puede catalogar de sentencia oficiosa o propia del activismo judicial aquella que emite el Tribunal constitucional y en la que soluciona el caso sometido a su conocimiento, pero introduce innovaciones que deben acatar los órganos del Estado en general y que a través de sustentar determinado criterio generan jurisprudencia e inciden en cambios en la legislación y “crean derechos”. Aunque se considera que lo que hace realmente la Corte de Constitucionalidad es un reconocimiento de derechos fundamentales basados en el principio de la dignidad de la persona humana, y lo hace por conducto de los artículos 44 y 46 constitucionales, es decir, el bloque de constitucionalidad.

A manera de ejemplificar lo antes expuesto se hace alusión a la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2000, proferida dentro del expediente 438-2000 en la que la Corte al reconocer el derecho a la intimidad, actuó “creando derecho” el derecho a la intimidad de todas las personas, pero lo hizo para garantizar la tutela de un derecho no enumerado taxativamente en el texto constitucional formal ampliando la tutela de derechos fundamentales de conformidad con el artículo 44 de la Constitución y atendiendo a su progresividad para hacer efectivas las garantías procesales constitucionales para su protección.

Se debe tener en mente siempre que el neoconstitucionalismo aboga por una nueva forma de interpretación del texto constitucional para hacerlo dinámico y para hacer al Derecho positivo más humano, desprovisto de tanta rigidez al impregnarlo de principios y valores recurriendo a principios iusnaturalistas para conectar nuevamente la moral con el Derecho; en ese sentido expresa Messner (1967:481):

Ningún juez debería olvidar que la justicia cobra realidad en gran medida mediante la aplicación de principios que dejan un amplio margen para las consideraciones de los hechos del caso concreto (...) y esto, en parte, en forma de un margen que se concede al arbitrio en la aplicación de los principios del derecho de equidad, que es un legado del tiempo en que existía el Derecho natural.



En relación con el activismo judicial, se considera que el Derecho constitucional debe estar constantemente sometido a su reinterpretación, pues en el caso de Guatemala la realidad social que inspiró al poder constituyente, no es la misma que en 1986 año en que entró en vigencia el texto fundamental, así que, en palabras de Sagües (1998:102) **ese legislador originario histórico, carece de derecho a imponer a la actual sociedad su visión y su entendimiento de la Constitución.** En ese caso, según el autor argentino, los tribunales tienen la facultad y el deber de desarrollar y evolucionar el texto supremo en función de los requerimientos sociales presentes como la globalización y el avance de las telecomunicaciones y redes sociales, es decir, situaciones no ideadas por el legislador originario. Néstor Sagües (1998:102) define el activismo judicial así:

Es la doctrina que le confiere a la judicatura un protagonismo decisivo en los cambios sociales **y en la incorporación de nuevos de nuevos derechos constitucionales a los ya existentes**, partiendo del supuesto que el Poder Judicial está generalmente más potenciado que los otros poderes del Estado para la empresa de plasmar en normas y conductas los actuales valores de la sociedad. (La negrilla no aparece en el texto original).

El activismo judicial es visto con desconfianza por los juristas conservadores pues este se caracteriza por ejercer control de los actos del poder político, menor apego al rigor del principio de legalidad y favorecimiento a la interpretación abierta de y desde la Constitución, con los límites que conlleva, para ello los operadores de justicia deben garantizar la tutela judicial efectiva, argumentando su postura, teorías e interpretaciones con base en el principio *pro homine*.

En contraste, la realidad de Guatemala dista mucho de la estadounidense, país en que nació esta teoría derivado de su sistema difuso de control constitucional y su confianza hacia los jueces, pues si bien, en los últimos años ha habido un desarrollo dogmático y una notable labor del tribunal constitucional, también es cierto que existe un sector tradicional que ve con recelo este activismo de los jueces constitucionales e invocan la súper supremacía de la ley como fuente de Derecho amparándose en los artículos 2, 3 y 10 de la Ley del Organismo Judicial, limitando a los operadores de justicia en su

interpretación judicial a tal punto que posterior a resolver la falta, ambigüedad o insuficiencia de la ley podrán ponerlo de conocimiento Suprema de Justicia para que ejercite su iniciativa de ley.



Sumariamente, a través del activismo judicial, los operadores de justicia crean derecho y lo hacen por medio de sus motivaciones y argumentaciones basadas en la preservación de la supremacía constitucional, en la interpretación abierta o extensiva que debe hacerse del texto fundamental que, vía los artículos 44, 46 y 149 incorpora progresivamente un catálogo de nuevos derechos humanos conforme al bloque de constitucionalidad, en concordancia también con el artículo 29 literal c) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que estatuye en cuanto a las normas de interpretación que ninguna disposición dicha Convención puede ser interpretada en el sentido de: “Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de Gobierno”.

En Guatemala, debido al sistema de control de constitucionalidad establecido, cuando se hace referencia a jueces constitucionales, de conformidad con el artículo 114 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se hace referencia a los magistrados de la Corte de Constitucionalidad y también a los magistrados y jueces de la jurisdicción ordinaria que con métodos basados en la doctrina neoconstitucionalista hacen una interpretación expansiva o abierta del texto constitucional con el objeto de ampliar los derechos humanos inherentes a las personas, limitar el ejercicio del poder y provocar cambios en la política.

En conclusión, los jueces constitucionales crean Derecho en caso de lagunas o contradicciones normativas que descubren de la observancia de las normas creadas por el legislativo, de esa forma se ven obligados a crear normas generales que un caso constituyen un precedente y si se origina jurisprudencia uniforme, se está ante una norma general creada de origen jurisprudencial y deviene obligatoria. Verbigracia, en el caso de las inconstitucionalidades de carácter general o abstractas se considera que la Corte de Constitucionalidad sí crea derechos al reconocer como derechos humanos



todos aquellos que no están incluidos en la Constitución pero que son inherentes a la persona humana; atendiendo al bloque constitucionalidad y control de convencionalidad y a la progresividad de los derechos humanos, siendo que estos tienen efectos *erga omnes* obligan también al Estado a su observancia y respeto en vista que la jurisprudencia es obligatoria. Al realizar esta labor de crear derecho se está ante el legislador intersticial que llena esas penumbras del Derecho que el legislador no contempló en la norma, ahora bien, los tribunales de jurisdicción ordinaria crean Derecho inter partes con la emisión de sentencias de casos concretos.

3.5 Perfil de los jueces constitucionales en el siglo XXI

En tiempos en los que la doctrina neoconstitucionalista está en plena consolidación y se han visto fenómenos como la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática en la interpretación constitucional, los jueces y juezas constitucionales tienen un rol muy importante, que deben desempeñar de acuerdo a nuevos requerimientos en su formación personal y profesional. Para ello se debe abordar el tema del perfil del juez constitucional del siglo XXI, de conformidad con la ponencia de Luis Fernando Angulo Jacobo incluida en el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional Tomo II coordinado por Ferrer Mac-Gregor *et al* (2014:994-996):

El perfil se puede definir como el conjunto de rasgos peculiares que caracterizan a alguien o algo, en este sentido, cuando se habla del perfil del juez constitucional se hace referencia al conjunto de rasgos que deben tener aquellos juristas que son los guardianes de la Constitución.

En la conformación del perfil del juzgador se deben tomar en cuenta dos tipos de rasgos. En primer lugar, se encuentran los de carácter subjetivo que atienden al juez como persona, y que son necesarios para desempeñar adecuadamente el cargo, vinculados con su vocación, aptitud, valores y visión; por otro lado se encuentran aquellos de carácter objetivo, relacionados con los conocimientos y experiencia con que deben contar los juzgadores para dictar sus sentencias.



La nueva realidad jurídica y social plantea no solo el estudio de la labor de jueces constitucionales sino que requiere de jueces con alto nivel de independencia, imparcialidad, capacitación permanente, decoro, honestidad, prudencia, compromiso institucional y ser garante de derechos humanos y de la supremacía constitucional. El texto fundamental constituye la fuente principal del Derecho y es vinculante, y para preservar su eficacia requiere de jueces probos que la mantengan vigente y actualizada. Como se ha escrito, interesa sobremanera la persona del juez, ¿quién es? ¿Qué formación académica y principios tiene?, pues sus preconcepciones acerca de la vida, del Derecho e ideología política influyen en su forma de resolver los casos que son sometidos a su conocimiento, en ese orden de ideas el autor Malem (2003: 165) indica:

Al respecto de los jueces y magistrados, advertir algunos aspectos de sus vidas privadas adquiere un valor especial en la medida en que tales funcionarios deben aplicar el Derecho de una forma independiente e imparcial y hay que asegurar que sus acciones institucionales no se vean torcidas por aspectos idiosincráticos o por sus relaciones personales o sociales.

Bien lo descrito, se afirma que no puede existir un Estado constitucional de derecho sin jueces y juezas independientes e imparciales que garanticen la supremacía de la Constitución y la aplicación de los derechos y libertades fundamentales para las personas; los jueces actuales ya no se limitan a ser boca de la ley, sino que ahora también son el cerebro de la misma y lo hacen a través de la labor de interpretación por ponderación que realizan de la Constitución y del conocimiento y aplicación de la normativa internacional en materia de derechos humanos y la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este juez debe tener una cultura jurídica general bastante amplia y conocimiento de la realidad nacional y tecnológica, es decir, que debe tener una formación técnica y jurídica, capacidad de análisis, de argumentación y fundamentación que garanticen una tutela judicial efectiva a las partes, superando el legalismo positivista y comprometiéndose a aplicar justicia consciente del rol tan importante que tiene en la consolidación del sistema de justicia, para ello es necesario también que esté familiarizado con otras ciencias sociales para poder comprender el contexto de los casos que se le presentan.

De conformidad con el Estatuto del juez Iberoamericano¹¹ se establece que:



La evolución de nuestras sociedades ha llevado a un mayor protagonismo del juez, lo cual exige que el Poder Judicial responda a la demanda de apertura y sensibilidad en relación con las necesidades expresadas por diversos sectores y agentes sociales y adapte sus tradicionales métodos de trabajo y actitudes a estas nuevas necesidades. (Tomado de internet el día 28-11-2016 del sitio: http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?folderId=24801&name=DLFE-1011.pdf).

En la importante misión de impartir justicia, el juez debe contar con ciertas garantías que permitan que realice su labor, una de ellas es la independencia judicial que consiste en que el juez al realizar su función debe estar sujeto solamente a la Constitución y a las leyes; retomando el texto de Ferrer Mac-Gregor *et al* (2014:994-996); hay una serie de rasgos subjetivos que debe tener el juez constitucional, aclarando que este término incluye a todos los jueces ordinarios y a los magistrados de la jurisdicción privativa:

- a) Vocación de servicio: la labor de los jueces requiere de vocación y compromiso en la aplicación del Derecho e impartir justicia conforme a la Constitución, debe dedicar tiempo para estudiar cada caso, asimismo, hacer el estudio de la normativa aplicable y jurisprudencia nacional e internacional;
- b) Aptitud psicológica: es de suma importancia que las personas que ejerzan la judicatura se encuentren en estado psicológico óptimo, pues de esa forma pueden emitir juicios objetivos y se excluyen preconcepciones no ajustadas a Derecho.
- c) Ética judicial como un valor, se requiere que el juez dicte resoluciones conforme a la Constitución y las leyes, su actuar debe apegarse a la ética, pues es un actor activo en la construcción del nuevo Estado constitucional de derecho y tiene la responsabilidad de resolver imparcialmente en los casos que conoce. Caso

¹¹ Aprobado en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Islas Canarias, España del 23 al 25 de mayo de 2001.



contrario, no tiene sentido hablar de proporcionalidad, razonabilidad o ponderación de sus decisiones, si faltando a la ética lo hace para argumentar o justificar defendiendo una postura en que vulnera derechos fundamentales como el debido proceso o el derecho de defensa a las partes, situación en que incurriría en varios delitos.

- d) Los jueces deben realizar su función bajo los principios de independencia, imparcialidad, objetividad, profesionalismo, deben estar conscientes de las repercusiones de sus decisiones en la vida social y ser responsables con firmeza, deben guardar plena observancia de las garantías constitucionales y los límites en el ejercicio de su cargo para desempeñarlo de forma íntegra.

Dentro de los rasgos subjetivos que debe tener el juez constitucional, parafraseando Ferrer Mac-Gregor *et al* (2014:994-996); se pueden mencionar:

- a) Conocimiento constitucional especializado: deben tener sólidos conocimientos de Derecho constitucional sustantivo y adjetivo, derechos humanos, argumentación e interpretación jurídica e interpretación constitucional;
- b) Conocimiento de otras materias: también deben tener conocimientos sobre la materia sobre la cual versa la norma impugnada, por citar un ejemplo: ley General de Hidrocarburos o Ley General de Electricidad, debe tener conocimientos generales sobre las materias que esas leyes regulan;
- c) Conocimiento de Derecho internacional: conocer, interpretar y aplicar la normativa internacional en el marco de derechos humanos, así como los instrumentos para recepción de los mismos en el Derecho interno, tales como bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad;
- d) Ser garantes de los derechos fundamentales, eso significa que deben interpretar la Constitución y realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad, bajo el principio pro persona.
- e) Realizar labor de investigación de Derecho comparado y jurisprudencia nacional e internacional en el sentido que pueden resultar orientadores en sus resoluciones;

- f) Los jueces deben ser buenos administradores también de los recursos humanos y materiales con los que cuenta el órgano jurisdiccional que tienen a su cargo.



El juez constitucional se debe formar día a día, no quedarse estático, pues la sociedad y el Derecho evolucionan y nuevas corrientes doctrinarias como la neoconstitucionalista influyen en la creación e interpretación del Derecho; es decir, que debe cumplir con los rasgos antes enunciados para el buen desempeño de la judicatura pues su formación académica y experiencia incidirán en la debida argumentación jurídica y fáctica al momento de resolver el caso concreto, debiendo hacerlo conforme a equidad, a constitucionalidad, preponderando el principio de la dignidad humana y haciendo el debido juicio de ponderación en casos en que derechos fundamentales estén en colisión para lograr la optimización de dichos valores.

3.6 Límites a la interpretación constitucional

La interpretación específica de la Constitución brinda cierto margen de discrecionalidad a los jueces y juezas constitucionales pues son ellos quienes determinan el significado y alcances de determinada norma, no obstante, no se puede decir que tienen discrecionalidad absoluta, pues es relativa porque las decisiones que tomen estarán sujetas a límites que constituyen la validez o del contenido y alcance de la norma y los límites de corrección que, por muy graves que sean las dificultades para determinar el significado y alcance de las disposiciones constitucionales, en esa labor judicial no debe existir absoluta libertad, aunque debido a las mutaciones constitucionales que se van originando se puede elegir la interpretación más progresista o evolutiva que responda a las necesidades para optimizar los derechos fundamentales conforme a la realidad social e institucional del Estado.

En atención a lo expuesto anteriormente, se puede indicar que los operadores de justicia deben tener prudencia cuando interpretan la Constitución, determinando sus propios límites y considerando las consecuencias jurídicas, sociales y políticas de sus decisiones, para ello deben realizar una labor de argumentación para justificar de forma

firme sus decisiones y que estas sean coherentes en pro de la protección de los derechos fundamentales y no resoluciones arbitrarias que pueden contradecir el sentido original que el legislador originario quiso darle a la norma; en ese sentido Rudzinsky afirma que



Cuando una Constitución señala el proceso especial a través del cual es posible su reforma, está excluyendo la posibilidad que se genere un Derecho constitucional consuetudinario mediante la jurisprudencia constitucional, así como la modificación de la Constitución mediante sentencias particulares o una interpretación del Tribunal Constitucional. (Tomado de internet el 25-11/2015 de: www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/rudzinsky.pdf).

Consecuentemente, esto no puede ocurrir en Guatemala, pues si bien la Corte de Constitucionalidad crea doctrina legal o jurisprudencia, y ha realizado de conformidad con la realidad un apartamiento de su tradicional criterio o las llamadas mutaciones constitucionales, siendo que la Constitución guatemalteca es un texto escrito y rígido no podría darse una situación como la antes indicada, caso contrario, los jueces estarían invadiendo el ámbito de competencia del legislador constituyente o del derivado.

La Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha acogido la doctrina neoconstitucionalista, aunque se puede decir que su proceso evolutivo ha sido lento, sobre todo en cuanto a enfoque de perspectiva de género; pero da muestras de una cultura jurídica amplia y principalmente porque aplica el juicio de ponderación y sus principios de proporcionalidad y razonabilidad en sus últimas sentencias. Dentro de ese contexto la Constitución se configura como la norma de normas que contiene principios y valores o derechos fundamentales; y en su labor interpretativa se excluyen los llamados casos fáciles y es necesario centrarse en los casos difíciles, en los que debe autoimponerse límites a la racionalidad y exigen una debida ponderación, se puede decir que en ese caso, se está ante cierta discrecionalidad del juez constitucional y en ese momento su postura ideológica puede influir en sus decisiones, como bien dice Bernal (2003:27) puede cargar su argumentación: “in dubio pro legislatore” o “in dubio



pro libertate”. Para el extinto autor colombiano si el juez quiere dar precedencia al principio democrático se inclinará por el primero, en cambio, si es un juez liberal se orientará por el *in dubio pro libertate*, declarando desproporcionadas aquellas medidas que no consigan realizar los derechos fundamentales y que atenten contra la libertad e igualdad jurídicas.

Siguiendo a Bernal (2003:28) también se puede dar el caso en que el operador de justicia constitucional pueda combinar ambas cargas argumentativas, así puede aplicar *in dubio pro legislatore* para los casos en que normas ordinarias afectan derechos fundamentales, “casos fáciles” y solo requiere por parte del juez una interpretación cognitiva para resolver el caso sometido a su conocimiento; pero, puede reservarse la carga argumentativa *in dubio pro libertate* cuando los derechos fundamentales estén afectados intensamente; es decir, en los “casos difíciles” en los cuales el juez hasta crea derecho en ausencia de una norma jurídica que contemple solución al caso concreto y lo hace a través de su labor interpretativa y argumentativa que crea precedente, se colige que este caso es posible cuando la Constitución brinda esas posibilidades debido a su apertura y atendiendo a que los derechos fundamentales son la base del constitucionalismo contemporáneo.

El Tribunal Constitucional guatemalteco adopta las dos cargas argumentativas, pero ha sido receptivo a las nuevas corrientes del Derecho, como el neoconstitucionalismo, sobre todo en la interpretación del texto supremo, pues de conformidad con el artículo 2 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, las disposiciones de esa ley deben interpretarse en forma extensiva, a manera de procurar la adecuada protección a los derechos humanos y el funcionamiento eficaz de las garantías y defensas del orden constitucional.

Debe recordarse el carácter suprallegal de la Constitución en relación con las normas ordinarias, asimismo, que en esta predominan los principios y valores haciendo compleja la labor de interpretación. Conviene citar a Aurora Marín, que realizó un ensayo sobre la

obra "Límites de la interpretación constitucional. De nuevo con los casos de los de Manuel Atienza y en su argumentación manifiesta que:



A la vez, también esta interpretación, auténtica o definitiva está confiada a órganos diferentes a los jurisdiccionales, y estos organismos colegiados, están a su vez conformados por miembros que han sido elegidos por el sistema político. (<http://iurisprudencia-guatemala.blogspot.com/2009/04/los-limites-de-la-interpretacion.html> Recuperado el 26-11-2016).

En pertinencia del párrafo que precede, vale mencionar que en Guatemala, tanto magistrados de Salas de la Corte de Apelaciones, Corte Suprema de Justicia y Corte de Constitucionalidad, son elegidos por el poder político.

Para Atienza (1997:7-8) los límites de la interpretación de la Constitución, pueden ser externos o internos; son externos, cuando el problema a tratar es separar la jurisdicción de la legislación, a esto denomina los límites del activismo judicial y la legitimidad de los tribunales constitucionales; ahora bien, los límites internos se refiere a la capacidad de los tribunales constitucionales de cumplir con dictar resoluciones que tiendan a realizar la justicia a través del Derecho.

Se considera que si bien se cuestiona la forma de elección de los magistrados tanto de justicia ordinaria como privativa en Guatemala, se debe tomar en cuenta que de acuerdo a la Constitución dichos funcionarios en su actuar están sujetos a la misma y deben observar siempre su supremacía, caso contrario pueden ser objeto de responsabilidades penales, civiles y administrativas. En ese orden de ideas, aunque con distintos conceptos, Bernal Pulido y Manuel Atienza concluyen en que en esos límites a la interpretación constitucional y si bien cada caso es distinto, debe buscar soluciones en pro de garantizar los derechos humanos, haciendo una debida argumentación jurídica, recurriendo a criterios razonables y garantizando la tutela judicial efectiva con razonamientos jurídicos, sociales y políticos con una base de doctrina y filosofía basada en el principio *pro homine*, y como dice Atienza se debe optar por el mal menor.

En este imaginario el juez constitucional también debe atender a sus deberes como ciudadano, esto significa que conforme a su ideología y convicciones personales debe contribuir a la sociedad a la que sirve desarrollando los preceptos que el legislador originario o derivado ha establecido, haciendo una correcta interpretación del texto constitucional que incorpora el bloque de constitucionalidad. Para ello debe hacer una debida argumentación y fundamentación jurídica, emitir una resolución justa y formalmente no sustituir al legislador; en todo momento su interpretación del texto supremo debe orientarse a mantener la certeza jurídica y la vigencia del Estado constitucional y democrático de derecho puesto que las normas constitucionales son la base del resto del ordenamiento jurídico. Dentro de este contexto las sentencias emanadas de la jurisdicción constitucional tienen repercusiones en los ámbitos jurídicos, políticos, sociales y económicos, es decir, que son de trascendencia nacional.

Para ilustrar este tema, vale indicar que la interpretación constitucional en Guatemala sí tiene límites legales, aun la hecha por el máximo Tribunal Constitucional, si se extralimita o emite resoluciones que tiendan a restringir derechos fundamentales, obligando al Estado de Guatemala y facultando a las partes para acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y posteriormente el Estado puede ser demandado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En corolario de lo antes escrito se recomienda la lectura de la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad dentro de la Acción de Amparo en única instancia expediente número 872-2000 en fecha 28 de junio de 2001, promovida por Ronald Ernesto Raxcacó Reyes en contra la Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal, la Sala Cuarta de la Corte de Apelaciones y el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala; en dicha sentencia se pueden apreciar en forma sumaria todas las incidencias procesales del amparista condenado a la pena de muerte. Cabe indicar que por este caso el Estado de Guatemala fue condenado según sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos CIDH el 15 de septiembre de 2005 dentro del caso: Raxcacó contra el Estado de Guatemala.





3.7 El constitucionalismo antidemocrático

El tema que se desarrolla deriva de la estrecha relación entre democracia y constitucionalismo y las tensiones que se pueden generar entre ambos, pues tienen una estrecha relación y un carácter indispensable que conlleva a la inviabilidad de implementar un sistema democrático y republicano de Gobierno sin el marco de constitucionalismo que le sirve de base social, política y jurídica para sustentar y proteger los derechos humanos, y la debida organización estatal debiendo fijar límites al ejercicio del poder soberano en una Constitución formal.

Un régimen político democrático debe responder a las formulaciones del Estado liberal de derecho, es decir, que exista división de poderes y un sistema de frenos y contrapesos entre los mismos; así también debe garantizarse el ejercicio de la voluntad popular y el reconocimiento y vigencia de los derechos fundamentales y su protección estatal especialmente de los grupos sociales vulnerables.

En vista que la soberanía radica en el pueblo y este la delega para su ejercicio en ese poder estatal constitucionalmente organizado, se está ante una soberanía indirecta o por representación, dentro de ese contexto se puede decir que la democracia es ejercida por un reducido número de personas a quienes les está encomendado tomar las decisiones estatales con el fin de lograr el bienestar común general. Es así como grupos oligarcas o con determinada ideología política detentan el poder legítimamente y existe peligro que ante la debilidad institucional, esa influencia se expande a todos los organismos del Estado, incluyendo el Judicial.

Camilo Stangherlim Ferraresi, en su ponencia: “Constitucionalismo antidemocrático” ([file:///C:/Users/Usuario/Downloads/913-2533-1-SM%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/913-2533-1-SM%20(4).pdf)), publicada en la Revista Análisis Internacional, indica que desde el momento que ya no se emplea más el Estado para expresar la voluntad del pueblo con el objeto de procurar el bien común, sino que se utiliza para servir a intereses particulares se está en riesgo de caer en Estados totalitarios que se sostienen en normas constitucionales.



Todo lo anterior conlleva a que se deben tomar precauciones para salvaguardar la soberanía y voluntad del pueblo resguardadas legítimamente en una Constitución que garantice esa representatividad y democracia; pues dentro del contexto de ese constitucionalismo antidemocrático, existe peligro que el discurso elocuente de las élites perfectamente podría hacer suyos los postulados del neoconstitucionalismo y si no se fortalece debidamente la institucionalidad, especialmente el Poder Judicial, podrían emitirse resoluciones como las que indican los profesores chilenos Francisco Zúñiga Urbina y Roberto Cárcamo Tapia en su ponencia:

¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales? Un caso de “constitucionalismo abusivo”.

El caso que se analiza tiene relación con lo resuelto por una Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Honduras en la sentencia de fecha 22 de abril de 2015, en la que empleó mecanismos o categorías constitucionales para hacer posibles cambios políticos acorde a la conveniencia de la “democracia militante”, a este fenómeno se le denomina constitucionalismo abusivo y el término fue acuñado por el abogado estadounidense David Landau; la sentencia de inconstitucionalidad fue en contra del artículo 239 de la Constitución hondureña que establece:

El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado de la República. El que quebrantare esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.

Dicho artículo contiene una disposición pétrea, en vista que es el único artículo que no admite reforma por el legislador derivado; no obstante lo anterior, la referida Sala resolvió acogiendo los alegatos de los interponentes por las supuestas violaciones y restricciones a sus derechos fundamentales tales como la libertad de expresión, debido proceso, elegir y ser electo, de igualdad y de participación política entre otros, resolvió declarando inconstitucional el artículo 330 del Código Penal y declarando la

inaplicabilidad de los artículos 42N y 239 constitucionales, sosteniendo su decisión en que “por restringir, disminuir y tergiversar derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos de los que Honduras es parte la norma constitucional es “inconstitucional” indicando que ella misma tiene como función el control directo de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes por ser la intérprete última de la ley suprema hondureña.



En su argumentación el Tribunal Constitucional hondureño hace acopio de una debida argumentación basado en el principio *pro homine* y en la obligatoriedad de observancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y para declaración de inconstitucionalidad de una disposición constitucional indica que la norma debe ser ajustada al momento actual para que responda a las exigencias sociales imperantes. Lo que se demuestra es un constitucionalismo antidemocrático que con sus resoluciones le da la apariencia de legitimidad a actos nulos de pleno derecho pero que han sido emitidos para favorecer a determinadas personas o grupos de presión social.

Como contraposición o balance al desarrollo y tesis sostenida en la presente investigación, se indica que los magistrados constitucionales en la sentencia aludida indican que para resolver el problema que se les planteó deben concebir la Constitución como un todo, en el marco del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, considerando a la persona como el fin supremo del orden jurídico y citando jurisprudencia de la Corte IDH, realizando una confrontación de las normas impugnadas con los tratados internacionales atinentes ratificados por Honduras antes del año 1982 cuando entró en vigencia su actual Constitución; la Sala argumenta al resolver que lo hace en pro de la defensa del orden democrático.

Lo peligroso del razonamiento de la Sala Constitucional de Honduras es que si bien ejerce un marcado activismo judicial, en su fundamentación tergiversa o utiliza a conveniencia para resolver a favor del Presidente Juan Orlando Hernández, los postulados y toda la corriente doctrinaria neoconstitucionalista y del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad para eliminar la prohibición



constitucional de reelección del presidente, pues en su razonamiento no observa el principio de supremacía de su ley suprema y atenta contra el orden constitucional establecido, desplazando los tratados internacionales a los que les confiere supralegalidad sobre la Constitución. Todo ello para justificar la declaración de inconstitucionalidad prácticamente de la Constitución pues el referido artículo es una disposición pétrea; también hubo desplazamiento total por parte de la referida Sala no solo del poder constituyente derivado sino del poder constituyente originario ejercido por el pueblo, como bien dicen los autores Zúñiga y Cárcamo: “En otras palabras, para defender la Constitución, derogó la propia Constitución”.

En la experiencia constitucional guatemalteca la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en varias ocasiones en temas similares, puesto que en Guatemala la Constitución también contiene prohibición expresa de reelección del presidente según los artículos 186 y 187 los que son disposiciones pétreas conforme al artículo 281 constitucional, aunque existió un precedente en la Cuarta Magistratura de la CC cuando se sostuvo un criterio inconstitucional con relación a ese tema, se hace referencia a la sentencia de apelación de amparo de fecha 14 de julio del año 2003 en la que a pesar de la prohibición constitucional contenida en los artículos antes citados, se ordenó la inscripción como candidato a la Presidencia de la República de José Efraín Ríos Montt quien participó en la contienda electoral de ese año quedando en tercer lugar. Afortunadamente, la siguiente magistratura anuló dicho fallo expulsándolo de la jurisprudencia que venía sentando; lo lamentable es que dicha argumentación del tribunal guatemalteco sirvió para que la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua y la Corte Suprema de Honduras (el caso estudiado) eliminaran por diversos mecanismos de sus ordenamientos dicha prohibición y habilitaron la reelección presidencial de Daniel Ortega en Nicaragua y Juan Orlando Hernández en Honduras.

No se debe olvidar que la función de los tribunales constitucionales es defender la Constitución y el orden institucional democrático y republicano establecido. Afortunadamente en Guatemala la sociedad civil se ha empoderado y vigila el actuar de los órganos del Estado, principalmente de los administradores de justicia tanto ordinaria

como privativa constitucional, siendo el caso que la CC ha mostrado un activismo judicial en pro de la garantía de los derechos humanos y ha sido prudente en cuanto a no hacer el bloque de constitucionalidad; se colige entonces que en un eventual escenario como el acontecido en Honduras en 2015, que es muestra de un constitucionalismo antidemocrático y abusivo en vulneración de la soberanía popular, la población guatemalteca podría con base en el artículo 45 de la Constitución resistir pacíficamente o de forma no violenta en pro de la protección y defensa de los derechos y garantías contenidos en la norma fundamental. Este devendría un mecanismo correctivo de la democracia para frenar cualquier actitud tiránica de los gobernantes y también como miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos SIDH se podría acudir al mismo para solicitar la intervención y protección de la Corte IDH.

A manera de conclusión, se indica que si bien el neoconstitucionalismo respalda una interpretación abierta o extensiva del texto constitucional, dentro de ese contexto los jueces constitucionales deben realizar dicha labor intelectual únicamente para garantizar la plena aplicación y el reconocimiento de nuevos derechos humanos y preservar la supremacía constitucional y el equilibrio entre los tres Organismos del Estado, pero es necesario que exista una limitación racional en esa función con la finalidad que los jueces y juezas constitucionales en sus desarrollos jurisprudenciales realicen el control constitucional jurisdiccional, político y social con responsabilidad y atendiendo a las incidencias de sus decisiones. Dentro de ese contexto se cita el artículo 32 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos que establece:

Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

CAPÍTULO IV

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: ANTECEDENTES GENERALES, DEFINICIÓN, DERECHO COMPARADO, LOS DOS SENTIDOS DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD, CONTENIDO DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN GUATEMALA, EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COMO PARÁMETRO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN GUATEMALA Y ANÁLISIS DE SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL RECONOCIMIENTO DE NUEVOS DERECHOS, POSIBILIDADES Y PELIGROS QUE SE CORREN POR IMPLEMENTAR EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD SEGÚN ALGUNOS AUTORES.



4 Bloque de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad está íntimamente ligado al tema de justicia constitucional y a la consolidación del Estado constitucional de derecho, viene a ser el componente adjetivo del neoconstitucionalismo pues representa una doctrina que desarrolla la interpretación constitucional desde y hacia el texto de la Constitución formal, pero que también abarca aspectos muy particulares porque adiciona otras fuentes de Derecho tales como la jurisprudencia, la costumbre, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado y también la jurisprudencia y opiniones consultivas emanadas de la Corte IDH; conformándose así el bloque constitucional guatemalteco. Ello es factible debido a la interpretación finalista que ha realizado la Corte de Constitucionalidad a lo largo de su historia de la cláusula de apertura contenida en los artículos 44 y 46 Constitucionales, que hacen que el texto supremo esté receptivo a todos esos derechos fundamentales de naturaleza inalienable y que atienden a su progresividad contribuyendo a robustecer la Constitución material, haciendo que el texto supremo sea dinámico y vigente a la realidad social contemporánea; siendo la Corte de Constitucionalidad la que debe definir el bloque de constitucionalidad, su contenido y alcances en cada caso concreto en que se pronuncie.

4.1 Antecedentes generales



El antecedente histórico del bloque de constitucionalidad utilizado doctrinariamente se puede encontrar en Francia a principios de los años setenta del siglo pasado, y se desarrolló más en el campo del Derecho administrativo. Consistía en un conjunto de leyes y principios generales del Derecho que, a falta de normativa especializada, se aplicaba supletoriamente de tal forma que se llenaban los vacíos o lagunas en la ley, ello ocasionó el nacimiento del bloque de constitucionalidad; este concepto fue desarrollado por la doctrina producida en cuanto a justicia constitucional por el profesor francés Louis Favoreu (1984:59) quien manifestó:

El Consejo Constitucional se ha declarado competente para censurar leyes contrarias a los derechos y libertades fundamentales. Su primera decisión en ese sentido se produjo el 16 de julio de 1971 cuando, en base a una demanda del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que no reconocía la libertad de asociación. Dos años más tarde, el 27 de diciembre de 1973, de nuevo en base a una petición del presidente del Senado, el Consejo se opuso a una ley que consideró contraria a la Declaración de 1789, en la medida en que esta significaba un atentado a la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la justicia.

De lo anterior, se colige que en la sentencia proferida por el Consejo Constitucional Francés el 16 de julio de 1974 dio un salto cuántico del campo administrativo al campo constitucional, pues se estableció que la Constitución de 1958 vigente en ese país, no era un documento formalmente suficiente para hacer efectivos todos los derechos fundamentales de los ciudadanos pues era un documento limitado porque no hacía referencia expresa a todos esos derechos, en consecuencia, el Consejo declaró la invalidez de una norma ordinaria vigente desde el año 1901 teniendo como base la Constitución y también la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esta última utilizada como parámetro de constitucionalidad de dicha ley, pues si bien, dicha Declaración constituía un documento histórico, la Constitución formalmente hacía referencia a ella en su preámbulo.



El Consejo Constitucional Francés previamente se había pronunciado en ese sentido en su decisión de fecha 19 de junio de 1970 indicando que la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 formaba parte de las normas de valor constitucional. Es significativo que la introducción del bloque de constitucionalidad ha venido acompañado del reconocimiento del valor jurídico del preámbulo de la Constitución de 1958 la que de forma extensiva remite expresamente hacia las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y al preámbulo de la Constitución francesa derogada de 1946, como consecuencia, los derechos humanos individuales y colectivos contenidos en ambos documentos se consideran incorporados y establecidos como principios de valor constitucional siendo parte de la fuerza normativa de la Constitución; dándole vida así al preámbulo de la Constitución francesa: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional tal como fueron definidos en la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946” (Consulta realizada el día 20 de febrero de 2016 http://www.justice.gouv.fr/art_pix/constitution-espagnol_juillet2008.pdf).

Los textos a los que se hace referencia en el párrafo que precede eran normas y principios de rango constitucional que venían a cuestionar la validez de las leyes pues eran considerados como parte del bloque de normas constitucionales y como tales ahora podían ser invocadas para medir la constitucionalidad de cualquier norma infraconstitucional, es decir, que esta doctrina fue utilizada para la interpretación constitucional, ya no solamente basándose en el texto formal, sino en otros elementos ajenos a la Constitución con la finalidad de consolidar derechos fundamentales difusos o indeterminados constitucionalmente.

Esta figura es eminentemente doctrinaria y no jurisprudencial como se podría creer, se considera que es parte adjetiva o procesal de la doctrina neoconstitucionalista, y desde su creación en Francia se ha extendido su implementación a países como Alemania, Austria, Italia y España que acogieron esta figura en el año 1981, y posteriormente en Latinoamérica, países como Argentina lo implementó en el año 1994, Colombia en

1995, República Dominicana en 2003, Ecuador y Bolivia en 2009 y recientemente en Guatemala que lo adoptó el 17 de julio de 2012 cuando la Corte de Constitucionalidad emitió la sentencia dentro del expediente 1822-2011 en la que define el bloque de constitucionalidad, su alcance y contenido; de esa forma se citan algunos países en que los Tribunales Constitucionales adoptaron esta figura doctrinaria y procesal.



El bloque de constitucionalidad constituye una doctrina de gran relevancia pues permite tener una visión global del Derecho al proporcionar racionalidad jurídica a la realidad en una sociedad globalizada en que se debe hacer un reconocimiento de la existencia de normas, valores y principios no contenidos en la Constitución formal, pero que debido a una cláusula de apertura en la misma es posible incluirlos y de esa forma ampliar el catálogo de derechos fundamentales inmanentes a la persona humana y que deben ser considerados como parte de las normas constitucionales pues los derechos que contempla la Constitución son determinados y debido a la progresividad de los mismos y a que el Derecho internacional de derechos humanos es considerado una fuente que nutre al Derecho interno se hace necesario su reconocimiento de forma irreversible y la consiguiente obligación por parte del Estado a su observancia y vigencia.

En conclusión, esta doctrina cuestiona a la tradición jurídica positivista y da relevancia a otras fuentes del Derecho tales como el *Ius Cogens* que incluye las costumbres, las convenciones y tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado y las obligaciones derivadas de ellos, los que tienen preeminencia sobre el Derecho infraconstitucional, pues por su contenido al incorporarse al ordenamiento jurídico previo a la emisión del Decreto de ratificación emitido por el Poder Legislativo, adquieren rango constitucional y sirven como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes. Es decir, que tiene alcance procesal y son un conjunto de principios y valores que se encuentran contenidos en el texto formal de la Constitución por remisión expresa de la misma, los que deben ser estándares que debe observar el legislador ordinario en la creación de leyes y para adecuar el contenido de las mismas a las ya existentes; en ese orden de ideas, se puede afirmar también que el bloque de constitucionalidad está íntimamente ligado al tema de justicia constitucional y expansión de la misma.

4.2 Definición de bloque de constitucionalidad



El bloque de constitucionalidad es la doctrina jurídica de origen francés que en los últimos años ha sido acogida por diversos Estados, su función es la de ampliar el catálogo de derechos fundamentales contenidos fuera del texto formal de la Constitución, especialmente tratados en materia de Derecho internacional de derechos humanos de los que el Estado sea parte; pero que por su naturaleza tienen rango constitucional y son utilizados como parámetro del control de constitucionalidad de las leyes en virtud de la declaratoria de incorporación a la Constitución por mandato expreso de la misma, formando así junto con el texto Supremo un bloque constitucional con preeminencia sobre el Derecho ordinario. En todo caso, dicha incorporación debe ser en armonía con el principio de supremacía constitucional.

De conformidad con el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional Tomo I coordinado por Ferrer Mac-Gregor *et al*, para desarrollar el concepto de bloque de constitucionalidad incluyen dentro del mismo el trabajo de investigación realizado por Pablo Luis Manili (2014:122-124) quien indica que:

Paralelamente al concepto de Constitución, varios países utilizan el de bloque de constitucionalidad, el cual designa y engloba distintas realidades según el país de que se trate. Pero en todos los casos la nota común es que hay normas fuera de la Constitución que comparten con ella el primer escalón en la pirámide jurídica de ese país y que se utilizan en conjunto para evaluar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía.

Se considera que el bloque de constitucionalidad es la doctrina que viene a constituir la parte procesal o adjetiva complementaria a la doctrina del neoconstitucionalismo siendo esta la que forma la parte sustantiva que le sirve de base; así las cosas, el tema que se estudia está estrechamente ligado al tema de justicia constitucional, a su expansión y al desarrollo de la nueva dogmática de interpretación desde y hacia la Constitución.



La importancia de esta doctrina radica en que la Constitución formal no es tan amplia en cuanto al catálogo de derechos fundamentales que reconoce, pero que debido a una cláusula de apertura que algunas normas supremas contienen, es posible incorporar normas que se encuentran fuera del texto fundamental, principalmente tratados y convenciones en materia de Derecho internacional de derechos humanos previa ratificación por parte del Estado, estos por el hecho de desarrollar principios y valores inherentes a la persona, es decir, derechos fundamentales al ser incorporados, adquieren rango constitucional y son parámetro de constitucionalidad del Derecho infraconstitucional. Ello deviene en que la Constitución sea más dinámica y vigente pues ha hecho acopio de los cambios políticos, jurídicos, económicos y sociales del conglomerado social al cual va dirigida.

En concordancia con lo desarrollado, la maestra Karol Sánchez Pérez (2014:68) en su tesis de posgrado define el bloque de constitucionalidad de la siguiente forma:

El bloque de constitucionalidad es aquel conjunto de principios que al momento de resolver controversias, además de la Constitución, aplica otras normas que aunque no figuren implícitamente dentro del texto de la norma suprema, se aplican en ese nivel, ayudando de esa manera a que la Corte de Constitucionalidad, como órgano encargado de ejercer el control constitucional, cumpla con la defensa del orden constitucional.

En Guatemala la Corte de Constitucionalidad ha definido el bloque de constitucionalidad en sentencia de fecha 17 de julio de 2012, proferida dentro del expediente 1822-2011 indicando que:

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal (...).

El bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de la Constitución (arts. 44 y 46), la que configura y perfila su contenido, alcances y eficacia (...) se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el Derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano. (El subrayado es propio).



Dentro de este entramado doctrinario y procesal los jueces y juezas constitucionales tienen un rol preponderante pues al resolver un caso concreto lo deben hacer fundamentando su decisión y haciendo la debida argumentación e interpretación más favorable de las normas atinentes, debiendo aplicar la norma que más optimiza los derechos fundamentales a las personas, por ello se dice que se constituyen en garantes de derechos pues garantizan de igual forma la tutela judicial efectiva de los mismos, siendo posible aplicar normas supranacionales que forman parte del bloque constitucional y que vienen a formar parte intrínseca de la Constitución y debiendo en todo momento ejercer ese control de la constitucionalidad de las leyes a la luz de dicha normativa convencional y en caso que determinada ley sea declarada inconstitucional por contravenir disposiciones constitucionales debe ser expulsada del ordenamiento jurídico. Dentro de este contexto, el Estado tiene la obligación de adaptar y desarrollar su normativa interna conforme a dichos instrumentos internacionales, ello debido a que todo el ordenamiento normativo ordinario debe estar supeditado al bloque de constitucionalidad, situación que potencializa la realización de los derechos humanos pues tiene como base el principio *pro homine* o de la dignidad de la persona humana.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala en la sentencia arriba identificada expresó que el alcance del bloque de constitucionalidad es eminentemente procesal, ello significa que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que lo componen son parámetro para ejercer el control constitucional del Derecho interno.

Debido a que la Constitución Política no es un documento formal y cerrado para poder implementar el bloque de constitucionalidad en Guatemala se deben cumplir con las siguientes condiciones siguientes:



- Que el texto supremo les conceda rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado, tal como lo hace la Constitución guatemalteca en el artículo 46 y la interpretación que del mismo ha realizado la Corte de Constitucionalidad en reiteradas ocasiones y en la que les otorga esa calidad de norma constitucional a los mismos, siendo que desde el cuatro de octubre de 2009 la Corte Constitucional resolvió dentro del expediente 3690-2009 que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, es un instrumento que forma parte del bloque de constitucionalidad. Posteriormente lo hizo en la sentencia de fecha 21 de diciembre de 2009, dentro del expediente 3878-2007 y por último en la sentencia del 17 de julio de 2012 expediente 1822-2011; lo importante de citar estos precedentes es porque la Corte se aparta de su jurisprudencia y le concede a todos los instrumentos que forman parte del bloque de constitucionalidad, además de rango constitucional parámetro de constitucionalidad, y;
- La existencia de la denominada cláusula de derechos innominados o no enumerados según la cual el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales en la Constitución no puede ser interpretado como una negación de aquellos derechos humanos que se generen debido a la progresividad de los mismos. Claro ejemplo de ello es lo preceptuado en el artículo 44 de la Constitución guatemalteca; siendo esta cláusula de apertura un requisito esencial para la implementación del bloque de constitucionalidad y como ejemplo de este tipo de cláusula de derechos innominados se puede citar a nivel latinoamericano, según la abogada Lisbeth Reyes (2013:571-575) a países como Argentina, Bolivia, Venezuela, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Uruguay.



Como consecuencia de lo antes descrito, los operadores de justicia guatemaltecos tienen una herramienta esencial que les brinda mejores argumentos para resolver, pues como corolario del bloque de constitucionalidad también surge la figura del control de convencionalidad que viene a establecer la obligación para todo el aparato estatal, pero especialmente a los jueces de ejercer de oficio el control de convencionalidad realizando el análisis jurídico de la legislación interna conforme a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y la interpretación que de la misma ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ello debido a que Guatemala es parte de la citada Convención y porque ha reconocido la competencia contenciosa del Tribunal Interamericano. Es decir, que en este análisis el juez realiza su labor intelectual con el objeto de verificar si la normativa nacional se encuentra ajustada a lo preceptuado en este último, caso contrario debe resolver la inconstitucionalidad general de la ley o en su caso exhortar al Organismo Legislativo para que ejercicio de su función legislativa adapte la normativa ordinaria a lo preceptuado a la convencionalidad.

Otra definición de bloque de constitucionalidad que es oportuno citar es la otorgada por Waldemar Ardón (2011:10) quien indica que:

El bloque de constitucionalidad es el conjunto de normas, principios y valores fundamentales equiparados y asimilados en la propia Constitución, que los órganos encargados del control constitucional emplean en los juicios valorativos que aplican a casos concretos, siempre y cuando ello sea admisible en la propia Constitución y se haya establecido el procedimiento para integrarlas.

En la construcción de una definición de bloque de constitucionalidad precisa, el jurisconsulto argentino Germán Bidart Campos (1995:264) es muy puntual al indicar que: “Por bloque de constitucionalidad puede entenderse un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental”.

De conformidad con la ponencia del Doctor Manuel Eduardo Góngora Mera, se indica en la obra “Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina” coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Armin Von Bogdancy y Mariela Morales Antoniazzi (2013:145-146) expresa que:



En términos generales, la doctrina del bloque de constitucionalidad permite reconocer jerarquía constitucional a normas que no están incluidas en la Constitución nacional, usualmente con el fin de interpretarlas sistemáticamente con el texto de la Constitución. En América Latina, tales normas han sido usualmente instrumentos del Derecho internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Manuel Eduardo Góngora Mera (2013:145) argumenta que incluir normas de Derecho internacional dentro del bloque de constitucionalidad ocasiona tres efectos jurídicos de gran trascendencia en el ámbito jurídico y político:

- Los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna;
- Los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y
- Derechos internacionalmente protegidos por tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales.

Ahora bien, a nivel latinoamericano, el Tribunal Constitucional de Colombia ha desarrollado ampliamente el concepto de bloque de constitucionalidad a través de la jurisprudencia constitucional que ha generado, permitiendo resolver las controversias ya no solamente basándose en la Constitución sino también en normas y principios que no aparecen formalmente en el texto constitucional, pero que al ser integradas a la misma debido a la inclusión de una cláusula de apertura, pueden ser utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes; para ampliar este tema se cita al autor Fredy Pautt quien con relación al tema atinente indica:

La función esencial es la de valerse como herramienta de recepción internacional, garantizando coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario en el país. (<http://derechopublicomd.blogspot.com/2010/10/el-bloque-de-constitucionalidad.html> Consulta realizada el 21 de noviembre de 2016).



En ese orden de ideas la Corte Constitucional colombiana ha definido el bloque de constitucionalidad como aquel que

Está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. (Consultada el 21 de noviembre de 2016. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm>).

En efecto, el bloque de constitucionalidad cumple una función trascendental dentro del ordenamiento jurídico constitucionalizado, pues permite incorporar al mismo los estándares normativos del Derecho internacional de derechos humanos, obligando a los operadores de justicia a interpretar los alcances de esta nueva doctrina a partir de la Constitución y de los tratados en materia de derechos humanos, de ser así el sistema de justicia deviene garantista y por sus implicaciones políticas y atendiendo a la textura abierta de la Constitución, se estaría consolidando el sistema democrático de Gobierno.

En conclusión, el bloque de constitucionalidad es un instituto jurídico dinamizador de cualquier ordenamiento jurídico, porque adapta el texto constitucional a la realidad social y política actual, haciendo que la Constitución ya no sea solamente un documento formal sino que logra ir más allá de ese texto al desarrollar la Constitución material, es decir, el conjunto de principios y valores inherentes a la persona humana y que no se encuentran restringidos al texto constitucional; ello configura dentro del bloque de



constitucionalidad todas esas disposiciones y fundamentos esenciales de reconocimiento de derechos fundamentales contenidos en los tratados y convenios en materia de Derecho internacional de Derechos Humanos, aunado también por el desarrollo de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la garantía de los derechos humanos basados en el principio de la dignidad humana; todo ello conlleva a que el texto supremo se conserve vigente a través del tiempo dando certeza jurídica a los ciudadanos para que puedan invocar las normas introducidas en el bloque de constitucionalidad como argumentos consistentes para el reconocimiento de nuevos derechos humanos.

4.3 Derecho comparado

El bloque de constitucionalidad ha tenido un considerable desarrollo desde su primer antecedente en el año 1971 en Francia, ello obedece a la expansión del Derecho internacional de los Derechos Humanos; es así como en distintos países esta doctrina es acogida por los tribunales constitucionales, previo existir las condiciones antes citadas consistentes en que a los tratados en materia de derechos humanos se les conceda rango constitucional y la existencia de una cláusula constitucional de derechos innominados, esta última es de influencia del derecho estadounidense. Es así como esta doctrina se adapta a los distintos países, pero con sus respectivas peculiaridades; hablar de Derecho comparado es hacer comparación de instituciones jurídicas similares para atender determinado asunto, puede decirse que es un método o una ciencia pero la finalidad siempre será encontrar aspectos similares para abordar determinada situación, como se estudia a continuación.

Para Manuel Ossorio (2004:299) en su famoso Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales el Derecho comparado es: “Una ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países”.

Ahora bien, en la consulta en el sitio de internet de la Enciclopedia Virtual de la USAC (https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_comparado) el 21 de noviembre de 2014 se encuentra la siguiente definición:



El Derecho comparado suele ser calificado como una disciplina o método de estudio del Derecho que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados (...) El Derecho comparado como método, puede ser aplicado a cualquier área del Derecho, realizando estudios específicos de ciertas instituciones. A este tipo de análisis se le denomina microcomparación. Por su parte, si se estudia las diferentes estructurales entre dos sistemas jurídicos se le denominará análisis comparativo.

Debido a lo extenso que puede ser hacer esta labor, el tema propuesto se abordará analizando únicamente el desarrollo de esta doctrina en Francia, España, Colombia, cuyos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales han tenido mucha influencia en Guatemala, principalmente de la Corte Constitucional de Colombia. Para iniciar se cita al creador de esta doctrina Louis Favoreau (1991:17) quien indica: “La dificultad del Derecho comparado consiste, principalmente, en que las palabras y las expresiones no tienen, forzosamente, el mismo sentido, ni siquiera cuando ha habido una transposición de la misma expresión de un Derecho a otro”.

Dentro del Estado constitucional de derecho, los límites al ejercicio del poder ya no solo están contenidos en la Constitución sino que también en otros instrumentos que tienen rango de ley constitucional, es decir, que se está en un contexto de positivización del Derecho internacional de los derechos fundamentales y su ubicación dentro del ordenamiento interno de cada Estado. Como bien lo dice Favoreau, las palabras y las expresiones no tienen el mismo sentido, ello dependiendo de las características o peculiaridades de cada organización social a la que el Derecho va dirigido.

4.3.1 El bloque de constitucionalidad en Francia



Como quedó anotado en los antecedentes del bloque de constitucionalidad, esta doctrina tiene su origen en Francia y fue creada a principios de los años setenta del siglo pasado por Louis Favoreau, quien analizó la decisión del Consejo Constitucional a través de la cual declaró inconstitucional una ley que limitaba el derecho de asociación. Lo novedoso de la misma fue que el Consejo consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no solo tomando en cuenta la Constitución de Francia de 1958 que alude al preámbulo de la Constitución francesa de 1946 y este simultáneamente remite a los principios fundamentales reconocidos en las leyes francesas, sino que también se debían integrar los 17 artículos de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como parámetro de control de constitucionalidad de la ley cuestionada de inconstitucionalidad, es así como el bloque de constitucionalidad francés se estableció y tiene como característica que es cerrado; consecuentemente, la idea de bloque de constitucionalidad en Francia surgió basado en el concepto de una Constitución material.

El bloque de constitucionalidad francés está conformado por remisión expresa de la Constitución, contiene los siguientes instrumentos:

- Constitución de Francia de 1958,
- Preámbulo de la Constitución francesa de 1946,
- Principios fundamentales reconocidos en las leyes francesas,
- Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En relación con la doctrina del bloque de constitucionalidad Carmen Robles (2008:1) indica que para Favoreau, dicha expresión hace alusión a un conglomerado de normas de referencia que aplica el juez constitucional a un caso concreto, según el tipo de actos a controlar; la autora reafirma lo escrito en el párrafo precedente indicando que la composición en la actualidad de dicho bloque está integrado por los cuatro componentes antes indicados, acotando que la lista está cerrada y no se admite otra cosa.

En cuanto a lo manifestado por la autora precitada, existe divergencia, pues que si bien durante muchos años el bloque de constitucionalidad francés fue centrado en una situación varió en el 28 de febrero de 2005 cuando fue adoptado el quinto elemento del componente del bloque de constitucionalidad francés, se hace alusión a:



- La Carta del Medio Ambiente.

Este instrumento incorpora al bloque constitucional todos los derechos de tercera generación relativos al medio ambiente y a la adopción de medidas para su preservación, prevención del daño ambiental y en su caso la reparación del daño causado o el famoso principio del derecho ambiental: quien contamina paga.

El Consejo Constitucional Francés concibió el bloque de constitucionalidad como un conjunto de principios y valores a los que se les asignaba rango constitucional pues los ubicaba en la misma jerarquía, teniendo carácter preeminente sobre el resto del ordenamiento, de la tradición constitucional francesa se puede decir que debido al restringido contenido del bloque, pero la adecuada interpretación y aplicación del mismo se ha logrado la integración al texto formal de la Constitución de todos aquellos derechos dispersos en otros cuerpos normativos que sirven al Consejo para evaluar la constitucionalidad de las leyes, es decir, que les confieren ese carácter de ser parámetro de control de constitucionalidad.

4.3.2 El bloque de constitucionalidad en España

Es en España en el año 1982 cuando la doctrina del bloque de constitucionalidad adquiere otra modalidad pues el Tribunal Constitucional la utiliza como conjunto de normas que se aplican a determinado caso, pero en otras situaciones lo hace representando un grupo de normas que predominan sobre las demás cuando se trata de determinar o limitar las competencias del Estado con relación a las Comunidades Autónomas que integran España.

Pablo Luis Manili citado por Ferrer Mac-Gregor *et al* (2014:122-124) indica que en España se utiliza dicha doctrina para referirse a normas que están en la Constitución, pero que sirven, al igual que esta, para diseñar el reparto de competencias entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, el autor también afirma que



El bloque español se compone, básicamente, por los estatutos de autonomía sancionados por dichas comunidades, las cuales, de ese modo, participan del dictado de la Constitución nacional, con posterioridad a la sanción de esta. No obstante, la lista de normas que lo integran no está cerrada ni tiene contornos claros, sino que las distintas normas ingresan o salen del bloque según la función que cumplen, pero no por rasgos o cualidades inherentes a la norma.

Es evidente la diferencia entre el bloque de constitucionalidad francés que es cerrado y de carácter referencial, en comparación con el español que es básicamente jurisprudencial pues es el Tribunal Constitucional de dicho país quien establece la interpretación de bloque de constitucionalidad y su contenido y no obstante que la jurisprudencia que emana no ha sido consistente, el bloque de constitucionalidad ha servido para que se supere la idea de Constitución formalista y de esa forma contar con una herramienta que permita ampliar el rango de acción de los tribunales para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes.

La figura del bloque de constitucionalidad ha sido utilizada en la jurisprudencia y doctrina españolas, al igual que lo han hecho en Francia, para identificar dentro de un conglomerado a las normas que son utilizadas como parámetro de constitucionalidad y en la labor intelectual de los jueces constitucionales para verificar que el ordenamiento jurídico ordinario esté ajustado ya no solo conforme al texto constitucional, sino también conforme a los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, de ello dependerá el alcance de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Bajo esta óptica los sujetos que tienen legitimación para promover el control de constitucionalidad van a ir contando con una normativa más extensa para hacer dicha confrontación en medida que se vaya ampliando el bloque de constitucionalidad.



El bloque de constitucionalidad francés se diferencia del español en el sentido que la función del mismo es integrar normas de derechos humanos reconocidos en instrumentos nacionales previos y que no fueron incluidos en la Constitución vigente, en tanto que el segundo tiene como función la distribución de competencias entre el Estado y las autoridades regionales; ambos se refieren a un conjunto de normas nacionales usadas como parámetro en el control de constitucionalidad.

4.3.3 El bloque de constitucionalidad en Colombia

El bloque de constitucionalidad se ha desarrollado ampliamente en Colombia, y ha sido utilizado por los jueces constitucionales para resolver controversias aplicando no solamente los artículos del texto constitucional, sino que también otras disposiciones y principios de valor constitucional no contenidos en la misma; que vienen a ser utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, en virtud que han sido incorporados a la ley suprema por mandato expreso de la misma Constitución.

Afirma Mónica Arango Olaya, que el bloque de constitucionalidad es un término que utiliza la Corte de Constitucional colombiana desde 1995 pero su concepto lo venía aplicando desde años anteriores al utilizar los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo, de esa forma la citada Corte ha moldeado su jurisprudencia con la finalidad de legitimar el valor de normas y principios supranacionales que se encuentran incorporados en la Constitución y que como consecuencia son parámetros del control de constitucionalidad, asimismo señala la autora citada, que los mismos sirven como parámetros vinculantes de interpretación de los derechos y deberes tutelados por la norma suprema. (Consultado en internet el 12-12-2016 del sitio: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>).

Según el artículo nueve de la Constitución colombiana, las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del Derecho internacional



aceptado por dicho país; asimismo el artículo 93 establece los tratados internacionales, ratificados por el Congreso y que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno. Asimismo, se encuentra en el artículo 94 de la citada norma, “la cláusula abierta, es decir, que la enunciación de derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros derechos que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ella; es de esa forma como se configura el bloque de constitucionalidad en Colombia. (<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia%20-%202015.pdf> Recuperado el 12-12-2016).

Es importante hacer constar que el Tribunal Constitucional colombiano interpretó el antes referido artículo 93, como el instrumento para integrar las normas supranacionales en el bloque de constitucionalidad, en el mismo se encuentran los presupuestos para ello: a) que exista el reconocimiento de un derecho humano y b) que se trate de un derecho fundamental cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción¹².

Por consiguiente, la imperatividad de las normas humanitarias y su inclusión en el bloque de constitucionalidad colombiano, obliga a dicho Estado a adaptar las normas infraconstitucionales al contenido de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que ha ratificado, con la finalidad de hacer realizables los valores y principios que contienen; en consecuencia, la función del bloque de constitucionalidad es hacer progresivo el reconocimiento y plena vigencia de los derechos humanos, armonizando el principio de supremacía de la Constitución como norma de normas como lo establece el artículo 4 de la ley suprema colombiana.

El Tribunal Constitucional colombiano haciendo recepción del bloque de constitucionalidad ha emitido resoluciones que han sentado precedentes, tal es el caso

¹² Para ampliar este tema se pueden consultar en internet las sentencias identificadas como: C-295-93 MP: Carlos Gaviria Díaz y Sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, proferidas por la Corte Constitucional de Colombia.



de la sentencia en que ordenó instalar drenajes en los barrios marginales y se desarrolla el principio fundamental que el agua es un derecho humano que debe ser accesible a todos los habitantes; siendo sus sentencias de cumplimiento obligatorio para el Estado por el hecho de ser programáticas y para su ejecución deben incluirse en el presupuesto de la nación. Las sentencias del citado tribunal tienen la influencia de uno de los teóricos más ilustres del neoconstitucionalismo, el iusfilósofo alemán Robert Alexy; verbigracia la sentencia C-022-96 en la que desarrolla ampliamente el principio de igualdad y elabora un test de razonabilidad, indicando que se debe hacer una distinción para solucionar un caso determinado, primero tomando en cuenta la estructura de la norma que establece el derecho a la igualdad contenido en la Constitución y citando a Alexy los magistrados¹⁴ indican que:

En efecto, los conflictos en que entra en juego el derecho a la igualdad muestran que las normas que lo consagran pueden ser tratadas como principios, esto es, son normas cuya aplicación en un caso concreto depende de la ponderación que se haga frente a los principios que con él colisionan. (<http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-022-96.htm> Recuperado 12-12-2016).

En concordancia con lo antes escrito, se puede indicar que a nivel latinoamericano la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional de Colombia en materia de

¹³ Ver sentencia T-740/11 de la Corte de Constitucionalidad de Colombia: “**El agua se considera como un derecho fundamental**” y, se define, de acuerdo con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como “el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico”. El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como estándares internacionales que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-740-11.htm>.

¹⁴ Integrada en esa época por uno de los teóricos del Derecho más sobresalientes de Latinoamérica, el magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

derechos fundamentales ha acogido los postulados neoconstitucionalista como su parte sustantiva y el bloque de constitucionalidad como su parte adjetiva como parámetro de control de constitucionalidad, muestra de ello es la influencia de Robert Alexy en sus sentencias, pues a decir de Alejandro Morales Bustamante (2012:8)



Él fue uno de los primeros en impulsar el pensamiento de que los sistemas jurídicos no están compuestos únicamente por reglas sino también por principios, y que estos son normas que tienden a exigir del poder público que obtengan en el mayor grado posible la satisfacción de un valor. En tal virtud, si bien las reglas que regularmente habitan las leyes ordinarias pueden ser aplicadas mediante el razonamiento subsuntivo, no sucede lo mismo con los principios y derechos fundamentales, que requieren ser operados por medio de un razonamiento ponderativo que defina sus alcances frente a las reglas o entre sí.

En resumen, del estudio del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, se puede afirmar que el mismo ha sido extenso a partir de la sentencia C-225-95, y ha sido congruente en su postura en cuanto a la doctrina del neoconstitucionalismo y del bloque de constitucionalidad, el que es concebido como un instrumento jurídico para el reconocimiento de derechos humanos, fuera del texto constitucional formal, pero que son expresamente reconocidos por la incorporación de los tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Legislativo y que vienen a ampliar el catálogo de derechos humanos reconocidos a los habitantes de dicho Estado los que se mantienen vigentes a través de la debida interpretación ponderativa que ha realizado dicho Tribunal en los últimos años.

Concluyendo de forma general este tema de Derecho comparado, a modo de hacer una síntesis comparativa entre los ordenamientos jurídicos estudiados y la forma en que definen el bloque de constitucionalidad, su contenido y sus alcances, se puede afirmar que difieren en cada Estado, siendo el caso que en países como Francia y España solamente ingresan al bloque de constitucionalidad normas de Derecho interno, es decir, que no se hace ningún tipo de inclusión de normas de Derecho internacional; mientras que en países como Colombia y Guatemala (como se apreciará más adelante en

detalle) ingresan al bloque de constitucionalidad los instrumentos en Derecho internacional de derechos humanos de los que el Estado sea parte siempre que la Constitución haga remisión de los mismos, verbigracia artículo 93 de la Constitución de Colombia y artículos 44, 46 y 149 de la Constitución guatemalteca. Se concluye también que en estos dos últimos países y en Francia el objeto del bloque de constitucionalidad es el de completar el sistema de derechos y se les concede rango constitucional y constituye una herramienta de protección de los derechos humanos al incorporar un extenso catálogo de derechos a la Constitución en vista que esta no los incluía, ello origina otra característica del bloque de constitucionalidad que es la consistente en desarrolladora y complementaria de la ley suprema en consonancia con la justicia internacional, y por último, dicha normativa convencional es parámetro de control constitucional del ordenamiento interno; mientras tanto que en España el bloque de constitucionalidad constituye un sistema de repartición de competencias estatales entre el Estado y las autoridades regionales.



4.3.4 El bloque de constitucionalidad en Guatemala, su adopción y las bases de su desarrollo jurisprudencial posterior

En Guatemala la figura del bloque de constitucionalidad ha tenido un desarrollo tardío, la primera vez en que la Corte de Constitucionalidad hizo referencia al mismo fue el 31 de julio de 1990 dentro del expediente 90-90 en el dictamen solicitado por el Congreso de la República previo a reformar los artículos 221 y 222 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos referente al financiamiento estatal a los partidos políticos, establecer los límites máximos a la propaganda en las campañas político electorales que se transmite a través de los medios de comunicación y que sea el Tribunal Supremo Electoral el ente encargado de atender, regular y supervisar todo lo atinente al tema. La Corte con base en el segundo párrafo del artículo 175 de la Constitución emitió su dictamen el cual tiene la calidad de vinculante porque se trata de introducir reformas a una ley de rango constitucional; en el considerando XIII de dicho dictamen indicó:

Por este motivo, la Corte estima que efectivamente hay concordancia con el bloque de constitucionalidad en cuanto a: a) imponer limitaciones temporales para la realización de la propaganda y actividades político-electorales; y b) contribuir al financiamiento de tal propaganda. (El subrayado no aparece en el texto original).



En el anterior párrafo transcrito del dictamen referido, la Corte de Constitucionalidad cita por primera vez el bloque de constitucionalidad, pero no hace referencia a ninguna norma fuera de la Constitución formal, siendo el único indicio de aplicación de esta doctrina, la referencia al preámbulo de la Constitución que se plasmó en el Considerando antes indicado, el cual se cita a continuación:

Además iría en contra del sistema de valores y principios que la Constitución Política proclama (**Preámbulo** y artículos 1, 2, 3, 4 y 44) en orden a proteger a la persona humana, la cual no puede estar expuesta a atentados a su personalidad, no solo física sino también moral, la que se vería atacada si el Estado mismo contribuyera con los fondos públicos, que son producto del propio pueblo.

Si bien es lamentable que en ese primer intento no fue elaborada una debida argumentación y fundamentación de la decisión esgrimida por el Tribunal Constitucional con base en la doctrina del bloque de constitucionalidad, también es positivo ese primer acercamiento hacia la misma pues poco a poco la Corte fue sentando las bases de su doctrina legal, la que años más tarde desarrollaría adoptando y definiendo el contenido y alcances de la misma.

El segundo referente en la Corte de Constitucionalidad hace alusión al bloque de constitucionalidad, se encuentra en el voto particular en sentido disidente del magistrado Héctor Horacio Zachrisson Descamps, de la sentencia de fecha 19 de octubre de 1990 dictada por la citada Corte dentro del expediente 280-90. Son antecedentes de dicha sentencia los hechos derivados de la denegatoria de inscripción como candidato a la Presidencia de la República del ciudadano José Efraín Ríos Montt, según resolución DGRC-R-002-90 del 22 de agosto de 1990 emitida por la Dirección General del Registro de Ciudadanos del Tribunal Supremo Electoral. Los argumentos para no acceder a la



solicitud planteada por la coalición de partidos políticos que lo postulaba que el ciudadano Ríos Montt asumió y desempeñó la Jefatura de Gobierno del 23 de marzo de 1982 al 8 de agosto de 1983, conducta que a su juicio se encuentra enmarcada dentro de la prohibición contenida en el artículo 186 inciso a) de la Constitución Política de la República; posteriormente el personero de la coalición formada por los partidos políticos que postularon al aspirante a candidato presidencial citado presentó recurso de revisión en contra de la resolución antes indicada y emitiendo el Tribunal Supremo Electoral la resolución 171-90 del 3 de septiembre de 1990 que declaró sin lugar el recurso interpuesto y confirmando la resolución impugnada. Agotada la definitividad acudió en Amparo ante la Corte Suprema de Justicia que resolvió según sentencia de fecha 12 de octubre de 1990 declarar sin lugar la acción constitucional intentada, como consecuencia de ello los postulantes apelaron dicha sentencia de amparo y conociendo de la misma la Corte de Constitucionalidad que resolvió según sentencia de fecha 19 de octubre de 1990 confirmando la sentencia venida en grado. Al respecto el entonces magistrado Zachrisson Descamps, manifestó en su voto razonado disidente que:

Este presupuesto inhabilitante fue establecido por un PODER CONSTITUYENTE. Para el debido examen de ese presupuesto, jurídicamente solo puede acudir a la propia Constitución, a las leyes constitucionales y a las convenciones y tratados ratificados por Guatemala. **En otros términos al llamado bloque constitucional.** (La Convención Americana de Derechos Humanos forma parte del orden constitucional guatemalteco y tiene primacía en el orden jurídico interno de acuerdo con la propia Constitución Política, artículo 46 Constitucional).

Se considera valioso para el desarrollo de la doctrina del bloque de constitucionalidad el aporte que hizo el magistrado Zachrisson, que aunque es un voto razonado y no constituye la opinión de la Corte de Constitucionalidad, en este se reconoce la existencia de un bloque constitucional y hace alusión a la composición de dicho bloque dentro del sistema jurídico guatemalteco; además, resulta importante indicar que en el texto de la referida sentencia la Corte asume su postura ante el conflicto que había presentado la frase “Derecho interno” contenida en el artículo 46 constitucional y refiere que dicha

supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se va dando y se dará en el futuro, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional y nunca con potestad reformadora o derogatoria para garantizar el principio de supremacía constitucional. Entonces, se colige que el ingreso de dichos tratados al Derecho interno se hace a través del artículo 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en integración con el artículo 44 constitucional y la función del artículo 46 en ese caso sería la de jerarquizar tales tratados y convenciones concediéndoles rango constitucional y preeminencia sobre el Derecho interno, de esa forma se fijó una postura en cuanto a este tan cuestionado artículo y se concluyó que el mismo no abre las puertas para que los tratados y convenios internacionales reformen la Constitución formal.

En el devenir histórico de la justicia constitucional guatemalteca, en primer lugar se hizo referencia al bloque de constitucionalidad, posteriormente la Corte empieza a desarrollar dicha doctrina y es en la sentencia de fecha 26 de septiembre de 1990 proferida dentro de los expedientes acumulados 303-90 y 330-90 que al resolver el caso concreto indicó que es potestad del Estado autorizar las cuotas escolares en los establecimientos educativos privados. Asimismo, fue demandada la inconstitucionalidad total del Acuerdo del Ministerio de Educación número 1095 del 21 de septiembre de 1990 que crea una comisión revisora de los libros de texto nacionales y extranjeros, previo a ser editados o en su caso a ser utilizados en el sistema guatemalteco, con el objeto de eliminar la discriminación en contra de la mujer e incluir en los programas educativos estereotipos prejuiciados y sexistas que discriminan; en la referida sentencia la Corte interpretó y argumentó su decisión basándose en la Constitución Política y su preámbulo pero de forma innovadora también invoca normas de Derecho internacional de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; doctrina y jurisprudencia propia y del Tribunal Constitucional de España y de la Corte Constitucional de Italia, configurándose así el contenido del bloque de constitucionalidad y de esa forma hace una debida interpretación del preámbulo y de los derechos individuales y sociales contenidos en la Constitución expresando que:



Todo ese conjunto de valores y principios constituyen un mandato para el legislador, para la administración y para el juzgador, que deben tener en cuenta para desarrollar, interpretar y aplicar correctamente la Constitución. Fundamenta el régimen político, vincula a todos los poderes y proporciona elementos básicos para una adecuada interpretación y aplicación de la Constitución.



Otro precedente en que la Corte Constitucional guatemalteca aplicó el bloque de constitucionalidad se puede encontrar en la opinión consultiva que le realizara el Presidente de la República con relación al “recurso de gracia” y que fue resuelta en fecha 22 de septiembre de 1993 dentro del expediente 323-93, en la que se hizo una interpretación de una ley derogada que contemplaba el recurso de gracia para los condenados a muerte, y para concretar que es pertinente la interposición del recurso por encontrarse vigente. Además, realizó un análisis de Derecho constitucional guatemalteco comparado, analizando lo que para el efecto establecieron en su tiempo de vigencia las Constituciones derogadas de 1945, 1956 y 1965 con la Constitución vigente que data del año 1985.

En dicha opinión consultiva, la Corte argumentó que siendo el caso que las primeras sí contemplaban el recurso de gracia, pero en la ley suprema vigente no lo hace expresamente, pues en el artículo 18 establece: “Serán admisibles todos los recursos legales pertinentes, inclusive el de casación”; se subraya esa parte conducente, pues la Corte al interpretarlo indicó que dentro de “todos” los recursos pertinentes se encuentra el recurso de gracia.

Asimismo, al resolver la Opinión Consultiva solicitada la Corte de Constitucionalidad remite obligatoriamente al artículo 4 numeral 6) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos la que por vía del bloque de constitucionalidad forma parte del Derecho interno y vigente, indicando que:

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que ha sido aprobada y ratificada por Guatemala, es parte del ordenamiento jurídico de la República, por ende, todas las instituciones que contempla. (...) Por consiguiente, no existiendo disposición en contrario en la Constitución de la República, simplemente una omisión en estipular otros recursos en los casos de pena de muerte, por la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esta ha pasado a formar parte del Derecho interno vigente, por lo que su aplicación es inexcusable. En consecuencia, puede afirmarse que de conformidad con la Convención citada toda persona condenada a muerte tiene expedita la vía del RECURSO DE GRACIA para lograr que se conmute la pena capital por la inmediata inferior en la escala de la penalidad.



En ese mismo orden la Corte Constitucional aplicó el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que toda persona condenada a muerte tiene derecho a pedir el indulto o la conmutación de la pena, además expresó que;

Este Pacto, como se dijo anteriormente, es parte del ordenamiento jurídico interno y, por lo mismo, de obligado cumplimiento cada una de sus estipulaciones. (...) Tal como se dijo sobre lo que acerca de esta materia estipula, también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, estas disposiciones del Pacto son perfectamente aplicables en Guatemala, pues en la Constitución lo que existe es una omisión de tales recursos o beneficios, pero no hay disposición expresa que los excluya. Por lo mismo, puede afirmarse que también de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, una persona condenada a muerte tiene el derecho a pedir que se le conmute la pena capital por otra inmediata inferior en la escala de penalidad.

En la opinión consultiva precitada, la Corte de Constitucionalidad apartándose de su doctrina legal, fijó dos parámetros de constitucionalidad novedosos:

a) La costumbre constitucional, al realizar la labor de Derecho comparado de las Constituciones de 1945, 1956 y 1965 precedentes a la actual y

b) Las convenciones y tratados en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala y que forman parte del Derecho interno vigente, esta incluye la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



Cabe mencionar que en este caso tanto la Convención como el Pacto mencionados son utilizados como base de fundamentación y argumentación de su decisión reconociendo derechos en ellos contenidos y que vía del bloque de constitucionalidad son parte del ordenamiento jurídico interno, en este caso, complementan la Constitución formal.

No obstante lo antes indicado, la Corte Constitucional guatemalteca, no reconocía en su jurisprudencia que los tratados en materia de derechos humanos pudieran ser utilizados como parámetro de control de constitucionalidad de una ley infraconstitucional, se afirma lo dicho con lo que resolvió en la sentencia de fecha 12 de marzo de 1997, dictada dentro del expediente 131-95 que resolvió la Inconstitucionalidad Parcial planteada en contra de los artículos 2 incisos 1 y 7 del Decreto 67-94 del Congreso de la República relacionada a la comisión del delito de defraudación tributaria y sus supuestos, ante los argumentos del postulante la Corte estableció

los tratados y convenios internacionales en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos- **no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el Derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad.** (La negrilla es propia).



Posteriormente, en el año 2009 la Corte de Constitucionalidad tuvo que resolver una apelación de sentencia de amparo, relacionada a la consulta a comunidades indígenas del municipio de San Juan Sacatepéquez, departamento de Guatemala, en la sentencia proferida el 21 de diciembre de 2009 dentro del expediente 3878-2007, la citada Corte hizo un extenso análisis de tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que se regula el derecho de consulta de los pueblos indígenas, su derecho a la identidad y no discriminación y el derecho a la propiedad privada, dentro de la normativa convencional citada se encuentra:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes ratificado por Guatemala en 1996,
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ratificada por Guatemala en 1978,
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, ratificada por Guatemala en 1983,
- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas – aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, con el voto favorable de Guatemala, el 13 de septiembre de 2007 y
- Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas –suscrito en México el 31 de marzo de 1995, y elevado a rango de compromiso de Estado por el Congreso de la República mediante la Ley Marco de los Acuerdos de Paz (Decreto 52-2005 de ese Organismo).

Se observa que en esta sentencia la Corte de Constitucionalidad ya desarrolla más abiertamente la doctrina del bloque de constitucionalidad, pero sin entrar a definirla como se ejemplifica en el siguiente párrafo de la sentencia aludida:

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en



varios componentes: (i) **su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna;** (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país.

Es evidente que la Corte de Constitucionalidad ya en anteriores ocasiones se había pronunciado en el sentido que para dar respuesta a un caso concreto otros ordenamientos acuden a la figura del bloque de constitucionalidad, y con cierta prudencia fue utilizando dicha doctrina para referirse a los tratados en materia de derechos humanos como parte del ordenamiento constitucional y de esa forma utilizar dicho argumento para hilvanar la *ratio decidendi* de sus sentencias, pero sin desarrollarla propiamente y sin reconocer que tales instrumentos pueden ser invocados como parámetro de constitucionalidad de las leyes; tal como se puede apreciar en los pronunciamientos expresados en las sentencias de los expedientes números: 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878-2007, auto de 4 de octubre de 2009, expediente 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010.

4.4 Los dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad

Este tema es corolario del desarrollo jurisprudencial y doctrinario colombiano, sintetizando se define el bloque de constitucionalidad como el conjunto de instrumentos jurídicos que no forman parte de la Constitución formal, pero que a través de mecanismos que la misma ley fundamental permite, son incorporados a la misma para desarrollarla y que desde otra perspectiva, también son considerados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes.



Inicialmente esta doctrina utilizaba de forma indistinta dicho término para referirse a todas las normas de rango constitucional, pero con la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional colombiano en la sentencia C-225-95 se fueron distinguiendo dos sentidos de la idea de bloque de constitucionalidad; una en sentido estricto y otra en sentido amplio. A continuación se estudia dicha doctrina en confrontación con la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

4.4.1 Bloque de constitucionalidad en sentido estricto

El Bloque de constitucionalidad en sentido estricto (*stricto sensu*) se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se restringen al texto constitucional y a los tratados y convenciones ratificados por el Estado en materia de derechos humanos, el Tribunal Constitucional colombiano en la sentencia C-578-1995 ha indicado que:

Siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación al Estatuto Superior, esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta.

Alejandro Ramelli, citado por el maestro José Oviedo (2015:32) con relación a los sentidos del bloque de constitucionalidad desarrollados por el Tribunal Constitucional colombiano afirma que:

Dificulta la labor de quien pretende hallar claras líneas jurisprudenciales, entre el bloque de constitucionalidad *lato sensu* y *stricto sensu*. Así pues, el primero está integrado por **disposiciones que tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias, aunque a veces no gocen de rango constitucional**. Su función es la de servir de referente necesario para la creación legal y para el control constitucional y **estaría conformado por el articulado de la**

Constitución (incluido el preámbulo), las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, algunos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que admiten ser limitados bajo estados de excepción, y los instrumentos internacionales sobre límites.



El artículo 93 de la Constitución de Colombia y la interpretación que del mismo ha hecho su Tribunal Constitucional ha originado esta teoría; de la lectura del mismo se puede apreciar que el mismo tiene dos incisos, el primero es el que interesa para efectos de desarrollar este tema. Regula que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

Es así como se va configurando el bloque de constitucionalidad colombiano en sentido estricto; pues en el precepto citado, su Constitución hace alusión a los tratados internacionales de derechos humanos, que tienen preeminencia sobre el Derecho ordinario por su carácter garantista, es decir, ese conjunto de principios y valores de rango constitucional que desarrollan la Constitución formal.

Se considera que Colombia a través de su Tribunal Constitucional ha sentado las bases de esta doctrina en Latinoamérica, pero corresponde a cada Estado que adopte el bloque de constitucionalidad y los postulados de la doctrina neoconstitucionalista desarrollarla a través de aportes doctrinarios y a través de la jurisprudencia que vayan generando sus Cortes o Tribunales constitucionales; en todo caso, la implementación y expansión de esta doctrina deberá atender las circunstancias jurídicas y políticas particulares de cada Estado.

Cuando se hace mención del bloque de constitucionalidad colombiano se puede inferir que se refiere a una expresión que siempre ha aludido a dos ideas totalmente diferentes pero interrelacionadas entre sí y que para ser diferenciadas es necesario denominarlas de forma diferente a como lo ha hecho el citado Tribunal pues ha creado cierta confusión; se considera integrar ese antecedente al desarrollo doctrinario peruano para



llegar a una comprensión más exacta del tema. Conviene indicar que para la autora Paloma Requejo Rodríguez citada por el maestro peruano Edgar Carpio Marcos en su ponencia “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes” se les podría distinguir entre: **“bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad”**; asimismo, la autora indicada desarrolla esta teoría indicando que:

En el caso del bloque constitucional, sostiene, la Constitución actúa como norma de contenido abierto que llama a otras disposiciones a completar lo que ella misma no dice respecto de la estructura del sistema. Desde esa perspectiva, el bloque tendría por función “moldear de modo definitivo el armazón del ordenamiento, identificando cuál es su estructura”, a partir de normas constitucionales incompletas que apelan a los componentes de esta categoría para que, como fragmentos de Constitución articulados formalmente fuera de la misma, definan la estructura del ordenamiento. (Recuperado el 12 de enero de 2017 del sitio de internet: http://works.bepress.com/edgar_carpio_marcos/1/).

Se infiere entonces que el bloque constitucional hace referencia a un concepto meramente sustantivo y el bloque de la constitucionalidad como lo llaman en la doctrina peruana alude a un concepto procesal o adjetivo; entonces dentro del presente apartado es oportuno referirse al bloque de constitucionalidad en sentido estricto de la jurisprudencia colombiana como *“bloque constitucional”* para hacer referencia a todos esos tratados y convenios en materia de Derecho internacional de los Derechos Humanos que a través de la figura del bloque de constitucionalidad se incorporan al ordenamiento jurídico con rango constitucional y vienen a desarrollar y/o complementar la Constitución formal, pudiéndose afirmar que se establecen como parte sustantiva de la misma, es decir, que posteriormente a la ratificación realizada por el Legislativo no necesitan de declaración judicial para hacer efectivos los derechos que incorporan y que el Estado tiene la obligación de velar por su vigencia y observancia irrestricta.

Dicho lo anterior, y en confrontación con el caso colombiano, en Guatemala el bloque constitucional es posible conformarlo debido a la textura abierta de la Constitución, que a través del artículo 44 que constituye una cláusula de apertura de la Constitución formal

y la vía idónea para adoptar doctrinas vanguardistas que permitan la mayor protección de los derechos humanos; en atención a lo preceptuado en el artículo precitado de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en la sentencia de fecha 11 de octubre de 2006 dentro del expediente 1356-2006:



Las doctrinas modernas que preconizan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en este, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es ínsita respecto de la persona humana.

De ese desarrollo jurisprudencial se denota que la Corte de Constitucionalidad siempre ha mantenido su criterio en cuanto a que la Constitución Política es finalista, es decir, que protege el principio de la dignidad humana como su fundamento, en ese caso los derechos fundamentales constituyen principios básicos de orden social que garantizan derechos subjetivos y los derechos que reconoce el texto supremo no son los únicos que se deben tutelar pues el citado artículo en relación con el artículo 46 constitucional son la vía para la incorporación o recepción de tratados internacionales en materia de Derecho internacional de Derechos Humanos, los que debido al desarrollo de la doctrina legal guatemalteca tienen preeminencia sobre el Derecho interno. Es decir, que los jerarquiza dentro del ordenamiento jurídico con rango constitucional, pero nunca son superiores a la Constitución, pues debe preservarse en todo momento el principio de supremacía de la misma y deben interpretarse las disposiciones convencionales en armonía con ella; en tal virtud, el poder público está sujeto a la observancia de la ley suprema y de todas las normas que integran ese bloque constitucional.

En atinencia con lo antes escrito, el artículo 46 constitucional viene a hacer realizable la característica de progresividad de los derechos humanos, a través del desarrollo que se hace de la Constitución formal, sin que ello implique una reforma virtual a la misma han permitido el reconocimiento de nuevos derechos humanos a los guatemaltecos a través de la incorporación con rango constitucional de los tratados y convenciones en materia



de derechos humanos ratificados por el Estado en cuanto a que su aplicación en muchos casos resulta ser más garantista que las normas de Derecho interno. La Corte en sentencia 280-90 indicó que Guatemala reconoce la validez del Derecho internacional sustentado en el *ius Cogens* que constituyen reglas de imperativo cumplimiento, no pudiendo invocarse para su incumplimiento el Derecho interno pues son normas que el Estado debe cumplir de buena fe conforme al artículo 149 constitucional y a lo preceptuado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena Sobre Derecho de Tratados.

Se deduce que los artículos 44 y 46 constitucionales posibilitan en Guatemala la inclusión de nuevos derechos fundamentales contenidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos, los que vienen a desarrollar o a complementar la Constitución formal, nunca con potestad reformadora y que ingresan al ordenamiento jurídico con rango constitucional, tienen preeminencia sobre la normativa interna u ordinaria; es decir, que quedan contenidos dentro del denominado *bloque constitucional*, lo que permite afinar que la Corte de Constitucionalidad está aplicando de forma estricta o restringida el bloque de constitucionalidad en atinencia con la doctrina colombiana.

En conclusión y en lo sucesivo de la presente investigación, tomando elementos del desarrollo jurisprudencial colombiano y peruano, se utilizará el término *bloque constitucional* para referirse a ese conjunto de normas y principios de rango constitucional, pero que son eminentemente sustantivas; dentro del contexto guatemalteco es necesario indicar que se debe distinguir ciertas características del bloque constitucional para su mejor comprensión; se puede afirmar que está perfilado por la Constitución como norma suprema, leyes constitucionales e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por el Estado los que han venido a desarrollar y ampliar el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Ello ha venido a contribuir significativamente en la consolidación del Estado constitucional de derecho garante de los derechos fundamentales, un Estado en el que el principio *pro homine* o de la dignidad humana se convierta en el eje sobre el cual giren todas las políticas públicas de desarrollo humano y obliguen a todos el

aparato estatal a su observancia obligatoria; se puede afirmar que la incorporación de la convencionalidad internacional al Derecho constitucional guatemalteco es meramente sustantiva, es decir, que no necesitan de ninguna declaración judicial para hacerlos valer pues son de observancia general.



4.4.2 Bloque de constitucionalidad en sentido amplio

Siguiendo el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional colombiano es procedente citar las sentencias que profirió dentro de los expedientes: T-409-1992 y C-574-92 en las que desarrolla la idea de bloque de constitucionalidad en sentido amplio (lato sensu); siendo este el que se utiliza como parámetro de constitucionalidad de las normas contenidas en las leyes ordinarias, es decir, que tiene carácter procesal. En ese sentido, dicho Tribunal ha indicado que los convenios sobre Derecho internacional Humanitario prevalecen sobre la legislación nacional, siempre que dichas normas hayan sido integradas al ordenamiento jurídico a través de los mecanismos de ratificación correspondiente, en ese caso, se está ante una norma de carácter supranacional lo que conlleva la preeminencia o superioridad de dichos tratados y convenios internacionales.

En ese contexto, Alejandro Ramelli, citado por el maestro José Oviedo (2015:32) con relación a los sentidos del bloque de constitucionalidad indica que son integrados a la Constitución por diversas vías, pero existe un mandato expreso en la Constitución; en Colombia ese mandato está regulado en el artículo 93 del texto constitucional que solamente fija dos condiciones para la integración de dichas normas al bloque, una es que exista reconocimiento de derechos humanos y la otra es que se trate de un derecho cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción; definiendo el tema Ramelli afirma que:

Comprende aquellos **principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la carta, como es el caso de los tratados internacionales de DH (...) y aquellos sobre derechos humanos que no admiten suspensión durante situaciones de anormalidad.**



Siguiendo con el análisis de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución de Colombia; en el segundo presupuesto establece que: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. La interpretación que ha realizado la Corte Constitucional de este precepto es que este grupo de tratados sirven de parámetro para interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución, es decir, forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio y tienen la característica de ser parámetro de control constitucional del Derecho interno.

Este desarrollo jurisprudencial es más reciente y la Corte Constitucional colombiana ha indicado que el bloque de constitucionalidad en sentido amplio se compone de todas aquellas normas de diversa jerarquía que pueden ser utilizadas por los operadores de justicia como parámetro de constitucionalidad de la legislación. Entonces el bloque de constitucionalidad en sentido amplio viene a constituirse en una técnica jurídica que se encuentra en las Constituciones con cláusula abierta de derechos, es decir, que existe libertad para ampliar el contenido material del texto supremo; esta figura en Colombia ha creado cierta confusión entre los operadores de justicia pues existen varias cláusulas de reenvío dentro de su Constitución y no saben taxativamente qué instrumentos forman parte del bloque de constitucionalidad, por ello la Corte Constitucional ha dado respuesta analizando cada caso en concreto y determinando el contenido de aquel.

Para el maestro peruano Edgar Carpio Marcos, nos encontramos ante la figura que denomina bloque de la constitucionalidad la que tiene una función meramente procesal pues los tratados y convenios en materia de derechos humanos son parámetro de constitucionalidad del Derecho interno; para reforzar lo escrito, el autor indica que:

En tanto que, el concepto del “bloque de la constitucionalidad”, (...) se trataría, por el contrario, de normas que tienen una función procesal, consistente en insertarse en el parámetro de control cuando el Tribunal Constitucional juzga la validez de ciertas fuentes primarias que reciben de aquellas sus límites materiales y formales. (Recuperado el 12 de enero de 2017 del sitio de internet: http://works.bepress.com/edgar_carpio_marcos/1/). (El subrayado es propio).



Artemio Daniel Meza Hurtado en su ponencia: “El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú?”; con relación al carácter procesal del bloque de constitucionalidad indicó que “El bloque de constitucionalidad es un concepto que alude a las fuentes formalmente constitucionales que integran el parámetro a utilizar en una acción de inconstitucionalidad”. (Recuperado el 12 de enero de 2017 del sitio de internet: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES>). (El subrayado no aparece en el texto original).

En conclusión y adaptando los aportes jurisprudenciales y doctrinarios colombianos y peruanos sobre el bloque de constitucionalidad en sentido amplio, se puede inferir que en Guatemala el mismo está configurado por normas jurídicas de Derecho nacional y supranacional que sirven como parámetro para realizar el control constitucional de las leyes infraconstitucionales. En esto estriba el carácter eminentemente procesal que le ha asignado la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a esta figura a partir de su desarrollo jurisprudencial iniciado el 17 de julio de 2012 con la sentencia proferida dentro del expediente 1822-2011; y que derivado del amplio contenido del bloque constitucional, la citada Corte como máximo intérprete de la norma suprema, es la competente para definir en cada caso en concreto qué instrumentos se encuentran contenidos en el bloque de constitucionalidad ello atendiendo a su jurisprudencia y a lo regulado en los artículos 44 y 46 constitucionales, perfilando a la Constitución como norma suprema y a los tratados y convenciones atinentes al caso y que son parámetro de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

4.5 Contenido del bloque de constitucionalidad en Guatemala

Como quedó definido en el tema el bloque de constitucionalidad en sentido amplio, este comprende todas aquellas normas de Derecho internacional de Derechos Humanos que han sido incorporadas al bloque constitucional por remisión expresa y directa de los artículos 44 y 46 constitucionales; con la salvedad que en este caso los mismos tienen un carácter eminentemente procesal porque se determina que dichos instrumentos son

parámetro para ejercer control de constitucionalidad del Derecho infraconstitucional, ello ocasiona que la normativa ordinaria debe estar adaptada conforme a la constitucionalidad y a la convencionalidad.



Dentro de las condiciones para la definición y posterior recepción de instrumentos de Derecho internacional en materia de derechos humanos se necesita la existencia de una Constitución formal y de otras normas de rango constitucional no incluidas dentro de dicho texto, pero que también fueron emitidas por el legislador originario. Asimismo, se necesita que el texto supremo contenga la cláusula de apertura que permita incorporar otros cuerpos normativos para configurar la denominada Constitución material; este requisito se encuentra en el artículo 44 constitucional que establece un catálogo de derechos humanos reconocidos por el Estado a los habitantes, pero el mismo al ser abierto no constituye *numerus clausus* pues permite la incorporación de otros derechos fundamentales atendiendo a su progresividad y al carácter finalista de la Constitución, es decir, que el desarrollo integral del ser humano y su dignidad representa la finalidad de ampliar el ordenamiento jurídico para hacer realizable lo indicado.

El artículo 46 constitucional por su parte, regula el principio que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno; si se estudia la interpretación que la Corte ha realizado de este artículo a lo largo de la historia constitucional guatemalteca, se puede deducir que la misma ha sufrido una mutación constitucional en cuanto a la frase “*preeminencia sobre el Derecho interno*”, y actualmente con la interpretación basada en el neoconstitucionalismo se establece que los mismos ingresan al ordenamiento jurídico nacional como parte de la legislación constitucional, pero por el principio de supremacía constitucional nunca deben tenerse como superiores a la misma, de esa suerte, deben concebirse como desarrolladores de la Constitución en cuanto al reconocimiento de nuevos derechos fundamentales contenidos en dichos instrumentos internacionales a los que se les reconoce rango superior a la legislación ordinaria. O dicho en otras palabras, constituyen normas constitucionales que complementan el texto formal constitucional.



Se considera oportuno indicar también que para legitimar el contenido de los tratados de bloque de constitucionalidad en Guatemala se debe atender también a lo establecido en el artículo 149 del texto supremo, pues este estipula lo relativo a las relaciones internacionales del Estado de Guatemala que deberán ser de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir entre otros, al respeto y defensa de los derechos humanos; en tal escenario y atendiendo a que los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena Sobre el Derecho a los Tratados establece que estos pueden ser considerados como principios generales de derecho. En corolario de lo escrito, Guatemala debe cumplir con los compromisos adquiridos en tratados internacionales de los que es parte de buena fe y debe atender a la imperatividad de los mismos, sobre todo en materia de derechos humanos y, por último, se cita el artículo dos de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el que se establece la obligación para los Estados parte de adaptar su legislación con arreglo a sus disposiciones constitucionales, los preceptos de la citada Convención para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados en la misma.

La Corte de Constitucionalidad como máximo intérprete de la Constitución Política de la República debe desarrollar la doctrina legal atinente al bloque de constitucionalidad, ello conlleva que se acepta o incorpora al ordenamiento jurídico nacional legislación supranacional, pero que se le reconoce la misma fuerza vinculante que a la Constitución porque son incorporados a ella por ser tratados en materia de derechos humanos, como ya se indicó, son considerados de rango constitucional; siendo procedente invocarlos para plantear y resolver sobre inconstitucionalidad de las leyes de carácter general o abstracto. En ese caso el postulante debe hacer una debida argumentación y fundamentación apoyada en razonamientos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales para indicarle al Tribunal Constitucional la procedencia de la misma; pero como es sabido no siempre les fue reconocido ese carácter procesal y parámetro de constitucionalidad a los mismos pues el criterio actual ha sido producto de un proceso de desarrollo jurisprudencial que fue mantenido durante muchos años en los que se les negaba a dichos instrumentos ser utilizados como parámetros de constitucionalidad.



Afortunadamente, dicho criterio fue superado a partir de la sentencia 1822-2011, en la que la Corte definió el bloque de constitucionalidad y se apartó de su jurisprudencia al indicar que todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parámetro de constitucionalidad de las leyes ordinarias, dicho criterio ha sido sostenido en jurisprudencia suficiente, verbigracia las sentencias de los expedientes 2151-2011, 143-2013, 1094-2013, 1552-2013, 2295-2013, 3340-2013 y 1006-2014 por citar algunas.

En la sentencia 1822-2011 y la posterior doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad se ha sostenido el criterio que el bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal y que el contenido del mismo está perfilado por la Constitución Política en resguardo del principio de supremacía constitucional y que será la citada Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes para los poderes públicos, la competente para evaluar y configurar en cada caso en particular que conozca sobre inconstitucionalidades de ley de carácter general o abstracto, afirmando dentro de su *ratio decidendi* qué instrumentos internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido amplio. Se puede establecer que ese sentido restrictivo que aplica la Corte en cuanto a establecer paulatinamente el contenido del bloque de constitucionalidad tiene su asidero en la experiencia del Tribunal Constitucional colombiano en la implementación del bloque de constitucionalidad; al respecto Alejandro Ramelli Arteaga indica que:

En efecto, la hiperinflación normativa que se ha venido presentando con la figura del bloque dificulta, a no dudarlo, la labor del legislador, por cuanto no conoce realmente con claridad cuáles son los límites de sus actuaciones, y por supuesto, de los jueces, quienes carecen de claridad acerca del verdadero y actual contenido material de la Constitución. (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10614 Consultado el 15/12/2016).

El máximo Tribunal Constitucional guatemalteco ejerciendo su función de defensa del orden constitucional y como el máximo intérprete de la ley fundamental ha tenido un actuar prudente en cuando a la implementación paulatina de esta doctrina pero a la vez sólida y garantista de los derechos humanos atendiendo a la finalidad de la Constitución, es por ello que ha indicado que como intérprete último de la misma, le corresponde definir el contenido del bloque de constitucionalidad, ello otorga certeza jurídica y consolida el régimen democrático de Gobierno y la institucionalidad pues va acompañada de procesos transparentes en los que están sujetos todos los organismos del Estado que detentan el poder soberano.



Se considera que se han dado pasos firmes en cuanto a la definición del bloque de constitucionalidad en Guatemala, no obstante la postura restrictiva de la Corte, hay que estar atentos al desarrollo jurisprudencial que irá generando, pues adoptar el bloque de constitucionalidad es obligarse también a la observancia general del control de convencionalidad, concepto emanado de la jurisprudencia de la Corte IDH y que Guatemala reconoció estar sometida a la jurisdicción del Tribunal Interamericano verbigracia sentencia 3340-2013; así las cosas; el control de convencionalidad obliga a todos los jueces tanto constitucionales como ordinarios a realizar dicho control *ex officio*, en tal caso, atendiendo a que los derechos fundamentales contenidos en tratados y convenios internacionales de derechos humanos y que son ratificados por Guatemala, se consideran parte de la Constitución material.

En concordancia con lo antes indicado, conviene citar al autor Fernando Lasalle, quien escribió en el año 1872 su obra: *¿Qué es la Constitución?*, en la misma defendía la idea que con el transcurso del tiempo ya no existe sincronidad de la Constitución formal con las ideologías que la inspiraron y la realidad social y económica imperante, afirmó que:

Una Constitución que no se ajuste a la realidad social del momento y a los poderes fácticos y sociales que operen en esa sociedad y que no atienda al inmediato pasado del Estado, no puede ser una Constitución porque pierde su utilidad (<https://jorgemachicado.blogspot.com/2010/07/cpe-fm.html>).



Lasalle, estableció en el año 1872 lo que hoy se denomina Constitución material, es decir, ese conjunto de disposiciones que determinan un régimen jurídico, pero que sus disposiciones esenciales no se encuentran dentro de un texto escrito o formal, también es aquella que refleja la realidad y que evoluciona conforme a los eventos sociales los que deben reflejarse en el texto formal para mantenerlo vigente. En este aspecto el desarrollo de la doctrina legal generado por la Corte de Constitucionalidad y la observancia e interpretación normativa atendiendo el principio de la dignidad de la persona ha hecho que, en palabras de Lasalle, la Constitución sea un documento útil, atendiendo a lo antes indicado, podría llegar el momento en que será innecesario que la Corte se pronuncie en cada caso particular sobre qué tratados y convenciones en materia de derechos humanos forman bloque de constitucionalidad por su carácter eminentemente procesal.

Dentro de la labor pendiente de desarrollar por parte del Tribunal Constitucional guatemalteco está pronunciarse sobre ciertos tratados internacionales principalmente de “Libre Comercio”, estos al ser ratificados por el Estado forman parte de las leyes ordinarias; pero, se da el caso que la mayoría de estos acuerdos comerciales incorporan cláusulas de derechos humanos que originan una obligación por parte del Estado de respeto, observancia y cumplimiento de los mismos. En el caso de los Acuerdos Comerciales que se celebren con la Unión Europea por lo general en el artículo 1 de los mismos contiene una cláusula preferente de derechos humanos que obliga a las partes a su cumplimiento; ahora bien, en el Tratado de Libre Comercio entre los países de Centro América, República Dominicana y Estados Unidos denominado: DR-CAFTA contiene dos capítulos que contienen derechos humanos, principalmente los estándares de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y lo concerniente a la protección ambiental debiendo adaptar su legislación y políticas:

- Capítulo 16 Laboral y
- Capítulo 17 Ambiental



Se considera que en un futuro y avalada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana la Corte de Constitucionalidad se pronunciará al respecto. La problemática detectada es la que si bien las normas constitucionales (incluidos los tratados en materia de derechos humanos) incluyen y desarrollan derechos fundamentales, dentro de la doctrina jurídica se ha indicado que el Derecho ordinario son las normas que desarrollan los preceptos constitucionales, pero que sucede cuando en una norma ordinaria existe una declaración y reconocimiento tácito de un derecho fundamental; cuál será el pronunciamiento de la Corte ante una actual inconstitucionalidad. Se estima que en ese caso la interpretación que debe hacerse es idéntica a la realizada en el expediente 1246-96 cuando estaban en colisión una norma de Derecho ordinario (Código de Trabajo) y lo dispuesto por el artículo 102 literal s) de la Constitución; el caso en concreto al que se hace relación es a la Ley del Organismo Ejecutivo que en el artículo 29 Bis contempla el reconocimiento de un derecho fundamental como se cita a continuación:

Al Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales le corresponde formular y ejecutar las políticas relativas a su ramo: cumplir y hacer que se cumpla (...) **y el derecho humano a un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado, debiendo prevenir la contaminación del ambiente, disminuir el deterioro ambiental y la pérdida del patrimonio natural.** (La negrilla es propia).

En el caso antes citado, una norma ordinaria contiene el reconocimiento de un derecho humano colectivo, el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, es decir, que esta norma puede formar parte del bloque de constitucionalidad aun siendo de rango ordinario, pues viene a desarrollar los preceptos contenidos en los artículos 64 y 97 constitucionales; por lo que se concuerda totalmente con lo que Lasalle manifestó en su tiempo, pues la Constitución formal debe estar abierta a la incorporación de nuevos derechos para adaptarla a la realidad social, económica, política y jurídica, de esa forma se puede mantener vigente y es a través del bloque de constitucionalidad y el estudio de las instituciones jurídicas y la debida interpretación de las mismas, siempre que atiendan el carácter finalista de la Constitución Política de la República.



Ahora bien, los criterios sustentados por la Corte de Constitucionalidad respecto al contenido y alcance del bloque de constitucionalidad a los que se ha hecho referencia en este apartado han generado jurisprudencia al emitirse tres fallos contestes en el sentido de reconocer el bloque de constitucionalidad y en consecuencia aceptando que los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos son parámetro de control de constitucionalidad del Derecho interno, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, dicha jurisprudencia se establece con la emisión de las sentencias proferidas dentro de los expedientes 1822-2011, 143-2013, 1094-2013 y se ha ido fortaleciendo con la emisión de fallos que sustentan ese criterio.

A continuación y en congruencia con el desarrollo de este tema, se cita la parte conducente de la sentencia 1822-2011 de fecha 17 de julio de 2012 en la que la Corte de Constitucionalidad perfila el contenido del bloque de constitucionalidad para resolver la inconstitucionalidad general por omisión que le fue planteada, otorgándole carácter eminentemente procesal a los tratados que indica en virtud que los utiliza como parámetro de constitucionalidad de una norma interna, en este caso el artículo 201 Bis del Código Penal que tipifica el delito de tortura:

En orden a la materia de estudio, se determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional). Lo que involucra, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de Derechos Humanos, para evidenciar si existe una omisión legislativa parcial en la creación de la figura tipo de “tortura”.

En la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015 dictada dentro del expediente 1006-2014 la Corte indicó que en orden al derecho a la identificación y la identidad de los niños, se determina que, además de las normas constitucionales invocadas, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables como parámetro de constitucionalidad de una disposición ordinaria, es decir, que forman el bloque de constitucionalidad para este caso son los siguientes:



- La Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por el Decreto 27-90 del Congreso de la República),
- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (aprobado por el Decreto 9-92 del Congreso de la República),
- La Convención Americana Sobre Derechos Humanos ya incorporada (según sentencia 3340-2013) y
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobado por el Decreto 49-82 del Congreso de la República).

La anterior inclusión fue realizada por remisión del artículo 46 constitucional y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado conforme al artículo 149 constitucional. Lo que involucra además del control de constitucionalidad, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de Derechos del Niño en este caso particular.

Ahora bien, debido a esa labor intelectual que realiza la Corte al resolver la inconstitucionalidad general parcial y total promovida dentro del expediente 143-2013 en el que dictó la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2013, la Corte indicó que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no forma parte del bloque de constitucionalidad, argumentando que:

Si bien el artículo 75 de la Convención se dispone que: "Esta Convención solo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve"; ello no implica que por tal razón, la convención citada se convierta en un Instrumento Internacional de Derechos Humanos y por ende le amerite ser parte del bloque de constitucionalidad antes aludido y que pueda ser parámetro de constitucionalidad del marco jurídico nacional.



En el caso precedente, la Corte sigue configurando el contenido y alcance procesal del bloque de constitucionalidad, indicó que si bien Guatemala es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; no puede acoger los argumentos de los postulantes al indicar que como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos forma parte del bloque de constitucionalidad y que es parámetro de constitucionalidad del Derecho interno y que por el simple hecho que la misma en el artículo 75 haga una remisión tácita a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, no implica que esta segunda contenga normas de derechos humanos que ameriten ser ingresada al bloque de constitucionalidad y menos aún que pueda ser invocada como parámetro de control constitucional del Derecho interno. Todo ello en armonía con que la intención del legislador originario plasmada en los artículos 44 y 46 constitucionales fue respecto de los tratados cuyo contenido sea precisamente en materia de Derechos Humanos, lo que no concurre con la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados que el accionante trata de utilizar como marco de referencia o parámetro de constitucionalidad.

Bien lo descrito anteriormente, partir de la sentencia 1822-2011 el máximo Tribunal Constitucional guatemalteco ha mantenido su criterio jurisprudencial con relación al contenido del bloque de constitucionalidad que está perfilado por la Constitución, y que le corresponde como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, ser la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquel.



En un intento por sistematizar el contenido del bloque de constitucionalidad se hace un listado aproximado del marco normativo que lo conforma, teniendo como punto de partida la doctrina legal que ha sido analizada en esta investigación y que ha sido emanada de la Corte, órgano que hace dicha labor de incorporación al mismo de forma restrictiva pues determina en cada caso, qué instrumentos contiene el bloque de constitucionalidad y que les asigna ese carácter eminentemente procesal para ser parámetro de constitucionalidad del Derecho infraconstitucional; se pueden citar:

A Derecho interno

- La Constitución Política de la República de Guatemala, como texto formal y su preámbulo como parámetro de carácter interpretativo, vigente desde 1986;
- Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Ley Electoral y de Partidos Políticos, Ley de Emisión del Pensamiento y Ley de Orden Público¹⁵; en relación con estas leyes de rango constitucional es procedente citar al ex magistrado constitucional, Jorge Arturo Sierra González (2000:88) quien indica que en Guatemala, debe contemplarse la existencia de algunas leyes, que sin formar parte del texto constitucional, si fueron emitidas por la Asamblea Nacional Constituyente y la propia Constitución les otorga rango constitucional.

B Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos

- Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945;
- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948;
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966;
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966;
- Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965;
- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979;

¹⁵ Ver artículos 35, 139, 223 y 276 integrando su análisis con el artículo 173, todos de la Constitución Política de la República de Guatemala.



- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948;
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969;
- Jurisprudencia y opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sentencia de fecha 3 de abril 2014, Expediente 2295-2013;
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos indígenas y Tribales y distintos Convenios que reconocen derechos laborales de 1989;
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1975;
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1987;
- Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994;
- Convención para Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948;
- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) de 1979;
- Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención Belém Do Pará) de 1996;
- Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989.

Además, se incluyen también dentro del bloque de constitucionalidad, los estándares internacionales derivados de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de los que Guatemala es parte; en este aspecto el desarrollo del bloque de constitucionalidad en materia de derechos sociales, específicamente derechos laborales, el artículo 106 constitucional establece la irrenunciabilidad de tales derechos los que son susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva, siendo nulas de pleno derecho todas las disposiciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la Constitución, en la ley, entiéndase Código de Trabajo, en los tratados internacionales en este caso especial los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificados por Guatemala, en los reglamentos.

En caso de duda sobre la interpretación y alcance de dichas disposiciones legales en materia laboral, se deberán interpretar en el sentido más favorable para los trabajadores.



En el mismo orden de ideas desarrollado en el párrafo precedente, se aclara que existe la excepcionalidad de la regla constitucional, al atender casos concretos en los que exista colisión de normas del bloque de constitucionalidad con el Derecho ordinario debiendo realizar el juez o jueza constitucional la interpretación más garantista de los derechos del trabajador. En aras de ampliar este contenido se indica que la Corte de Constitucionalidad aplicó esta doctrina para superar el contenido del artículo 102 literal s) constitucional confrontado con una norma ordinaria, es decir, el artículo 78 del Código de Trabajo, ver expediente 1246-96, en este caso en concreto se conoció sobre lo relativo al pago de daños y perjuicios como un derecho social mínimo a un trabajador que fue despedido injustificadamente, sin que el patrono haya probado la causa justa del despido, siendo el caso que de conformidad con el primer párrafo del artículo 106 constitucional, establece que los derechos laborales de los trabajadores son susceptibles de ser mejorados a través de la contratación individual y colectiva. En tal virtud, por superar las disposiciones constitucionales e interpretando correctamente el artículo 36 literal d) del Código de Trabajo se aplicó el artículo 78 del Código de Trabajo; aunque por disposición expresa de la Constitución se aplica la ley más favorable al trabajador, no existiendo ningún tipo de reforma a la Constitución solo superación de los derechos mínimos contenidos en el texto supremo.

Además, la Corte de Constitucionalidad ha aplicado la doctrina del bloque de constitucionalidad de forma novedosa, fijando criterios jurisprudenciales tales como:

- 1) La práctica legislativa, según sentencia proferida dentro del expediente 258-87, haciendo obligatorio dejar constancia en el texto de la ley que una decisión trascendental fue tomada con el voto de la mayoría calificada, es decir, dos terceras partes del total de diputados al Congreso de la República.

- 
- 2) Jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala con el artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Pericial de Constitucionalidad;
 - 3) Disposiciones contenidas en Constituciones anteriores, según estudio de Derecho constitucional comparado guatemalteco, según opinión consultiva resuelta en expediente 323-93.

4.6 El bloque de constitucionalidad como parámetro de control de constitucionalidad

El bloque de constitucionalidad en sentido amplio es aquel compuesto por normas de Derecho internacional en materia de derechos humanos que han sido ratificadas por el Estado y que ingresan al ordenamiento con rango constitucional; ello habilita realizar la labor de control constitucional ya no solo conforme a la Constitución formal, sino desde esa pluralidad de tratados que la Corte de Constitucionalidad en la implementación de la doctrina del bloque de constitucionalidad se ha referido al alcance de la misma como eminentemente procesal, ello significa que son parámetro de control de constitucionalidad del Derecho interno.

En ese orden de ideas y atendiendo a la doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad, se colige que es factible la formulación del planteamiento de una acción de inconstitucionalidad general o abstracta en que los postulantes indiquen obligadamente a la Corte sus argumentaciones, pudiéndose basar en la jurisprudencia ya sean nacional o interamericana y/o sustentados en desarrollos doctrinarios con la finalidad de señalarle a la Corte que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general está en colisión con lo dispuesto por la normativa constitucional que configura el bloque constitucional y que debe ser examinada para que en caso de encontrarse inconstitucional deje de surtir efectos o en su caso sea adaptada a las disposiciones convencionales a través de los procedimientos parlamentarios correspondientes.



El objetivo del control de constitucionalidad de las leyes es brindar a los gobernados una protección frente al aparato estatal, viene a constituir una garantía procesal constitucional y en Guatemala debido al sistema de control de constitucionalidad adoptado, cuando se instauran acciones de inconstitucionalidad directas o también denominadas de carácter general o abstractas la competencia para conocer y resolver de las mismas le corresponde a la Corte de Constitucionalidad de conformidad con la Constitución y a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; Tribunal que también debe velar en todo caso por la preservación del orden constitucional y como máximo intérprete de la Constitución tiene la función de desarrollarla también a través de la implementación de mecanismos como el bloque de constitucionalidad para incorporar tratados internacionales en materia de derechos humanos por remisión tácita de los artículos 44 y 46 constitucionales los que al formar parte del bloque de constitucionalidad como ya se indicó, son parámetro de constitucionalidad de las leyes.

Dicho lo anterior, desde esa óptica se deduce que el bloque de constitucionalidad reformula la teoría tradicional de las fuentes del Derecho, pues existe normativa internacional incorporada al Derecho constitucional que es parámetro para juzgar la validez y constitucionalidad de toda la normativa jurídica nacional y que en un caso concreto podría ocasionar la declaratoria de inconstitucionalidad de la misma ya sea parcial o total por encontrarse en colisión con una disposición convencional provocando que la misma pierda su vigencia. Conforme a lo establecido en la página 12 de la sentencia 143-2013 la Corte de Constitucionalidad indicó que para que proceda una acción de inconstitucionalidad general que se instaure se deben llenar los siguientes requisitos:

- Que la ley que se impugne total o parcialmente contenga una transgresión a una disposición constitucional o convencional;
- Que la ley o norma se encuentre vigente y que afecte en abstracto a toda la población, para que surta efectos *erga omnes* y;

- Los argumentos del postulante deben ser suficientes para demostrar al Tribunal Constitucional que existe colisión entre una ley ordinaria y por una norma constitucional dentro de las cuales se encuentran los tratados y convenios en materia de derechos humanos.



La Corte Constitucional guatemalteca ha sostenido su criterio en cuanto a que el alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, determinó también que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que lo componen son también parámetro para ejercer el control constitucional del Derecho interno; es así como se ejerce el control constitucional, pero también el control político de los actos de autoridad para que estén ajustados al bloque constitucional; en relación con este tema la Corte en sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015 dictada dentro del expediente 1006-2014 indicó que:

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. El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquel.

El bloque de constitucionalidad está íntimamente ligado al tema de justicia constitucional y la implementación del mismo en Guatemala constituye un avance significativo en la interpretación conforme a la Constitución en la que se acojan reglas, principios y valores materialmente constitucionales que permiten que el texto formal supremo sea ampliado o completado; es válido mencionar entonces que esta figura incorpora otras fuentes al Derecho constitucional tales como la jurisprudencia del Tribunal Interamericano y los tratados en materia de derechos humanos, los que incorporados al texto supremo deben atender siempre al espíritu finalista de la Constitución y los operadores de justicia deberán en todo caso aplicar la norma que más optimice los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, se afirma que en el desarrollo de su doctrina legal la Corte emitió la sentencia de fecha 6 de agosto de 2013 dentro del expediente 143-2013 en la que explicó que



la sentencia 1822-2011 varió el criterio anterior de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no eran parámetro de constitucionalidad y, por ende, es factible formular planteamientos de inconstitucionalidad que se apoyen en el señalamiento que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general confronta lo dispuesto en los instrumentos que conforman ese bloque de constitucionalidad. (El subrayado es propio).

La Corte de Constitucionalidad también efectiviza el carácter procesal del bloque de constitucionalidad y a la vez lo respalda al incorporar al mismo la Convención Americana Sobre Derechos Humanos según su sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013 dictada dentro del expediente 1094-2013 en la que la Corte esgrimió:

por vía del bloque de constitucionalidad, es dable esgrimir lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional.

Posteriormente, la Corte amplió el bloque de constitucionalidad como parámetro de constitucionalidad del Derecho interno, según se puede apreciar en la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2014 dentro del expediente 3340-2013 en la que indicó que

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



El objetivo del control constitucional partiendo del bloque de constitucionalidad como parámetro de constitucionalidad del Derecho infraconstitucional, es que el Tribunal Constitucional garantice la coherencia de la legislación interna con los tratados de Derecho internacional de derechos humanos y sus estándares ratificados por el Estado, en ese escenario el bloque de constitucionalidad representa una garantía también de los derechos humanos; y en este tipo de control constitucional debe verificarse que el legislador derivado emite la legislación atinente conforme a la Constitución y a la convencionalidad, siendo la Corte de Constitucionalidad la que deberá perfilar en contenido del bloque de constitucionalidad encabezado por la Constitución y por los tratados internacionales atinentes al caso concreto.

Bien dicho lo anterior; una vez definido el contenido del bloque de constitucionalidad el Tribunal Constitucional debe ejercer el control de convencionalidad obligatorio en sentido “lato” o amplio, pues cuando una disposición convencional entra en colisión con una norma ordinaria, tal el caso de la inconstitucionalidad general parcial resuelta dentro del expediente 1006-2014 y en el caso de la Inconstitucionalidad por omisión resuelta en la multicitada sentencia 1822-2011, debe prevalecer la norma que más optimice los derechos fundamentales a las personas debiendo a través de los mecanismos legales idóneos adaptar la normativa ordinaria a la constitucionalidad o en caso declarar la inconstitucionalidad de la norma, actuar como legislador negativo y expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.

4.7 Bloque de constitucionalidad en Guatemala y análisis de sentencias emitidas por la Corte de Constitucionalidad

En este apartado se demuestra la forma en que Guatemala ha adoptado el bloque de constitucionalidad, para ello se analizan sentencias emblemáticas que han permitido la configuración de esta doctrina, su definición, contenido y alcances en el ámbito de la justicia constitucional guatemalteca.

4.7.1 Análisis de sentencia de fecha 17 de julio de 2012 proferida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1822-2011



Definir el bloque de constitucionalidad, su composición y alcances, así como apartarse de su propia jurisprudencia, le tomó a la Corte de Constitucionalidad, en adelante la Corte, muchos años, fue pues, hasta el 17 de julio de 2012 en que se dictó la sentencia dentro del expediente 1822-2011, cuyo ponente fue el ex magistrado Mauro Roderico Chacón Corado en la que queda definitivamente instaurado el bloque de constitucionalidad. A continuación se procede al estudio de dicha resolución señalando lo manifestado por los postulantes e incorporando doctrina para enriquecer su contenido.

➤ **Inconstitucionalidad general parcial por omisión planteada por el abogado Najman Alexander Aizestatd Leistenschneider**

El postulante instaura la Inconstitucionalidad general parcial contra el artículo 201 Bis del Código Penal guatemalteco, en el cual se tipifica el delito de tortura, por la omisión legislativa de incluir: **“el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con cualquier otro fin”,** como finalidades del delito de tortura, y **“la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”,** supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

➤ **Análisis realizado por la Corte de Constitucionalidad**

El caso que se analiza representó una labor de interpretación especial para la Corte pues la legislación nacional no contempla el instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión; y atendiendo al principio de división de poderes como columna vertebral del sistema de Gobierno republicano, democrático y representativo, a manera que cada uno



actúe en la esfera de su competencia; y también a que la citada Corte es garante de la defensa del orden constitucional y es el máximo órgano de interpretación del texto supremo, debe realizar ese ejercicio de forma cautelosa y así verificar la constitucionalidad de las leyes ordinarias partiendo de la Constitución y del bloque de constitucionalidad en pro de la vigencia de los derechos humanos dentro del Estado constitucional de derecho, especialmente en este caso en concreto porque dicho pronunciamiento entonces, va encaminado a realizar una exhortación al Congreso de la República para que legisle adecuando el contenido del artículo 201 Bis del Código Penal al compromiso internacional adquirido por Guatemala al ratificar las Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En caso contrario, si la Corte, en un caso hipotético resuelve modificar dicho artículo estaría actuando como legislador positivo, rebasando sus competencias e invadiendo el terreno del legislador ordinario y atentaría contra el principio de división de poderes.

La Corte indica que, no obstante la falencia en el sistema jurídico nacional de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, es procedente analizar dicha figura doctrinaria y para ello, en la página 10 de la sentencia aludida cita al autor Víctor Bazán en el siguiente sentido

no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una regulación insuficiente o discriminatoria al preferir dotar a algunos de los que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros.

Previo a decidir sobre la procedencia de la solicitud, la Corte indicó que según Bazán, pueden existir dos tipos de inconstitucionalidad por omisión: a) una que es absoluta y se da cuando concurre la omisión de emitir determinada normativa que ordena la Constitución; verbigracia, la inconstitucionalidad general por omisión resuelta sin lugar en sentencia de fecha ocho de febrero de 2011 dentro del expediente 2229-2010 en la



que el acto atacado es la omisión legislativa de cumplir con la emisión de una ley que regule lo relacionado a las comunidades indígenas o de ascendencia maya, según el artículo 70 constitucional y b) inconstitucionalidad por omisión parcial, que es la que se da cuando a pesar que el legislativo ya emitió la normativa atinente, esta resulta insuficiente, discriminatoria o como en el caso de estudio, no se ajusta a la convencionalidad de los tratados en cuestión; es en estos casos en que el control de constitucionalidad y el principio de supremacía constitucional debe hacerse efectivo.

La Corte indicó que la omisión legislativa puede ser denunciada ante una transgresión de lo establecido en los artículos 44 y 46 constitucionales derivada de una deficiente protección en materia de derechos fundamentales y por la obligación o deber originado para el Estado por la ratificación de un tratado internacional en materia de derechos humanos a los que se les otorga preeminencia sobre el Derecho interno, entonces de conformidad con lo antes expuesto; el incumplimiento legislativo ha sido en el sentido de regular insuficientemente el tipo penal del delito de la tortura, no ajustándolo a las convenciones sobre la materia ratificadas por el Estado.

En el caso concreto la Corte indicó que la observancia del Derecho internacional de los derechos humanos al momento de emitirse cualquier normativa debe atender a los principios fundamentales de carácter material en los que se apoya ese Derecho, ante la imperatividad de la observancia de las reglas del Derecho internacional (*Ius Cogens*) y la vinculatoriedad de los mismos toda infracción genera responsabilidad internacional para el Estado porque a estas normas pertenecen los derechos humanos más elementales, dentro de los cuales se encuentra la prohibición a la tortura como una garantía fundamental emanada del principio humanitario reconocido en el Derecho internacional actual.

En corolario de lo anterior, la Corte indicó que no puede admitirse en el desarrollo legislativo interno una regulación deficiente que tiende a limitar las garantías, como en el caso dimanante de la acción de inconstitucionalidad instaurada por la omisión relativa del legislativo de incluir: **“el castigo”, “cualquier tipo de discriminación”, “o con**



cualquier otro fin”, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, en el delito de tortura contenido en el artículo 201 Bis el Código Penal, situación que por no ajustarse a los preceptos convencionales podría repercutir en responsabilidades internacionales para el Estado; así las cosas, la Corte también indicó que sí es viable la instauración y el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad denunciando la omisión, como un vicio ante la evidente “regulación insuficiente”, teniendo asidero legal en el artículo 267 constitucional, atendiendo a la doctrina y a la jurisprudencia.

Bien, lo descrito en los párrafos anteriores, siendo que la Corte concluyó viable el planteamiento de la inconstitucionalidad por omisión, procede entonces hacer el análisis respectivo sobre el punto toral de este capítulo: la definición del bloque de constitucionalidad, sus contenidos y sus alcances, según esta sentencia que es considerada un parteaguas en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca y citando a la maestra Yasmine Letona (2012:2) en ella se pueden identificar los siguientes argumentos

en dicha sentencia se reconoce y aplica de manera innovadora el bloque de constitucionalidad, los estándares internacionales como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes y la inconstitucionalidad por omisión parcial, incorporando doctrina y jurisprudencia internacional para el desarrollo de tales temas.

Aunque tomó muchos años llegar a dicha decisión, el bloque de constitucionalidad tiene base sólida en la Constitución guatemalteca, basta con leer el preámbulo de la misma para conocer la orientación del legislador constituyente y su filosofía social y humana, de tal suerte que se pueden establecer principios elementales en el mismo tal como el principio pro persona y el impulso y plena vigencia de los derechos humanos dentro de un orden institucional estable que hacen viable acoger la doctrina neoconstitucionalista



del bloque de constitucionalidad; pues si bien, el preámbulo no constituye una norma positiva contiene una declaración de principios que expresan valores y es utilizado como fuente de interpretación del texto supremo; es de vital importancia para la definición del bloque de constitucionalidad y de estricta observancia para ampliar el catálogo de derechos fundamentales y atender a su vigencia y observancia que estos siempre deben basarse en el principio de la dignidad de la persona como sujeto y fin del orden social, la consolidación del régimen de legalidad, la seguridad, justicia, libertad y paz.

La Corte Constitucional guatemalteca en las acciones de inconstitucionalidad de leyes que conozca debe realizar un análisis confrontativo que permita determinar si la función legislativa fue realizada ya no solo conforme a la Constitución sino que, también conforme a los tratados en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala, ello ha sido posible en otros países aplicando la figura del bloque de constitucionalidad, instituto jurídico que ha permitido realizar la integración de la Constitución material, caso contrario, dicha omisión legislativa contravendría lo regulado en los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución guatemalteca.

Ahora bien, en la sentencia proferida por la Corte dentro del expediente 1822-2011 se hace acopio de la doctrina neoconstitucionalista, se realiza labor de estudio de Derecho comparado y se cita diversa jurisprudencia nacional, de la Corte Constitucional Colombiana y de la Corte IDH y destaca que en Guatemala, la Constitución Política de la República establece en el artículo 44 que los derechos y garantías que otorga no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; es decir, que dentro de la configuración del nuevo Estado constitucional de derecho la garantía de los derechos humanos atendiendo a su progresividad deben extenderse a todos aquellos que no forman parte del texto formal constitucional; la configuración del bloque constitucional en Guatemala está íntimamente ligada al artículo antes indicado integrado con el artículo 46 el que establece que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno, es por ello que se afirma que los mismos forman parte de la Constitución material.

La función del bloque de constitucionalidad es servir de herramienta de recepción del Derecho internacional de derechos humanos, garantizando la coherencia con el ordenamiento interno pues el mismo sirve como parámetro de constitucionalidad de las leyes.



En cuanto al alcance del bloque de constitucionalidad, la Corte indica que es de carácter eminentemente procesal, es decir, que todos aquellos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que lo conforman pueden ser utilizados para ejercer el control de constitucionalidad del Derecho interno; en ese orden de ideas, el Congreso de la República ejerciendo su función legislativa debe decretar, reformar o derogar leyes; en el caso de reformas se refiere a adaptar la normativa existente cuando entre en colisión con los principios que contienen los dichos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, tal como ha quedado demostrado en el caso de la inconstitucionalidad por omisión que se planteó dentro del expediente 1822-2011.

El bloque de constitucionalidad también es un instituto jurídico que por vía del artículo 44 constitucional amplía el catálogo de derechos fundamentales contenido en el texto supremo, y que se refiere a un conjunto de normas de carácter internacional que contienen derechos inherentes a las personas, incluyen todos los derechos fundamentales que no figuran expresamente en el texto fundamental, pero que atienden al principio de dignidad humana y a la progresividad de los mismos, de esa forma se hace posible mantener vigente la Constitución y adaptable a los tiempos actuales, sin que haya necesidad de reformas al texto de la misma, pero sí requiriendo de jueces y juezas constitucionales que sean garantes de los derechos fundamentales y que garanticen su aplicación y optimización a través de una debida interpretación. Se puede decir que todos los instrumentos internacionales que componen el bloque de constitucionalidad exige al Estado la revisión y adaptación de su normativa de Derecho interno al contenido de los mismos; en ese orden de ideas, conviene citar extractos de la sentencia aludida:

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal.



Parafraseando lo afirmado por el ex magistrado constitucional Doctor Mauro Chacón (2013:6) quien fue el ponente de la sentencia que se estudia, indica que en Guatemala ya está conceptualizado debidamente y configurado el bloque de constitucionalidad, es decir, que tiene plena eficacia jurídica, cuyo reconocimiento obedece esencialmente a la mejor garantía y tutela de los derechos inherentes a la persona, pero no se refiere solo a los expresamente contenidos en el texto constitucional, sino a todos aquellos contenidos en los instrumentos internacionales de los cuales Guatemala es parte y los que se deriven del reconocimiento de la dignidad humana; y en consonancia con lo escrito, se cita el siguiente una parte conducente de la sentencia que se estudia:

Diversos autores concuerdan con el concepto doctrinal del bloque de constitucionalidad, al señalar que este es un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal. Su función esencial es la de valerse como herramienta de recepción del Derecho internacional, garantizando la coherencia de la legislación interna con los compromisos exteriores del Estado y, al mismo tiempo, servir de complemento para la garantía de los Derechos Humanos en el país. (El subrayado es propio).

En relación con el contenido del bloque de constitucionalidad, la Corte en la sentencia de mérito establece que este está perfilado por la Constitución y que como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en el bloque de constitucionalidad y que atendiendo al caso

concreto determina que los instrumentos en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, dicha inclusión es por remisión del artículo 46 constitucional en pertinencia artículo 149 de la Constitución, pues por el carácter de *Ius Cogens* que tiene esta normativa internacional es un compromiso del Estado de Guatemala.



➤ **Conclusión**

En la sentencia 1822-2011 se define el bloque de constitucionalidad, su contenido y alcances, asimismo la Corte de Constitucionalidad se pronuncia sobre la viabilidad de la instauración de la acción de inconstitucionalidad por omisión contenida en el artículo 201 Bis del Código Penal, como parte de la *ratio decidendi*; la Corte analizó el tipo penal de la tortura tipificado en el Código Penal confrontando su contenido con lo estipulado en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, concluyendo en que el legislativo al crear el tipo penal de la tortura, no incluyó todos los elementos descritos en los tratados internacionales que regulan esa conducta antijurídica, siendo que, excluir dichos elementos objetivos de la protección del bien jurídico tutelado, provoca la omisión legislativa de tipificar actos totalmente lesivos a la integridad moral y física de las víctimas de este delito.

En consecuencia, la Corte de Constitucionalidad plasmó su *ratio decidendi* apropiadamente argumentada y fundamentada, declarando con lugar la acción de inconstitucionalidad por omisión del artículo 201 Bis del Código Penal tomando en cuenta que su regulación incompleta transgrede los artículos 46 y 149 constitucionales, por lo que la Corte emitió la sentencia en la que respetando la esfera legislativa y atendiendo a que el legislador constituyente no fijó plazo para que el legislador ordinario cumpla dicha omisión y advirtiéndose que por tratarse de materia penal, por principio de legalidad queda excluida la interpretación por analogía pues el tipo penal debe estar debidamente establecido en el Derecho positivo.

En concordancia con lo aquí expuesto el artículo precitado no se ordenamiento jurídico, sino que únicamente se declara la inconstitucionalidad por omisión de regular las conductas punibles que adecuen el tipo penal de la tortura a los estándares internacionales indicados, debiendo ser completado por la acción legislativa con las adiciones que resulten de las disposiciones contenidas en las Convenciones indicadas. La sentencia estudiada es exhortativa y la Corte insta a los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial para que, atendiendo a que tienen iniciativa de ley asuman la responsabilidad institucional que corresponde para suplir la omisión declarada en dicha sentencia y una vez recibida y admitida dicha iniciativa de reforma al artículo 201 Bis del Código Penal por parte del Congreso de la República, proceda a su discusión y aprobación correspondiente.



Para finalizar este tema, se cita al Doctor Mauro Chacón (2013:6-7) quien indicó que esta sentencia contiene un cambio de paradigmas en la función de interpretación, aplicación e integración del orden normativo y que para su verdadera realización debe requerirse un esfuerzo desde las aulas universitarias hasta los operadores de justicia; es evidente cómo esta sentencia acoge los postulados neoconstitucionalistas y su necesaria conexión entre el Derecho y la moral, al indicar que la Corte que presidía estaba: **“intentando reemplazar, de una vez por todas, esos viejos y tan dañinos desechos del positivismo jurídico”**; pues es el caso que en pleno siglo XXI el profesional del Derecho, al interpretar la ley ordinaria, se olvide de los valores y principios constitucionales, y critica a los jueces que sostienen que la aplicación y efectividad de la Constitución está fuera de su competencia y que su labor debe sujetarse al más estricto principio de legalidad, el que muchas veces ha quedado ajeno a la realidad social y al principio de la dignidad humana, evadiendo su responsabilidad de hacer valer los postulados de la ley fundamental y, como lo exige el bloque de constitucionalidad, de los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

4.7.2 Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015 proferida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 1006-2014



En Guatemala el bloque de constitucionalidad constituye una doctrina de reciente aplicación, pero que ha sentado bases sólidas en el Derecho constitucional guatemalteco, siguiendo la misma metodología se estudia lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad en la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015 dentro del expediente 1006-2014, se analizan y parafrasean aspectos muy puntuales de dicha resolución con la finalidad de demostrar el avance jurisprudencial en la labor del Tribunal Constitucional definiendo el bloque de constitucionalidad guatemalteco y su alcance meramente procesal, es decir, que todos los instrumentos contenidos en aquel pueden ser invocados como parámetro de constitucionalidad del ordenamiento jurídico ordinario guatemalteco; además se inicia por parte de la Corte el desarrollo e implementación paralela del control de la convencionalidad; es decir, que lo preceptuado en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia y opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es también parámetro para establecer la legitimidad de una disposición infraconstitucional.

➤ **Acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por el Director Ejecutivo del Registro Nacional de las Personas (RENAP)**

La acción de inconstitucionalidad general planteada es en contra del segundo párrafo del artículo 215 del Código Civil, Decreto Ley 106 que establece: "No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable". Solicitó el accionante que la Corte al resolver declare la inconstitucionalidad del segundo párrafo de la norma impugnada y como consecuencia sea expulsada del ordenamiento guatemalteco vigente.

➤ **Análisis realizado por la Corte de Constitucionalidad**



En la sentencia 1006-2014 la Corte de Constitucionalidad cumpliendo su misión de mantener la preeminencia de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, conoció de la acción de inconstitucionalidad general parcial instaurada y al fundamentar su decisión expresó que:

Por vía del “bloque de constitucionalidad”, se realiza el análisis confrontativo que requieren las acciones de inconstitucionalidad verificando si, en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad no solo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que conlleven compromisos estatales. (El subrayado no aparece en el texto original).

En relación con los argumentos del postulante en torno a la inconstitucionalidad general parcial planteada en contra del segundo párrafo del artículo 215 del Código Civil, la Corte advierte el supuesto hecho de la siguiente forma: la mujer (M) está casada con una persona (E), pero tuvo hijos con otra persona (C). La consecuencia es que la persona C no puede hacer reconocimiento de la paternidad de sus hijos. La excepción: cuando la persona E impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable, la persona C podrá reconocer como propios a sus hijos. Los elementos objetivos son la paternidad y la filiación que surgen como extramatrimoniales, pero que no pueden reconocerse como tales, por una relación matrimonial de la madre con otra persona anterior y subsistente. Los elementos subjetivos son los hijos, la madre, el padre que no puede reconocer a sus hijos, el marido de la madre que no es el padre, pero que no puede negar la paternidad, salvo que la impugne y obtenga sentencia favorable, y el Estado como ente protector de las relaciones familiares. Es de considerarse que esa norma prohibitiva deriva de la presunción legal que establece que el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, establecida en el artículo 199 del Código Civil.

El magistrado ponente indicó en la sentencia de mérito, que el marco jurídico por el accionante, integrado por artículos de la Constitución Política de la República de Guatemala (4, 44, 46, 47, 50 y 51) y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, se enmarca en la figura del “**bloque de constitucionalidad**” definido en la sentencia de fecha 17 de julio de 2012, dictada en el expediente 1822-2011, el cual implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como esta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad no solo con normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que conlleven compromisos estatales. En la sentencia que se analiza se define el bloque de constitucionalidad, su contenido y alcances en concordancia con la sentencia originaria, es decir, la proferida dentro del expediente 1822-2011.

En tal virtud, el bloque de constitucionalidad surge por remisión expresa y directa de los artículos 44 y 46 constitucionales y se incorpora como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el Derecho, por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano; en el caso que se analiza debe tomarse en cuenta el interés superior del niño, la filiación como parte de la identidad y a que la Corte debe atender a los nuevos derechos que en dicha materia han surgido y que tienden a ser más tutelares de la niñez y adolescencia tales derechos a reconocer serían: **a) el derecho a la individualidad biológica y b) el derecho a la verdad biológica que consiste en el derecho a conocer el propio origen biológico.**

En atención a lo escrito en el párrafo precedente, se puede indicar que 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;



siendo que la Corte en sentencia de fecha 6 de agosto de 2013, proferida en el expediente 143-2013 explicó que la sentencia 1822-2011 varió el criterio anterior en el sentido que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no eran parámetro de constitucionalidad, y por ende, ahora es factible formular planteamientos de inconstitucionalidad apoyándose en que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general colisiona con lo dispuesto en dichos instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad guatemalteco.

La Corte de Constitucionalidad, en atención a su jurisprudencia y a lo establecido en el artículo 46 precitado, define el contenido del bloque de constitucionalidad en este caso perfilado por la Constitución Política de la República, la Convención Sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Posteriormente a definir el contenido del bloque de constitucionalidad, la Corte hizo los razonamientos respectivos en los cuales fija su *ratio decidendi*, considerando que la norma denunciada viola el principio de igualdad y el interés superior del niño; siendo que los problemas de orden práctico se presentan cuando una pareja de esposos deciden (en forma tácita o expresa) no proceder al divorcio aunque de hecho estén separados. Manifiesta el ponente de la sentencia que se estudia, que en ese caso, el hombre puede optar por iniciar una convivencia con tercera persona y si procrean un hijo, no habrá problemas de reconocimiento de la paternidad –aunque el hombre esté casado con otra mujer– en tanto que este menor tendrá como padres a sus verdaderos progenitores. En cambio, la situación planteada a la inversa no es igual, dado el contenido de la norma denunciada. En caso que sea la mujer casada la que opte por iniciar una convivencia con tercera persona sin divorciarse, sí hay restricciones, porque el menor tendrá en principio como padre al marido de su progenitora; en ese sentido debe denotarse, conforme las normas apuntadas relativas a la igualdad entre hombres y mujeres, que las relaciones sociales deben funcionar con idénticas reglas tanto para el marido como para la mujer.



Ante tales violaciones al derecho de igualdad anunciadas se suma, que la norma otorga legitimación para impugnar la paternidad únicamente al marido y veda la posibilidad de que la madre e incluso el verdadero padre puedan promover la declaración judicial de filiación; por lo tanto, la Corte considera tener suficientes argumentos para determinar la inconstitucionalidad de la norma impugnada y declarar su expulsión del ordenamiento jurídico.

➤ **Conclusión**

En la sentencia 1006-2014 la Corte de Constitucionalidad resolvió declarar **con lugar** la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida por el Director Ejecutivo del Registro Nacional de las Personas (RENAP) y como consecuencia, declaró inconstitucional el segundo párrafo del artículo 215 del Código Civil, Decreto Ley 106, que establece: "No será permitido al padre hacer reconocimiento de hijos, atribuyendo la maternidad a una mujer casada con otra persona, salvo que el marido haya impugnado la paternidad y obtenido sentencia favorable". Asimismo, la Corte indicó que dicha norma declarada inconstitucional dejará de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del presente fallo en el Diario Oficial (dicha publicación fue el 18/12/2015); para reglamentar el procedimiento a seguir en estos casos la Corte **exhortó** al Directorio del Registro Civil de las Personas a que emita el reglamento que establezca la forma de proceder en caso de solicitud de inscripción de reconocimiento de hijo de padre procreado con mujer casada distinto a su esposo, conjunta o separadamente.

En este caso la Corte de Constitucionalidad, actuó como legislador negativo¹⁶ al expulsar del ordenamiento jurídico la norma atacada de inconstitucionalidad, para ello utilizó el bloque de constitucionalidad como herramienta de recepción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que en su momento se indicaron, basándose en que los mismos son parámetro de constitucionalidad de las leyes y

¹⁶ De acuerdo al modelo kelseniano, un tribunal constitucional actúa como un legislador negativo, pues carece de la facultad de crear leyes, pero en el caso de que entienda que una de las promulgadas vulnera lo dispuesto en la Constitución, tiene poder para expulsarla del ordenamiento jurídico, declarando su inconstitucionalidad. (https://es.wikipedia.org/wiki/Tribunal_Constitucional Recuperado el 15/12/2016).

perfilando la Constitución Política como norma de normas con el fin de preservar su supremacía y carácter garantista, aplicó derivado de ello el control de convencionalidad sobreviniendo que la norma atacada es inconstitucional por no ajustarse a los preceptos contenidos en el bloque constitucional y como consecuencia deja de tener vigencia en el territorio nacional.



La trascendencia de la sentencia dictada dentro del expediente 1006-2014 por la Corte de Constitucionalidad, es que considerando el contenido de los tratados y convenciones que forman el bloque de constitucionalidad y atendiendo al interés superior de los niños y adolescentes desarrolla los siguientes derechos: a) el derecho a la identificación e identidad, b) el derecho a la individualidad biológica y c) el derecho a la verdad biológica.

4.8 El bloque de constitucionalidad y el reconocimiento de nuevos derechos

Como ha quedado anotado a lo largo del desarrollo jurídico, doctrinario y jurisprudencial realizado de la figura del bloque de constitucionalidad, esta es una herramienta para incorporar al texto formal de la Constitución Política vía los artículos 44 y 46 constitucionales, todos aquellos instrumentos de Derecho internacional de Derechos Humanos de los que Guatemala sea parte en vista de su ratificación y por consiguiente su obligatoriedad a su plena observancia y vigencia; el primer artículo citado expresa que los derechos y garantías que expresa la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en su texto, son inherentes a la persona humana y el segundo artículo se refiere a la preeminencia que tienen los instrumentos internacionales en materia derechos humanos sobre el Derecho interno.

En correlación con lo antes indicado, se considera que los derechos contenidos en el texto constitucional no constituyen *numerus clausus*, al contrario, por vía de los artículos antes indicados se puede ampliar ese catálogo de derechos fundamentales desarrollando o completando la Constitución formal con dichos instrumentos, que ingresan al ordenamiento jurídico con rango de constitucional y por ende también son utilizados como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes.

Como una forma ilustrativa de la eficacia de esta doctrina para dinamizar el derecho constitucional y hacer efectiva la garantía de los derechos humanos atendiendo a su progresividad, pero también quedando demostrado como en estas sentencias la Corte de Constitucionalidad utilizó los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos, que forman parte del bloque de constitucionalidad como parámetro de control de constitucionalidad del Derecho interno, haciendo un reconocimiento deliberado de derechos reconocidos e incorporados a la Constitución por vía del bloque constitucional.



➤ **Derecho a morir dignamente**

Se transcribe parte conducente de la sentencia de fecha 19 de enero de 1999 dentro del expediente 248-98 en la cual se desarrolla este derecho fundamental:

En efecto, la persona física tiene derecho inalienable e imprescriptible a su dignidad, condición que no pierde ni siquiera por una condena capital, tal como se deduce de lo previsto en el preámbulo y los artículos 1o., 2o., 3o., y 4o. de la Constitución. Por otra parte, el inciso 2 del artículo 5 del Pacto de San José protege la integridad moral de la persona y en el inciso 3 *ibídem* proclama que "la pena no puede trascender de la persona del delincuente", porque, para el caso, la publicidad fotográfica o videográfica del suceso profundamente íntimo de la muerte de un individuo puede ser aflictivo a su familia. **Siendo un valor fundamental la estimativa de la persona humana, y aun cuando no esté constitucionalizado expresamente el derecho a morir con dignidad, este corresponde a la categoría de los derechos implícitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 44 de la Constitución**, y, por ello, aunque de la ley objetada deban eliminarse las palabras indicadas en este apartado -lo que se hace por razones de forma- deben quedar preservados los derechos del ejecutable en cuanto a que la ejecución de la sentencia se haga con absoluto respeto a su derecho a la intimidad, de la que la sentencia condenatoria no le ha privado.



➤ **Derecho a la intimidad**

En pertinencia con el anterior derecho, la Corte de Constitucionalidad ha desarrollado el derecho a la intimidad realizando una amplia labor de ponderación entre principios en colisión pues el amparista en ese caso denunció violación a sus derechos de defensa, petición y debido proceso, por otra parte, la Corte se pronunció sobre la reserva que debe existir en ciertos casos judiciales en pro del derecho a la intimidad de las personas, argumentando que si bien este no está incorporado en la Constitución, es decir, que no figura expresamente en la ley fundamental, es un derecho inherente a la persona humana y para sustentar su criterio se basa también en jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se cita lo conducente de la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2000 proferida dentro del expediente 438-2000:

Refuerza esta tesis del carácter fundamental del derecho a la intimidad o vida privada, que se encuentra debidamente reconocido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que, por virtud de los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República, forma parte del ordenamiento interno del país con rango constitucional.

➤ **Derecho a la intimidad y al honor**

Este derecho es desarrollado en la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2007 dictada por la CC en el expediente 1201-2006, de la que se citan partes conducentes

es menester indicar que la intimidad y el honor de la persona constituyen conceptos inherentes al reconocimiento de la dignidad del ser humano; de esa cuenta, su incorporación al catálogo de derechos resulta innegable, deduciéndose con ello no solo la facultad del individuo de exigir su respeto, sino la obligación que pesa sobre el Estado de procurar su observancia, la que se torna imprescindible para asegurar, entre otras cosas, el desarrollo integral de la persona.



Para el reconocimiento de estos derechos el máximo Tribunal Constitucional guatemalteco acudió al bloque de constitucionalidad basando su fallo en las siguientes disposiciones convencionales:

- a) artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación, asegurando, a la vez, el derecho a la protección de la ley contra tales injerencia o ataques y
- b) artículos 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en términos similares a los especificados en el instrumento antes citado; y el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que reconoce que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.

Asimismo, estableció que conforme lo establecido en el artículo 44 del texto constitucional, los derechos a la intimidad y al honor de la persona humana, por el solo hecho de ser inherentes a esta, se ubican dentro de la esfera de protección que el Estado se ve obligado a proveer, lo que también cabe deducir de su inclusión en tratados internacionales ratificados por Guatemala, en armonía con lo dispuesto por el artículo 46 de la ley suprema; en ese orden de ideas, el elemento central de protección lo constituye el derecho la vida privada de la persona la que deberá mantenerse en reserva del conocimiento público, salvo consentimiento en contrario.

➤ **Derecho a la autodeterminación informativa**

Para desarrollar este contenido se hace referencia a la sentencia de fecha 10 de febrero de 2015 proferida por la Corte de Constitucionalidad dentro del expediente 3552-2014, en su parte conducente expresa el Tribunal:

Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución de la República de Guatemala, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: **el referido a la autodeterminación informativa.**



Con relación a la preservación del derecho a la intimidad la Corte indica que este propugna por un mínimo de respeto a un ámbito de vida personal y familiar y que también es ineludible que la intromisión a este derecho puede alcanzar niveles insospechados con el avance de la tecnología y de las redes sociales y la transmisión de información que se hace por todos los medios de comunicación masiva, asimismo indicó:

Una solución a esa problemática ha sido la de reconocer el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, cuyo goce le posibilita un derecho de control sobre todos aquellos datos referidos a su persona y, a su vez, le garantiza la tutela debida ante un uso indebido (es decir, sin su autorización) y con fines de lucro, por parte de un tercero, de todos aquellos datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, con los cuales se integra una información identificable de una persona; información que cuando es transmitida a terceras personas sin los pertinentes controles que permiten determinar su veracidad o actualización, puedan causar afectación del entorno personal, social o profesional de esa persona, causando con ello agravio de sus derechos a la intimidad y al honor.

En ese orden de ideas, la Corte indicó que para la plena eficacia del derecho a la autodeterminación informativa, debe permitir a la persona lo siguiente: 1) **El derecho a la actualización de sus datos;** 2) **El derecho a la rectificación** por información errónea, incompleta o inexacta de sus datos; 3) **El derecho a la reserva** (confidencialidad) de cierta información que sobre ella se obtenga, que aun cuando esta pueda ser legalmente requerida, se mantenga en grado de confidencialidad para

terceras personas ajenas a la situación que motivó el requerimiento, y 4) **El derecho a la exclusión**, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado.



En Guatemala no existe tal regulación, y en tanto no la haya, para no incurrir en situaciones *legibus solutus*¹⁷, a criterio de esta Corte toda comercialización de información de datos de una persona debe estar sujeta a que esa información fuera proporcionada voluntariamente por la persona, cuyos datos serán objeto de comercialización. La Corte Constitucional declaró sin lugar la acción de amparo interpuesta con el ánimo de proteger de violación a los derechos constitucionales, especialmente el derecho a la autodeterminación informativa, los que eventualmente pueden verse amenazados si se continúan comercializando datos personales sin autorización de los afectados.

➤ **Derecho al nombre**

Este derecho es reconocido según sentencia emitida por la Corte de Constitucionalidad el 27 de abril de 2011 dentro del expediente 812-2010, al indicar que:

La Constitución Política de la República de Guatemala no contempla el derecho al nombre como un derecho fundamental, sin embargo, dicho elemento de la persona ha adoptado relevancia constitucional en virtud de los instrumentos internacionales -reconocidos por Guatemala- que lo protegen. De esa manera tal derecho debe entenderse elevado al rango de fundamental conforme lo establecido en el artículo 46 de la Carta Magna.

¹⁷ Libre de ataduras legales. (<http://mymemory.translated.net/es/Latin/Spanish/legibus-solutus> Consultado el 04/01/2017).



Entre los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad y en los que la Corte sustenta su decisión se pueden mencionar:

- La Declaración de los Derechos del Niño que, en su artículo 3 establece: *“El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad”*.
- artículos 24 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y 18 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que regulan: *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”*.

Este derecho se encuentra en la legislación ordinaria, específicamente en el artículo 4 del Código Civil guatemalteco.

- **Derecho a la inscripción del nacimiento, derecho a la identidad y derecho a la identificación**

Corresponde analizar lo conducente de la sentencia proferida por la CC dentro del expediente 2339-2015 el dos de agosto de 2016, la Corte esgrimió:

Es pertinente establecer que si bien el derecho a la identidad y de identificación del niño o niña no figura expresamente en la Constitución, este es reconocido internacionalmente y es incorporado por conducto del citado artículo 44 al plexo constitucional, precisamente por ser un derecho subjetivo inherente a la persona y que persigue su dignificación. Por ello, al tener claridad que el derecho fundamental referido es exigible en Guatemala, se reafirma que no puede supeditarse la inscripción de nacimiento de un niño o niña a la presentación de una constancia de pago de un arbitrio para el ornato municipal, lo que incide en una violación al derecho a la identidad, impidiendo que el niño o la niña tenga la posibilidad de exigir los derechos que derivan del reconocimiento de la personalidad. (El subrayado no aparece en el texto original).

- **Derecho a la individualidad biológica y derecho a la verdad biológica que consiste en el derecho a conocer el propio origen biológico**



Amparados en el contenido del bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional guatemalteca resolvió dentro del expediente 1006-2014, sentencia de fecha 26 de noviembre de 2015, lo relativo a estos derechos indicando que

en el caso que se analiza debe tomarse en cuenta el interés superior del niño, la filiación como parte de la identidad y a que la Corte debe atender a los nuevos derechos que en dicha materia han surgido y que tienden a ser más tutelares de la niñez y adolescencia tales derechos a reconocer serían: **a) el derecho a la individualidad biológica y b) el derecho a la verdad biológica que consiste en el derecho a conocer el propio origen biológico.**

Para la configuración de tales derechos, la Corte determinó que, además de las normas constitucionales invocadas, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables como parámetro de constitucionalidad de una disposición ordinaria, es decir, que forman el bloque de constitucionalidad para este caso son los siguientes:

- La Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por el Decreto 27-90 del Congreso de la República),
- El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (aprobado por el Decreto 9-92 del Congreso de la República),
- La Convención Americana Sobre Derechos Humanos ya incorporada (según sentencia 3340-2013) y
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (aprobado por el Decreto 49-82 del Congreso de la República).

Como se puede observar, el bloque de constitucionalidad tiene como función complementar la garantía de los derechos humanos, al reconocer otros derechos que no figuran expresamente en el texto formal constitucional, pero que son inherentes a la

persona, asimismo, es una herramienta efectiva para que a través de la interpretación más favorable a la optimización de los derechos se consolide el respeto, observancia y vigencia de los derechos humanos, y sirva también de parámetro de control de constitucionalidad del Derecho interno.



4.9 Desafíos y posibilidades para implementar el bloque de constitucionalidad

En Guatemala se atiende a la expansión de la jurisdicción constitucional y la cultura jurídica y desarrollo jurisprudencial en materia de derechos humanos que está desarrollando la Corte de Constitucionalidad al acoger el instituto jurídico del bloque de constitucionalidad, que es utilizado como herramienta para incorporar normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución han sido integrados por otras vías a la Constitución y sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tales. Asimismo, en los últimos años sus resoluciones han sido fuertemente inspiradas en la corriente filosófica y jurídica neoconstitucionalista, haciendo del Derecho constitucional guatemalteco, a criterio del autor, más dinámico y actualizado en cuanto a ampliar el catálogo de derechos humanos que contiene la Constitución a través de dicho mecanismo o a ejercer el control de convencionalidad de las leyes para que todo el ordenamiento jurídico sea armónico con el texto fundamental y los tratados en materia de derechos humanos que incorpora el bloque.

En consecuencia de la definición del bloque de constitucionalidad y siendo que la Corte de Constitucionalidad los toma como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes, ha aparecido en el ámbito jurídico una nueva forma de control de constitucionalidad, se hace referencia a la inconstitucionalidad general parcial por omisión resuelta en la multicitada sentencia del expediente 1822-2011; y que demuestra que la convencionalidad es parámetro de constitucionalidad de las leyes. Son muchos los avances y falta mucho por hacer todavía, pero aun así, existen muchas miradas de escepticismo hacia el Tribunal Constitucional por la labor vanguardista que ha realizado en los últimos años, principalmente después de la emisión de la sentencia mencionada.

El maestro Oviedo (2015: 73) evidencia el escepticismo de algunos autores al incluir en su tesis de postgrado la postura contraria que de esta doctrina tiene Oscar Lillo Comparini Alquijay, autor de postura conservadora y reacio a los cambios principalmente a la doctrina neoconstitucionalista de la cual el bloque de constitucionalidad forma parte, indicando que:



Por sus características y por la importancia que la teoría del bloque de constitucionalidad confiere a la interpretación, al subjetivismo y a los supuestos valores (...) aspectos que tienden todos a la libre interpretación de la norma constitucional, podría decirse que dicha teoría forma parte de lo que se conoce como neoconstitucionalismo, que propende precisamente, a través de novedosas pero dudosas técnicas, al desarrollo o mutación del sistema constitucional por vías diferentes a la actuación del poder constituyente derivado.

Comparini Alquijay citado por Oviedo (2015:75) indica que el neoconstitucionalismo, corriente que defiende el bloque de constitucionalidad, expresa el papel protagónico del juez y la minimización del rol del legislador; se concuerda con lo aseverado, no obstante se afirma que los jueces están sujetos en su ejercicio a la Constitución y dentro de un sistema democrático y republicano de Gobierno le corresponde a los jueces observando el principio de supremacía de la Constitución ser garantes de los derechos y garantías que establece y que son susceptibles de ser ampliadas a través del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad, esta última figura escapa de la crítica de Comparini, pues los jueces están obligados a ejercerlo *ex officio* y su inobservancia podría ocasionar sanciones para Guatemala a nivel internacional.

El bloque de constitucionalidad ha sido definido en el Derecho constitucional guatemalteco y atendiendo a la progresividad de los derechos humanos amplía su reconocimiento y obligatoriedad de observancia por parte de todo el Estado; se puede decir que hoy son una realidad las palabras del ex magistrado constitucional Rodolfo Rohrsmoser Valdeavellano, quien citado por Oviedo (2015:77) indicó:

Si la Corte integra el bloque de constitucionalidad se lograrían varios avances en materia de protección a los derechos de las personas, tales como que lo integran tendrían prevalencia general y permanente sobre otras normas de la legislación interna; esas normas tendrían rango constitucional; se garantizaría la aplicación directa de las misma, o sea, su efecto, self executing. Pero también, y no por ello menos importante, se garantizaría el acceso al planteamiento de inconstitucionalidad general contra leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general que tuvieran disposiciones supuestamente contrarias a los mandatos contenidos en los tratados de derechos humanos, debidamente aprobados y ratificados, ya que se habría creado el parámetro de comparación que la Corte argumenta, por ahora, que falta, y entonces, obviamente, tales tratados serían también. (El subrayado es propio).

Siguiendo la opinión disidente de Comparini (Oviedo:2015:78) él indica que la argumentación transcrita, recoge en general el pensamiento de los autores que abogan por el reconocimiento del bloque de constitucionalidad, sin que este esté reconocido en la ley fundamental y sin que deba utilizarse para el efecto la actividad del poder constituyente derivado; asimismo, este autor indica que cualquier norma de carácter general a la que se le pretenda dar rango constitucional, no fundamentada en el texto constitucional resultaría inconstitucional y en el caso de Guatemala no existe un sistema que autorice a los jueces a modificarla a través de la interpretación. Conviene aclarar que su opinión es válida, pero no tiene asidero legal ni doctrinario y es una opinión desfasada en el tiempo, pues el bloque de constitucionalidad, ni pretende cambiar el texto formal de la Constitución, ni autoriza a ningún juez a hacerlo sustituyendo al legislador derivado.

La experiencia de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca en la aplicación de esta doctrina se ha mantenido siempre en resguardo de la supremacía constitucional, pero anuente a reconocer nuevos derechos humanos a los habitantes, pero por remisión expresa del mismo texto supremo. Ahora bien, la interpretación basada en el neoconstitucionalismo lo que persigue es la optimización de los derechos



fundamentales, concebidos estos como valores y principios axiológicos inspirados en la dignidad de la persona humana, lo que esta doctrina en general persigue es mantener vigente la Constitución a través de una interpretación abierta y extensiva, constitucionalizar el ordenamiento jurídico ordinario y darles plena vigencia y observancia a los tratados internacionales que contienen estándares de derechos humanos.

En correspondencia a lo antes indicado, se puede decir que la ciencia del Derecho debe estar en constante desarrollo para lograr su objetivo; así que, como consecuencia de la implementación del bloque de constitucionalidad, y siendo que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos forma parte del mismo, se ha desarrollado paralelamente el concepto de “bloque de convencionalidad” o también llamado “control de convencionalidad”, derivado que en Guatemala y en otros países existe un mecanismo legal de incorporación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al ordenamiento interno pero con plena vigencia y rango constitucional y que son parámetro de constitucionalidad de las leyes; este concepto se desarrollará en el siguiente capítulo del trabajo de investigación, pero se indica que todos los jueces de forma directa o indirecta deben realizar dicha labor “ex officio” en armonía con la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como un evidente desafío se plantea entonces la independencia que los jueces constitucionales deben mantener frente al poder político, pues debido a la interpretación finalista que hagan de la doctrina del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad que realicen, muchas de sus decisiones influirán de forma general en todos los aspectos de la vida del Estado debido a su efecto *erga omnes*; es un desafío la independencia de poderes, la no injerencia entre los mismos, pero a la vez mantener el sistema de control de frenos y contrapesos y en un país como Guatemala donde los Organismos del Estado (con mayor relevancia el Organismo Judicial y la Corte de Constitucionalidad) tienen independencia funcional, pero no económica, porque dependen presupuestariamente de las asignaciones del Organismo Ejecutivo, en tal caso; existe siempre la posibilidad que la labor jurisdiccional sufra indirectamente

injerencias o presiones políticas, sociales y/o económicas para que se determine en un determinado sentido, entonces el reto es que los jueces constitucionales hagan valer su independencia e imparcialidad y sus decisiones sean ajustadas con la finalidad de la Constitución para hacer realizable el valor justicia.



En corolario de lo antes indicado también se debe tener en cuenta, que si bien la Corte de Constitucionalidad es un tribunal de justicia privativa y que su función es defender el orden constitucional, tampoco se debe olvidar que el mismo es un Tribunal eminentemente político debido a su conformación y a la forma en que son electos los magistrados que lo integran. En ese escenario, es evidente que la Corte encargándose del control de constitucionalidad ejerce control político, jurídico y social fijando límites al ejercicio del poder soberano ejercido indirectamente por los representantes del pueblo, en ese caso sus fallos serán políticos, pero sustentados jurídicamente, el desafío está en que en las decisiones tanto de los tribunales de justicia ordinaria como de la Corte de Constitucionalidad, optimicen todos los recursos constitucionales y convencionales con tal de lograr la mayor protección *pro homine* de forma independiente y con apego a la Constitución, solo así se verá realmente legitimado el bloque de constitucionalidad.

En cuanto a los desafíos en la implementación de toda esta nueva corriente de pensamiento neoconstitucionalista, se puede indicar que como lo que persigue es robustecer el ordenamiento jurídico y que sea tutelar de los derechos fundamentales mínimos y garantías constitucionales contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala y en el resto del ordenamiento jurídico, teniendo la posibilidad de declarar nuevos derechos conforme las necesidades sociales según se estudió en el tema anterior; ello es posible por la inclusión de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que forman el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad. El desafío consiste en hacer que los operadores de justicia actúen en el ámbito de sus competencias con conocimiento amplio sobre la realidad social y hagan valer estas herramientas jurídicas para que sean verdaderos garantes de los derechos fundamentales de la población y observando en todo momento la supremacía constitucional y una tutela judicial efectiva, caso contrario sería un riesgo que pondría en riesgo la efectiva aplicación de la justicia y su plena realización como valor.



La posibilidad de ejercer el control social o auditoría social por parte de la población exige que todos, tanto gobernados como gobernantes, acaten las disposiciones constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos obligadamente, es decir, existe obligatoriedad de observancia y cumplimiento y si se da el caso que algún organismo del Estado incumpla en el ejercicio de sus funciones o se exceda en el mismo amparándose en esta doctrina; la población puede ejercer ese control social a través de los mecanismos constitucionales e institucionales que se han creado y así deducir las responsabilidades correspondientes, incluso al Estado.

Más que riesgos, existen posibilidades de mantener vigente la Constitución y actualizada a los tiempos modernos, pues el texto formal que el legislador originario desarrolló es progresivo y humanista y permite la inclusión de dichas doctrinas en pro de la tutela de los nuevos derechos humanos y que debido a que el Estado soberano en sus relaciones internacionales se ha comprometido a observar, implementar y tomar todas las disposiciones internas para cumplir con los tratados y convenciones en materia de derechos humanos que ha ratificado, en consecuencia, se afirma que no existe un desplazamiento del Poder Legislativo por parte de los jueces porque estos muchas veces en el desempeño de su labor solamente desarrollan la Constitución material con fundamento en dichos instrumentos. Se evidencia que en Guatemala sí existe más activismo por parte de los segundos, pero para garantizar la vigencia y efectividad de los derechos humanos frente al aparato estatal, pero por la prudencia con que han actuado al implementar esta doctrina ha ocasionado el fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, a los tres Organismos del Estado, es decir, respetando la división de poderes y sus funciones; pero también obligándolos a la observancia y fiel cumplimiento de la Constitución, se persigue también resguardar el principio de soberanía constitucional, el respeto de la soberanía nacional, y la plena vigencia de los derechos humanos como piedra angular del sistema de Gobierno republicano, democrático y representativo.

CAPÍTULO V



CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: MARCO CONVENCIONAL, ANTECEDENTES, DEFINICIÓN, CARACTERÍSTICAS, CLASIFICACIÓN, LA ACTITUD DEL ESTADO DE GUATEMALA ANTE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE IDH, LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA Y SU POSTURA ANTE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO, LA CORTE IDH Y EL ESTABLECIMIENTO DE UN ORDEN SUPRALEGAL Y SUPRANACIONAL, PRESENTE Y FUTURO DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

5 Control de convencionalidad

El control de convencionalidad es un concepto doctrinario relativamente nuevo, fue configurado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso *Almonacid Arellano versus Chile* emitida el 26 de noviembre de 2006, en el que se demostró la responsabilidad internacional de dicho Estado por la falta de investigación y sanción a los responsables de la ejecución extrajudicial del maestro Luis Alfredo Almonacid Arellano, así como la falta de reparación adecuada a favor de los familiares de la víctima; la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte IDH, resolvió que el Estado de Chile incumplió con las obligaciones derivadas de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en adelante la CADH e inobservó el *Ius Cogens* internacional, pues en 1978 emitió una ley a través de la cual concedió amnistía a todas las personas que cometieron hechos delictivos entre los años 1973 y 1978 y como consecuencia de esa norma no se investigó debidamente las circunstancias de la muerte del señor Almonacid Arellano. La trascendencia de esa sentencia se puede encontrar en el considerando 124 en el que la Corte IDH indica que los jueces nacionales deben ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH y en su labor intelectual deben tener en cuenta no solo el tratado sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH; es a partir de esta sentencia en que se establece esta doctrina como una herramienta jurídica que permite a los Estados parte de la Convención concretar la garantía de los derechos

humanos, obligándose a aplicarla toda vez que han reconocido la competencia obligatoria de la Corte IDH; es decir, que deben cumplir con las obligaciones internacionales de respeto y adecuación de la legislación interna conforme a la CADH.



El presente capítulo se enmarca principalmente en el control del sistema jurisdiccional, por parte de la Corte IDH hacia los Estados parte de la Convención para que cumplan con la misma y velen por el irrestricto respeto a los derechos humanos; se desarrollará el tema desde aspectos introductorios hasta concretar en el progreso jurisprudencial del Tribunal Interamericano y la postura de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ante esta doctrina, para ello se analizarán jurisprudencia nacional e interamericana, aunado a los aportes de varios jurisprudencia; concluyendo con el tema: “Presente y futuro del control de convencionalidad”, en el que se atenderá a la situación actual de esta doctrina y lo que se espera de ella debido a su progresividad, siendo abordado desde la perspectiva del control político del sistema que ejerce la Corte IDH.

5.1 Marco convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Previo a entrar de lleno en el desarrollo de esta doctrina es necesario hacer un estudio de las bases jurídicas sobre las que la Corte IDH sustenta la misma; de esa forma a partir del caso Myrna Mack Chang contra Guatemala en 2003, el control de convencionalidad empezó a desarrollarse dentro de la jurisprudencia del Tribunal Interamericano como un mecanismo procesal que exige la comparación entre el Pacto de San José y otras disposiciones de Derecho internacional de Derechos Humanos y las normativa interna, con el objeto de verificar que esta última no contraría las disposiciones convencionales y se vialice así el irrestricto respeto a los derechos humanos a nivel regional; pues como indicó la citada Corte en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Versus Perú: “los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”; el marco convencional da soporte al control de convencionalidad tiene su asidero legal en los principios generales del Derecho y en los siguientes instrumentos:

➤ **Convención Americana Sobre Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte IDH**



El artículo 1.1 de la CADH regula sobre el compromiso que adquieren los Estados parte de la Convención de respetar obligadamente todos los derechos y garantías que contiene:

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

Asimismo, el artículo 2 de la CADH establece la obligación para los Estados parte de adoptar disposiciones de Derecho interno, es decir, que cada Estado debe realizar conforme a sus procedimientos legislativos la emisión de leyes y promover la reforma de las ya existentes con tal de adaptar su contenido conforme a la Convención:

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

La Corte IDH expresó que el marco normativo del control de convencionalidad además de la CADH también lo conforma su jurisprudencia, verbigracia, sentencia del caso *Almonacid Arellano contra Chile*, al indicar que: "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".

Asimismo, dentro de la normativa que configura el marco convencional que se desarrolla, se cita el artículo 29 literal b) de la CADH:



Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: 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.

Otro componente vital dentro del marco convencional lo constituyen las opiniones consultivas realizadas a la CIDH o a la Corte IDH conforme el artículo 62 de la Convención las que por ser cosa interpretada; en ese sentido Sergio García Ramírez, citado por Néstor Pedro Sagüés en su obra “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad”, indica que

los lineamientos interpretativos pronunciados en las opiniones consultivas valen tanto como los emergentes de las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, dentro de estas pautas: a) nos estamos refiriendo al valor de las interpretaciones normativas realizadas por la Corte de la Convención americana sobre derechos humanos, y no a otros aspectos singulares que pueda haber en el pronunciamiento consultivo; b) desde luego, a favor de la persona, el Estado local puede válidamente abonar, en su legislación constitucional o infraconstitucional, recetas jurídicas diferentes a las gestadas por la Corte Interamericana, que cuando —cabe repetir— resultaren más generosas para el individuo, prevalecerán sobre la Opinión Consultiva. (Tomado del sitio de internet: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/14893/15433> consultado el 10/01/2017).

Dentro del marco del *corpus iuris* interamericano el control de convencionalidad originado y desarrollado en el seno de la Corte IDH constituye una herramienta eficaz para la debida observancia, garantía y plena vigencia de los derechos humanos a lo interno de los Estados y que debido al carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción de la Corte IDH puede consolidarse su efectiva protección.



➤ **Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados**

En la configuración del marco convencional que permitió el establecimiento del control de convencionalidad se incluye también la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, pues se basa en los principios del libre consentimiento, de la buena fe y en la norma "pacta sunt servanda" universalmente reconocidos por ser principios rectores del Derecho internacional, en ese orden de ideas, todo Estado Parte de un tratado internacional debe cumplir con las obligaciones contraídas, se citan los artículos 26 y 27 de la citada Convención:

"Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

➤ **Derecho convencional en materia de derechos humanos**

La Corte IDH ha indicado también que conforman ese marco convencional todos los instrumentos en materia de Derecho internacional de Derechos Humanos que le otorguen competencia; ampliando de esa forma el parámetro de control de convencionalidad, lo escrito tiene su base en la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2010 dentro del caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia, en la que en el párrafo 199 indicó: "El Tribunal recuerda que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana **y de otros tratados que le otorguen competencia**".

Dentro de esos instrumentos internacionales que conforman el marco convencional se puede citar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que en el artículo 5 establece que:

1) Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los

derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en menor medida que la prevista en él.

2) No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.



En conclusión, se puede afirmar que el marco convencional que justifica la implementación del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH, y que evidencia la importancia cada vez mayor de los tratados como fuente del Derecho internacional se fundamenta en los principios siguientes:

- a) Las obligaciones internacionales que los Estados contraen deben cumplirlas de buena fe.
- b) Los Estados no pueden invocar normativa de Derecho interno para incumplir con los tratados internacionales de los que son parte.
- c) El llamado “efecto útil” de los tratados, conforme al artículo 2 de la CADH los Estados deben adecuar su ordenamiento interno para cumplir con las obligaciones derivadas de tratados internacionales.

5.2 Antecedentes

El control de convencionalidad es un concepto doctrinario emanado de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante la Corte IDH, con el caso *Almonacid Arellano versus Chile* en septiembre de 2006; a partir de esa fecha se definió esta doctrina, su contenido y sus alcances, debiendo ser aplicada en los Estados Parte de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (CADH), en el caso del Estado de Guatemala, este ratificó dicha Convención el 25 de mayo de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 9 de marzo de 1987.



Esta figura doctrinaria ha venido a enriquecer el Derecho procesal constitucional, es decir, que es eminentemente adjetiva, como primer antecedente de la misma se puede citar el caso *Mirna Mack Chang versus el Estado de Guatemala*, sentencia dictada contra el Estado de Guatemala el 25 de noviembre de 2003, siendo en este proceso en el que el ex magistrado Presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez razonó su voto de forma concurrente y en el apartado 27 del mismo, introdujo por primera vez la etiqueta “*control de convencionalidad*”. Al respecto la maestra Miriam García en el artículo: “La aplicación del control de convencionalidad en la administración de justicia”, el que fuera publicado en la Revista del Consejo de la Carrera Judicial de Guatemala (2016:14-15) citando al ex magistrado mexicano indica que:

No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o alguno de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sus actuaciones- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional. (El subrayado es propio).

Como se indicó anteriormente ese fue el primer antecedente del control de convencionalidad y fue utilizado de forma aislada pero recurrente por el ex magistrado Sergio Ramírez García quien hacía referencia al mismo como el ejercicio que la Corte IDH realizaba al analizar cada caso concreto sometido a su conocimiento y verificando entonces; la conducta del Estado demandado frente a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en adelante la Convención. En esos primeros antecedentes se hacía alusión en esencia a la competencia de la Corte IDH para conocer y decidir un caso y el control era ejercido en el a lo interno del Tribunal Interamericano.

La maestra García Aguilar (2016:14) indica que de ese primer antecedente sobre el uso de la expresión “control de convencionalidad” es importante establecer tres aspectos:

- ✓ Solamente se hace alusión a “control de convencionalidad” pero no se estableció una definición del mismo, sin embargo, generó un precedente en la jurisprudencia de la Corte IDH;
- ✓ La expresión “control de convencionalidad” no se estableció en un fallo *per se*, sino que fue en un voto razonado concurrente y en consecuencia;
- ✓ Dicha expresión nació del análisis y razonamiento que hizo uno de los magistrados de la citada Corte y que poco a poco va tomando auge en el pleno de la Corte IDH.



El segundo antecedente que se encuentra y que permitió el desarrollo jurisprudencial del control de convencionalidad fue el caso: *Tibis versus Ecuador*, en el que el ex magistrado Sergio García Ramírez (García: 2016:14), también en un voto razonado concurrente indicó que:

La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que se funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.

Con el razonamiento del juez García Ramírez se van definiendo las competencias tanto de los jueces interamericanos, como de los jueces de cada Estado Parte de la Convención, es de esa manera como la concepción tradicional o básica de control de convencionalidad, en principio concentrada en la Corte IDH se va ampliando al concebirse el mismo como un control transnacional derivado del deber de cumplimiento y aplicación de la CADH, que tienen los Estados Parte de la misma, así como la obligatoriedad de observar la jurisprudencia emanada del tribunal interamericano, todo ello ha hecho que se configure el control interno de convencionalidad, o dicho en otras palabras, se implementa el control difuso de convencionalidad.



En corolario de lo antes escrito se puede citar la sentencia del caso *Raxos Reyes versus el Estado de Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas de fecha 15 de septiembre de 2005, en la que la Corte IDH realizó el control de convencionalidad entre la Convención o Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, arribando a la conclusión que esta última ley contravenía disposiciones de la citada Convención, en ese caso la Corte dispuso que el Estado de Guatemala debía modificar dicha ley que permitía la aplicación de la pena de muerte y mientras tanto debía abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por la comisión del delito de plagio o secuestro.

Según García (2016:15) con la sentencia antes mencionada, la Corte IDH dejó claro que la legislación interna debe sujetarse a las disposiciones de la Convención Americana, en vista que los Estados miembros han aceptado la competencia contenciosa de la Corte deben darle fiel cumplimiento a todos los mandatos convencionales, caso contrario el Estado incurriría en responsabilidad internacional.

El momento histórico en el que la Corte IDH define el contenido y alcances del control de convencionalidad se da con la emisión de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de fecha 26 de septiembre de 2006 en el caso *Almonacid Arellano versus Chile*; esta resolución reafirma el criterio de la Corte IDH en relación con leyes de autoamnistía, resolviendo sobre la invalidez del decreto ley que dejaba en la impunidad los crímenes considerados de lesa humanidad cometidos en el período comprendido de 1973 a 1979 de la dictadura de Augusto Pinochet en Chile, en vista que dicho decreto ley resultaba incompatible con la Convención Americana carecía de efectos jurídicos y por lo tanto era inaplicable.

Los aspectos de dicha sentencia que interesan sobremanera es que en ella se desarrolla la figura del control de convencionalidad de forma abierta, se recomienda la lectura de los párrafos del 123 al 125, para efectos didácticos se transcribe el párrafo 124 por considerarse que allí se encuentra lo esencial de esta doctrina, pues el Tribunal Interamericano expresó:

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.



Lo antes indicado implica entonces que el Poder Judicial debe ejercer el control de convencionalidad entre la normativa interna que aplican a los casos concretos y a la Convención Americana, debiendo los jueces no solamente tener en cuenta esta última, sino también la interpretación de la misma ha hecho la Corte IDH, que se configura como intérprete última de la Convención; fue de esa forma en que esta doctrina se fue expandiendo del ámbito internacional al nacional, por decisión y orden del Tribunal Interamericano con la finalidad de garantizar la plena vigencia y cumplimiento de la Convención y sobre todo el respeto y la garantía de los derechos humanos, atendiendo en todo caso a la progresividad de los mismos.

Una vez definido el control de convencionalidad la Corte IDH, empezó a ampliar su contenido y sobre todo sus alcances, verbigracia el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Perú, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas de fecha 24 de noviembre de 2006, en la que en el párrafo 128 señaló lo siguiente:

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 solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas

internas y la Convención Americana, evidenciando en el marco de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.



Con la lectura del párrafo precedente se evidencia la expansión de esta doctrina por parte de la Corte IDH, pues con la sentencia antes relacionada se aclaró que el control de convencionalidad debe ejercerse *ex officio*, es decir, sin necesidad que las partes lo soliciten, evidenciando el carácter oficioso con el que todos los jueces nacionales deben realizar dicho control, siempre dentro de las competencias y procedimientos procesales de cada autoridad.

Posteriormente, la Corte IDH al emitir la sentencia de fecha 26 de noviembre de 2010 dentro del caso Cabrera García y Montiel Flores versus México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sustituyó las expresiones relativas al “Poder Judicial” para ampliar la obligatoriedad de ejercer el control de convencionalidad a todos los órganos de los Estados que han ratificado la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, incluyendo a todos sus jueces sin importar su jerarquía, grado, cuantía, o materia de especialización. Es decir, que todo juez o tribunal que realice funciones jurisdiccionales, verbigracia en Guatemala desde los Jueces de Paz, Jueces de Primera Instancia, Magistrados de Sala de Corte de Apelaciones y de otros Tribunales de igual jerarquía, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Magistrados de la Corte de Constitucionalidad deben ejercer ese control de convencionalidad *ex officio*, indicando en dicha sentencia que los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH como la intérprete última de la Convención.

Aunque en la sentencia citada en el párrafo anterior la Corte IDH indicó que la obligación de realizar el control de convencionalidad se extendía a todos los órganos del Estado, la sentencia se focalizó más en los operadores de justicia; situación que fue ampliada posteriormente en la sentencia del caso Gelman versus Uruguay de fecha 24 de febrero de 2011 estableciendo en el párrafo 239 lo siguiente: “Debe primar un control

de convencionalidad al constituir una “función” y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.



Dicho lo anterior, se concluye entonces que todos los órganos de cada Estado Parte de la Convención están obligados a realizar el control de convencionalidad conforme a sus competencias ya sean jurisdiccionales o administrativas; observándose la actitud progresista de la Corte IDH al ir ampliando el número de sujetos que deben ejercer dicho control a nivel interno para cumplir con el deber estatal establecido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, principalmente la CADH, sin que pueda señalarse de obstáculo el Derecho interno. Ahora bien, el compromiso de ejercer de oficio el control de convencionalidad se extiende a los 24 países que han suscrito y ratificado la Convención Americana y con mayor obligatoriedad los 21 países que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH de un total de 35 países que conforman la Organización de los Estados Americanos (OEA), todo ello ha derivado en que este control de convencionalidad a nivel internacional y luego a nivel nacional haya dado lugar al establecimiento del control difuso de convencionalidad.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ha sido receptiva a esta doctrina y definió el control de convencionalidad en la sentencia de fecha 23 de agosto de 2011 proferida dentro del expediente 2151-2011:

Inicialmente, esta Corte parte de 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.

Como se aprecia, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha adoptado esta doctrina y hace su propio desarrollo jurisprudencial.

5.3 Definición



El control de convencionalidad es una doctrina emanada de la jurisprudencia de la Corte IDH en la que expresa que el mismo constituye una función y tarea de cualquier autoridad pública incluyendo al Poder Judicial; para efectos de la presente investigación la misma se focalizará más en los aspectos jurisdiccionales del control de convencionalidad; dicho lo anterior, se colige que en Guatemala todos los jueces y juezas ya sean de la justicia ordinaria o de justicia privativa al resolver deben hacerlo ya no solo conforme a la Constitución Política de la República sino que también conforme a lo dispuesto en la CADH y en la interpretación que de la misma ha hecho la Corte IDH como la intérprete última de la Convención, dicha labor debe ser *ex officio* con la finalidad de verificar la compatibilidad de las normas infraconstitucionales no solo conforme a la Constitución, sino que también conforme a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de los cuales el Estado es parte.

Dentro del andamiaje jurídico que conforma la doctrina neoconstitucionalista eminentemente procesal se tiene al bloque de constitucionalidad y posteriormente se introduce el tema del control de convencionalidad ampliamente desarrollado por la Corte IDH a partir de 2006, en ese orden de ideas es oportuno citar varias definiciones que han formulado distintos autores, dentro de los que se puede citar a la maestra Miriam García (2016:16) quien indica que:

El control de convencionalidad consiste en el análisis jurídico que deben realizar los jueces entre la legislación interna y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y la interpretación que de la misma ha realizado la propia Corte Interamericana, aplicando aquella norma que brinde mayor protección a los derechos humanos. En caso de existir una contradicción entre las normas internas y la Convención, deberá aplicarse esta última a efecto que sus disposiciones no se vean restringidas por la aplicación de leyes contrarias a la misma.



El control de convencionalidad es la herramienta idónea para la efectiva protección de los derechos humanos pues garantiza su ejercicio a nivel nacional en los órganos jurisdiccionales y a nivel internacional en la Corte IDH, de tal suerte que los jueces y juezas en su aplicación deben atender a los principios pro persona y de progresividad de los derechos humanos, tomando en cuenta que la jurisprudencia de la Corte en ese sentido supera en muchas ocasiones el Derecho interno, siendo así las cosas los operadores de justicia deben aplicar la norma que represente la mayor protección a la persona y a su dignidad.

En consonancia con lo escrito en el párrafo precedente, todos los jueces y juezas deben partir desde el preámbulo de la CADH en el que se establecen la complementariedad y subsidiariedad de la misma y se reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. Es por ello que se justifica una protección internacional de naturaleza convencional que sea complementaria al Derecho interno y que, atendiendo a las obligaciones contraídas por el Estado que en el libre ejercicio de su soberanía se ha obligado a observar la plena vigencia de las convenciones y tratados en materia de Derecho internacional de los Derechos Humanos que ha ratificado y también a adaptar su legislación interna conforme a dicha convencionalidad, conllevando la inaplicación de toda norma que sea encontrada inconvencional; en ese tenor la Corte IDH estableció que de conformidad con los principios generales de Derecho y a la Convención de Viena las decisiones de los órganos de protección internacional de derechos humanos para su aplicación no deben encontrar obstáculos en la legislación interna.

De conformidad con el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional Tomo I coordinado por Ferrer Mac-Gregor *et al*, para desarrollar el concepto y definición de control de convencionalidad incluyen dentro del mismo el trabajo de investigación realizado por el ex magistrado del Tribunal Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor indicando que este es uno de los más recientes y efectivos esfuerzos de la Corte IDH para incrementar el nivel de cumplimiento de la CADH (2014:235-236) señala que:

La Corte la ha entendido como “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho internacional”, principalmente “el Derecho internacional de los derechos humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia” de dicho Tribunal. Esta doctrina establece una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados Parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etcétera) de conformidad con la Convención Americana y, en general, con el *corpus juris* interamericano; en caso de que exista una manifiesta incompatibilidad entre la norma nacional y el *corpus iuris* interamericano, las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente. Las autoridades estatales deben ejercer de oficio el control de convencionalidad, pero siempre actuando dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, las cuales se definen en el ámbito interno.



Según la autora Juana Ibáñez Rivas en su ponencia: “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte IDH” (2012:112) indica que debe entenderse por control de convencionalidad aquella doctrina que:

Constituye una de las medidas que los Estados deben poner en práctica para garantizar el *effet utile* o efecto útil de la Convención Americana y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación. Asimismo, es una herramienta que claramente favorece la protección de los derechos humanos desde los Estados y, paralelamente, afianza el carácter subsidiario y complementario de la jurisdicción internacional.

Ahora bien, Miguel Carbonell citado por Carlos Pelayo Moller, indica que el autor mexicano define el control de convencionalidad de la siguiente forma:

El control de convencionalidad debe entenderse como una herramienta que permite a los jueces contrastar las normas generales internas frente a las normas

del sistema convencional internacional. Esto significa que los jueces nacionales deberán desarrollar de oficio una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales. (http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml Recuperado el 11-01-2017).



Evelin Cano, cita a Juan Carlos Hitters (2013:8), quien define el control de convencionalidad de la siguiente forma:

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.

Parafraseando a la autora Cano (2013:8) se puede indicar que el control de convencionalidad encuentra su fundamento en el hecho que el interés jurídico tutelado por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, no es el de los Estados Parte de la CADH sino de los seres humanos, es por ello que en caso de colisión de normas internas con las normas de Derecho internacional en materia de derechos humanos, siempre prevalecerán aquellas normas que de modo más amplio protejan y efectivicen los derechos fundamentales de los seres humanos.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha ido generando jurisprudencia relacionada al control de convencionalidad, conviene citar el precedente creado con la emisión de la sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013 dentro del expediente 1094-2013 en la que la citada Corte en la página 7 afirma que por vía del bloque de constitucionalidad, es dable esgrimir lo preceptuado por la CADH como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional.

En correspondencia con lo anterior se cita también la parte conducente de de fecha 18 de diciembre de 2014 proferido dentro del expediente 3340-2014, en la que la Corte de Constitucionalidad guatemalteca afirmó que:



Dada la figura del bloque de constitucionalidad, es de obligada observancia lo preceptuado en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y, por estar sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta obligatoria su observancia de las sentencias emitidas por esa Corte, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas de la Convención y su alcance. (El subrayado no aparece en el texto original).

Dentro de la definición y alcances del control de convencionalidad y su recepción en Guatemala, es necesario anotar que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha acogido dicha doctrina reconociendo la competencia contenciosa de la Corte IDH, ello implica la observancia de su doctrina legal y opiniones consultivas, aun cuando el Estado no sea parte de la misma; en estos casos y en pro de garantizar la efectiva protección de los derechos humanos a las personas, se está abierto a la fiscalización de la actividad jurisdiccional para que esta se ajuste a la convencionalidad de la que el Estado es parte; conscientes que la Corte IDH no se ocupa de modificar en forma directa el Derecho interno pues su misión es controlar que el Derecho interno sea compatible con la CADH y otros tratados en materia de derechos humanos, en tal virtud no se convierte en una instancia que deja sin efecto las leyes de los países, pero atribuye dicha responsabilidad de ejercer ese control difuso de la convencionalidad para que los jueces locales lo realicen de oficio.

5.4 Características

La doctrina del control de convencionalidad está en pleno desarrollo, pero sus alcances han sido significativos a partir de la sentencia del caso Almonacid Arellano versus Chile en el año 2006 en la que transmite un mensaje muy claro a todos los jueces de los



Estados Parte de la CADH, al reconocerles que están sujetos al imperio de las leyes nacionales y por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico; pero, cuando dicho Estado ha ratificado la citada Convención también están sometidos a ella lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones convencionales no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a la misma pues desde un principio carecen de efectos jurídicos.

a) Control de convencionalidad *ex officio*

De la sentencia antes referida surge una de las características principales del control de convencionalidad; la obligatoriedad impuesta por parte de la Corte IDH a todos los jueces y juezas, sin importar categoría o especialización de ejercer el control de convencionalidad ex officio conforme el marco de sus competencias y regulaciones procesales correspondientes entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la CADH, debiendo tomar en cuenta no solamente el contenido del tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH como intérprete último de la Convención como un estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

b) La obligación de realizar el control de convencionalidad corresponde a los jueces y juezas y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles

Dicha característica fue definida por la Corte IDH en la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores versus México, indicando que corresponde a las autoridades judiciales, con base en el control de convencionalidad, disponer inmediatamente y de oficio el conocimiento de hechos por parte del juez natural.

c) El control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública

Esta característica evidencia el desarrollo jurisprudencial de esta doctrina, siendo ampliada en el caso Gelman versus Uruguay, en la sentencia de fecha 24 de febrero de 2011 la Corte IDH en el párrafo 193 estableció que cuando un Estado es parte de un

tratado internacional como la CADH, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin; se recomienda la lectura del párrafo 239 de dicha sentencia.



Dentro de ese contexto es muy oportuno señalar que dentro de la sentencia de mérito el juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado concurrente, expuso con mayor amplitud y fue preciso en cuanto a las categorías mencionadas en el párrafo transcrito calificando a las sentencias de la Corte IDH como “norma convencional interpretada” que tiene vinculación indirecta y efectos “erga omnes” para todos los Estados parte de la Convención.

d) Subsidiaridad o complementariedad del Derecho internacional de los derechos humanos

Esta característica es implícita al control de convencionalidad, siendo necesario destacar la importancia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que deben observar todos los jueces locales; en ese sentido la Corte IDH ha aclarado que en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones locales sino que su trabajo es revisar si los Estados Parte de la Convención han violado o no la misma; estableciendo que, sin entrometerse en las jurisdicciones locales, toda sentencia debe ser ejecutoriada al causar firmeza y eventualmente pueden discutirse ante esa Corte, la cosa juzgada cuando una decisión local o doméstica afecte derechos de individuos protegidos por la Convención, ya sean estos derechos económicos, sociales, culturales así como derechos políticos y civiles. En esos casos excepcionalmente y por recomendación de la CIDH se puede motivar la intervención del Tribunal Interamericano para examinar los procesos internos y verificar si el Estado demandado observó la convencionalidad, es decir, todos aquellos tratados en materia de derechos humanos de los cuales es parte, caso contrario conllevaría una sentencia condenatoria que tiene carácter de inapelable.

El concepto de control de convencionalidad está íntimamente relacionado con el principio de complementariedad o también llamado de subsidiaridad, así lo determinó la

Corte IDH en la sentencia de supervisión de cumplimiento de Sentencia del caso Gelman versus Uruguay; resolución de fecha 20 de marzo de 2013 (ver los párrafos 70 y 71), lo que implica que por medio del control de convencionalidad se puede generar un tipo de control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente con las autoridades internas y las instancias internacionales, esto en forma complementaria, de modo que los criterios para la toma de decisiones puedan ser conformados y adecuados entre sí.

- e) El control de convencionalidad es parámetro que se extiende a otros tratados en materia de derechos humanos

Esta característica está íntimamente relacionada con las descritas en literal anterior y es desarrollada por la Corte IDH en el caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) versus Guatemala, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2012 en la que en el párrafo 330 estableció:

Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar porque los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el Ministerio Público, deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana. (El subrayado es propio).



En el mismo sentido la Corte IDH resolvió en el caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 4 de septiembre de 2012, ver párrafo 262.



- f) La Corte IDH no impone determinado modelo de control de convencionalidad y al verificarse este es equiparable al control de constitucionalidad

El control de convencionalidad se puede equiparar al control de constitucionalidad que deben realizar los operadores de justicia en sede interna para resguardar el orden constitucional y la plena vigencia de los derechos humanos que se encuentran contenidos en la parte dogmática de la Constitución como un catálogo que se ha ampliado a través de los Tratados y Convenios en materia de derechos humanos que el Estado ha ratificado y que forman parte del bloque de constitucionalidad; en ese orden de ideas el Tribunal Interamericano afirmó en la sentencia del caso Boyce y Otros versus Barbados de fecha 20 de noviembre de 2007

que los jueces no deben limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional, sino que su actividad intelectual también debe orientarse a verificar si una norma es convencional, es decir, que el órgano jurisdiccional de que se trate debe decidir si la norma viola o restringe derechos reconocidos en la CADH.

Dicho lo anterior, se colige que la Corte IDH y específicamente la CADH no impone determinado modelo de control de convencionalidad, para reforzar este argumento se recomienda la lectura del párrafo 124 de la sentencia de fecha 30 de enero de 2014 proferida en el caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname.

- g) El control de convencionalidad conlleva implícita la obligación de adecuar la legislación interna conforme a la CADH y otros tratados en materia de derechos humanos

El control convencional es una herramienta muy útil para todos aquellos Estados que hayan aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH pues contribuye a mantener

vigente la CADH y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los Estados que sean parte; una característica esencial del mismo es la exigibilidad a los Estados parte a armonizar sus ordenamientos jurídicos conforme a la Convencionalidad, pues dicho control puede implicar la expulsión de normativa que colisione con la Convención.



Paralelamente a lo anteriormente indicado, cuando el control de convencionalidad es realizado por la propia Corte IDH y emite sentencia disponiendo que en ese caso particular se violó la Convención Americana, dicha resolución es vinculante para ese Estado de conformidad con los artículos 62.3 y 68.1 de la citada Convención. Así las cosas, dicho Estado tiene la obligación de adaptar y/o en su caso también modificar el Derecho interno, incluso hasta su propia Constitución bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad estatal en caso no acatar lo resuelto por el Tribunal Interamericano; lo antes indicado no significa que la decisión de la Corte IDH implique la abrogación automática de la normativa legal interna relacionada, pues es el Estado determinado el que debe realizar dichas reformas conforme a sus procedimientos, de tal forma se respeta la soberanía de cada Estado, pero se garantiza a nivel regional la plena vigencia y observancia de los derechos humanos.

Asimismo, en vista que la Corte de Constitucionalidad reconoció que la CADH es parámetro para decidir sobre la constitucionalidad de cualquier ley interna, ello implica la supresión de normas contrarias a la misma o bien a la interpretación que de la misma ha establecido la Corte IDH, así como cualquier tratado en materia de derechos humanos que forma parte del bloque de constitucionalidad. Así las cosas, se puede afirmar que dicho parámetro forma un verdadero “bloque de convencionalidad” que queda inmerso dentro de la figura del bloque de constitucionalidad; conforme a la jurisprudencia que ha emanado el Tribunal Constitucional guatemalteco, interesa en este apartado lo resuelto en la sentencia precitada en la que exhorta al Congreso de la República para que realice su función legislativa ajustando el texto de dicho artículo a lo preceptuado por la Convención.

h) El control de convencionalidad se expande a las opiniones consultivas



La Corte IDH ha definido que el control de convencionalidad debe realizarse *ex officio* por todos los jueces y autoridades públicas conforme a la CADH y la Jurisprudencia emanada de dicha Corte y conforme a los tratados en materia de Derecho internacional de los derechos humanos, ahora bien, dentro de esa intervención subsidiaria que tiene el Tribunal Interamericano para fortalecer la plena vigencia y observancia de los derechos humanos por parte de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos y dentro de la progresividad de su doctrina ha definido que también las opiniones consultivas son fuentes obligatorias al realizar dicho control debido a su valor jurídico, obligando a todos los Estados Parte, aun cuando la opinión consultiva no haya sido realizada por ellos, pero la Corte IDH ha realizado una interpretación *pro persona* del *corpus iuris* interamericano por lo tanto revisten carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la OEA; en ese orden de ideas se debe consultar el párrafo 31 de la Opinión Consultiva OC-21/14 de fecha 19 de agosto de 2014: Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

i) El control de convencionalidad no posee definitividad

Como un elemento característico de esta doctrina, el autor de esta investigación puede señalar que la Corte IDH a partir de la sentencia del caso Almonacid Arellano Versus Chile en el año 2006 ha hecho un desarrollo jurisprudencial bastante progresivo del control de convencionalidad, lo que ha permitido que el mismo tenga carácter expansivo, pero se evidencia que el mismo no posee definitividad en sus postulados, situación que lo hace un concepto en evolución constante, es decir, que es una doctrina que está estableciéndose y *contrario sensu* al hacer una comparación con otras instituciones jurídicas tan sólidas y bien fundamentadas del Derecho constitucional como el control de constitucionalidad se puede apreciar que se han sentado las bases pero no está dicha la última palabra en cuanto a esta novedosa doctrina que tiene como finalidad la optimización de los derechos humanos a nivel regional.



5.5 Clasificación

Para desarrollar este tema debe atenderse que a lo interno del Tribunal Interamericano se habla de un Derecho procesal convencional, y dentro de ese contexto se incluye el control de convencionalidad, mecanismo que permite hacer la comparación entre la legislación doméstica y el Derecho supranacional en materia de derechos humanos, para ello se requiere que el mismo sea realizado a lo interno de los Estados miembros de la Convención, es decir, un control convencional difuso y posteriormente un control concentrado de convencionalidad ejercido por la Corte IDH, ambos temas se encuentran intrínsecamente relacionados, aunque los órganos que lo ejercen son distintos.

5.5.1 Control concentrado de convencionalidad

El control concentrado de convencionalidad es aquel realizado por la Corte IDH cuando examina de forma subsidiaria que la legislación interna, las conductas y actos de los Estados parte de la CADH sean conforme a esta y no trasgredan su contenido, de esa forma realiza el control de convencionalidad en sus sentencias, ordenando suprimir o eliminar del ordenamiento jurídico del Estado que se trate normas ordinarias o incluso puede ordenar reformas constitucionales cuando exista colisión con el Pacto de San José; a este tipo de control de convencionalidad se le ha denominado “en sede internacional”, como una forma de diferenciarlo del control asignado obligadamente a los jueces locales a partir de la sentencia del Caso Almonacid Arellano versus Chile y reafirmado posteriormente en otros fallos.

El caso Mirna Mack Chang versus Guatemala fue el primer antecedente en que el control de convencionalidad fue mencionado por la Corte IDH señalando que los Estados son responsables frente a la misma por los actos de todos sus órganos, en virtud de las obligaciones impuestas por la Convención Americana: “Sustraer a otros de este régimen convencionalidad de responsabilidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”.

Indica la maestra Roselia Bustillo Marín que el anterior criterio fue reafirmado un año después, en el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el siguiente sentido:

A través del control de constitucionalidad, los órganos internos conforman la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. **El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.** (Recuperado de internet el día 14-01-2017 del sitio:http://www.sitioswwwweb.com/miguel/el_control_de_convencionalidad_PJF_1.pdf).

Al realizar el control concentrado de convencionalidad la Corte IDH determina posteriormente a realizar un test de convencionalidad que cuando en los casos sometidos a su conocimiento existen violaciones a la CADH la responsabilidad es para el Estado en cuestión y no solamente del órgano directamente responsable de la violación, este tipo de control siempre lo ha realizado la Corte IDH; según lo expresado por el magistrado interamericano Ferrer Mac-Gregor, quien es citado por la maestra Carmen Bejarano (2015:44):

El control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) que desde años atrás ejercía la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien “reputaba inválidas las normas del Derecho Local opuestas a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (...) control inter (o supra) nacional o desde arriba. (El subrayado no aparece en el texto original).

De esa forma se define el control concentrado de convencionalidad realizado en sede internacional o en la propia Corte IDH desde la primera sentencia que emitió, aunque como bien lo manifestó Ferrer, no siempre fue denominado de esa forma.



5.5.2 Control difuso de convencionalidad

Dentro del desarrollo doctrinario de la doctrina del control de convencionalidad que ha realizado la Corte IDH el control difuso de convencionalidad inicia en 2006 con la sentencia Almonacid Arellano contra Chile, dentro de ese contexto los Estados parte de la Convención, en el ámbito de sus competencias y conforme a sus procedimientos adjetivos.

El control de convencionalidad en sede interna o difuso, sale de la competencia del Tribunal Interamericano para agregarse en el ámbito de la competencia de cada uno de los Estados que son miembros de la Convención; ampliando el tema, Bejarano (2015:45) cita al autor Néstor Pedro Sagüés, quien indica que:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a su propia jurisprudencia (...) Usualmente se le denomina control de convencionalidad nacional o desde abajo.

Se infiere que con las sentencias de los casos Almonacid Arellano contra Chile (párrafos 123 y 124) y del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú (párrafo 128); la Corte IDH dio inicio a la configuración de la doctrina del control difuso de convencionalidad destacando la sujeción de los jueces nacionales al ordenamiento jurídico interno y por ello están obligados a aplicar la normativa legal vigente, pero; cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la CADH, sus jueces como parte del aparato estatal también están sometidos a ella, situación que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones convencionales no sean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y que desde un principio carecen de efectos jurídicos; este control de convencionalidad deberán realizarlo *ex officio* todos los jueces nacionales así como los órganos vinculados a la administración de justicia, sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia o especialidad entre la legislación interna y los tratados de derechos humanos de los que el Estado es parte.





Para Juan Carlos Hitters, citado por la maestra Miriam García (2016:19), para aplicar el control de convencionalidad en sede local o difuso, el juez debe realizar el control de constitucionalidad. Ello implica que la norma debe analizarse primero por los cuerpos judiciales internos y luego, si todavía persiste el agravio, por el más alto cuerpo de justicia del país.

En consonancia con lo antes escrito se colige que todas las acciones para hacer efectivo el control de convencionalidad en sede interna o difuso conlleva que los jueces interpreten la normativa nacional conforme al *corpus iuris* interamericano, inaplicando dicha norma cuando colisione con la norma convencional por ser incompatibles, en algunos Estados como Guatemala, la Corte de Constitucionalidad tiene facultades para declarar la invalidez de una norma con efectos generales con la finalidad de evitar futuras violaciones a derechos humanos.

Como ejemplo de ese control de convencionalidad difuso o en sede interna realizado por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, se cita la inconstitucionalidad de carácter general parcial en la que los accionantes promovieron dicho proceso en contra de la frase: *Sin embargo se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa;* del artículo 132 del Código Penal guatemalteco que tipifica el delito de asesinato; el Tribunal Constitucional guatemalteco conoció dentro del expediente 1097-2015 en el que profirió la sentencia de fecha 11 de febrero de 2016, en el que declaró con lugar dicha acción de inconstitucionalidad; eliminando de esa forma la pena de muerte a los condenados por la comisión del delito de asesinato.

En la sentencia de mérito la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, como indicó el maestro Hitters previo a realizar el control de convencionalidad en sede interna o difuso debió realizar el control de constitucionalidad primeramente para verificar si la norma atacada de inconstitucional está redactada conforme a la Constitución y posteriormente confrontar la legislación ordinaria interna con la CADH; en la sentencia antes referida se



declaró con lugar la inconstitucionalidad general parcial, posterior a la declaración de inconstitucionalidad la Corte revisó la convencionalidad, especialmente la CADI que como ya se definió, es parámetro de constitucionalidad de las leyes infraconstitucionales; también se hizo acopio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para fundar su *ratio decidendi* en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala.

Es importante hacer la anotación que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, todos los organismos del Estado tienen la obligación de ejercer el control de convencionalidad de oficio, dentro de ese contexto, se cita la labor de control de convencionalidad ejercido por la Corte Suprema de Justicia en 2010¹⁸ que ejerciendo la labor de cumplimiento de las sentencias del Tribunal Interamericano indicó que la sentencia en el caso Fermín Ramírez contra Guatemala constituye ley favor rei, en consecuencia conmutó la sanción de pena de muerte a más de 30 condenados por el delito de asesinato por la pena máxima de prisión contemplada en el artículo 132 del Código Penal al momento de la comisión del ilícito penal de asesinato, es decir, que en algunos casos conmutó la pena de muerte a 50 años y en otros 30 prisión, acogiendo los argumentos de la citada Corte, e indicando que dicha sentencia es de obligatoria observancia conforme el artículo 46 constitucional.

Con relación al Congreso de la República, este Organismo del Estado sí tiene la facultad para abolir la pena de muerte en los delitos que tienen contemplada dicha pena ya que ello no conlleva una reforma constitucional pues la pena de muerte es una sanción y no un derecho fundamental conforme el artículo 18 constitucional.

Parafraseando al autor Víctor Bazán citado por García (2016-20), precisa que la declaración de inconvencionalidad, es decir, cuando el juez nacional deja de aplicar una norma interna por ser contraria a la Convención, es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que el hecho de ejercer el control de constitucionalidad y el control de

¹⁸ Se recomienda la lectura del documento: La Corte Suprema de Justicia frente a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyo autor es el extinto Magistrado César Ricardo Crisóstomo Barrientos Pellecer, se puede consultar en: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/el-poder-judicial-de-guatemala-frente-a-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/el-poder-judicial-de-guatemala-frente-a-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos%20(3).pdf)

convencionalidad de oficio no vulnera el derecho de igualdad de las partes e ni se afecta el derecho de defensa.



Concluyendo este tema; se colige que el control de convencionalidad en sede interna difuso tiene como objetivos evitar la aplicación de legislación interna que colisione con la CADH y que son nulas desde su inicio como lo definió la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano contra Chile; asimismo, dicho control permite a las autoridades de los Estado miembros de la Convención cumplir con sus obligaciones de respeto y de garantía de los derechos humanos protegidos en el *Corpus Iuris* Interamericano y otros tratados en materia de derechos humanos y de las sentencias que la Corte emite contra dicho Estado, de esa forma se puede explicar la característica de complementariedad o subsidiariedad de la legislación interna con la legislación del sistema interamericano y otro objetivo es fortalecer la jurisprudencia en materia de derechos humanos, pudiéndose hablar de un diálogo entre los tribunales nacionales y el Tribunal Interamericano formando una especie de bloque convencional-constitucional que permita la progresividad y optimización de los derechos humanos observando en todo caso el principio de la dignidad de la persona humana.

5.5.3 Grados de realización del control de convencionalidad

Dentro de la doctrina del control de convencionalidad existe un tema subsidiario del control de convencionalidad realizado en sede interna o difuso pudiéndose encontrar dos grados de realización del mismo; de esa forma lo indica lo indica Eduardo Ferrer Mac-Gregor citado por Bejarano (2016:49):

El grado de intensidad máximo del control de convencionalidad se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (...) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes* (...) el grado de intensidad del control difuso de convencionalidad disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de

constitucionalidad y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto.



Conforme al desarrollo de esta doctrina y siguiendo la línea de pensamiento del juez Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, se pueden identificar tres grados de intensidad del control de convencionalidad difuso o en sede interna:

- a) Grado de intensidad bajo: en este caso el juez nacional al momento de aplicar la norma doméstica debe hacer una interpretación de la misma “conforme” a la Convención para armonizar la normativa interna con esta.
- b) Grado de intensidad intermedio: este se da cuando el intérprete concluye que no existe manera de interpretar la norma nacional a modo de hacerla compatible con la CADH; este grado intermedio lo pueden ejercer todos los jueces que tengan competencia difusa y su efecto es la inaplicabilidad de la norma inconvencional.
- c) Grado máximo de intensidad: cuando el juez nacional al interpretar la norma doméstica conforme a la Convención, encuentra que la primera es inconvencional, tiene la facultad de expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*; esta declaración general de invalidez de la norma nacional por inconvencionalidad la realizan las máximas Cortes Constitucionales de cada Estado que conforme a su legislación y jurisprudencia son los últimos intérpretes constitucionales.

En Guatemala, la Corte de Constitucionalidad utiliza el control de convencionalidad en su máximo grado de intensidad, con ello los magistrados constitucionales persiguen garantizar a las partes que las normas que aplican al caso concreto están en armonía con la Convención Americana y la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, ello es posible mediante una interpretación conforme el texto convencional lo que implica que en caso de existir varias interpretaciones aplicables al caso concreto se debe escoger aquella que es más favorable a la persona.

5.6 La actitud del Estado de Guatemala ante la jurisdicción de la Corte IDH



Como es de conocimiento general, jurisdicción es la potestad derivada de la soberanía del Estado, que consiste en aplicar la legislación atinente al caso concreto que somete a su conocimiento de los órganos jurisdiccionales que en Guatemala, de conformidad con el artículo 203 de la Constitución es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia que tienen la facultad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado; es decir, que dichos tribunales previo a emitir la sentencia del caso concreto deben observar la constitucionalidad y convencionalidad de la ley aplicada; aunado a ello se complementa el concepto de jurisdicción con la garantía o derecho que asiste a las partes de una tutela judicial efectiva, lo que conlleva que los jueces y juezas deben razonar y fundamentar debidamente sus resoluciones y conforme a la ley adjetiva garantizar a los sujetos procesales el acceso a todos los medios de impugnación pertinentes hasta que la dicha resolución cause firmeza y deba ser ejecutoriada causando cosa juzgada.

Dentro de ese contexto y parafraseando a García (2016:23), por mandato constitucional, los jueces y magistrados ejercen exclusivamente la administración de justicia, sin embargo, desde el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, ya no basta con que los Estados agoten su razonamiento en la normativa interna, sino que deben realizar el análisis jurídico teniendo como parámetro los tratados y convenios en materia de derechos humanos; asimismo, la Corte IDH indica que deben ser los Estados quienes garanticen y protejan de mejor manera los derechos humanos conculcados aplicando las disposiciones constitucionales y convencionales.

Consiguientemente, Guatemala como Estado democrático que impulsa la plena vigencia de los derechos humanos y reconociendo su progresividad conforme a su soberanía y vía los artículos 44, 46 y 149 ha ratificado tratados y convenciones en materia de derechos humanos, mismos que vía el bloque de constitucionalidad han ampliado el catálogo de derechos humanos para los guatemaltecos conforme la legislación nacional y supranacional; ahora bien, dentro de ese orden de ideas, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de la que Guatemala es parte, crea la Corte Interamericana



de Derechos Humanos como órgano supranacional que ejerce jurisdicción sobre los Estados parte de la CADH, la actitud de Guatemala ha sido de reconocer la competencia contenciosa de la Corte IDH y asumir el compromiso de observar el Pacto de San José; en consecuencia, acepta que la citada Corte tiene competencia para conocer casos de violaciones a derechos humanos que se presenten contra Guatemala como miembro de la Convención; aunado a ello la Corte de Constitucionalidad de Guatemala ejerciendo control de convencionalidad difuso ha sentado doctrina legal en la que define que la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH forman parte del bloque de constitucionalidad y por tanto son parámetro de constitucionalidad de las leyes internas.

Ahora bien, citando el asidero legal en el que se establece la competencia contenciosa de la Corte IDH, se cita el artículo 62 de la Convención el que en el numeral 1 establece que:

Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

Se amplía el párrafo transcrito en el sentido de indicar que el Estado de Guatemala, ratificó la Convención Americana Sobre Derechos Humanos el 25 de mayo de 1978 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 9 de marzo de 1987.

En corolario de lo anterior, el artículo precitado en el numeral tres preceptúa que:

La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.



La función jurisdiccional o competencia contenciosa es aquella que realiza la Corte IDH cuando resuelve los casos en los que se acusa a determinado Estado miembro de la CADH de violar los preceptos de la misma, pudiendo de conformidad con el artículo 63 convencional tomar las medidas provisionales que considere pertinentes con el fin de evitar daños irreparables a las personas, asimismo, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención, dispondrá cuando sea procedente que el Estado condenado repare las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y por consiguiente el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Por lo tanto, como los Estados miembros del Pacto de San José, pueden aceptar en cualquier momento la competencia contenciosa de la Corte IDH, es viable que esta extienda una invitación al Estado que se trate para conocer determinado caso concreto pues solamente los Estados Partes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tienen derecho a someter un caso a decisión de la Corte y el fallo que emita el Tribunal Interamericano debe ser motivado y tiene carácter de definitivo e inapelable, sin embargo, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcances del mismo, la Corte interpretará a solicitud de cualquiera de las partes lo concerniente y siempre que dicha solicitud sea dentro de los 90 días a partir de la fecha de notificación, debiendo comprometerse los Estados a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso que sean parte, todo lo anterior conforme los artículos 61.1, 66, 67 y 68 de la Convención.

Ahora bien, el Tribunal Interamericano aparte de la jurisdicción contenciosa definida anteriormente también tiene competencia consultiva conforme al artículo 64 de la Convención, que establece:

Los Estados Miembros de la Organización de consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. (...) La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

Conforme a la investigación realizada, solo se encontró la opinión consultiva realizada por el Estado de Guatemala ante la CIDH el 8 de septiembre de 1988 y que posteriormente fuera elevada ante la Corte IDH con relación con la reserva que hiciera del artículo 4 numeral 4 de la CADH el Presidente de la República de Guatemala posterior a la emisión del Decreto de ratificación de la misma, (como cultura general hay que indicar que dicha Reserva ya no está vigente pues fue retirada por el Presidente Vinicio Cerezo a través del Acuerdo Gubernativo 281-86); también se debe citar la opinión consultiva de fecha 14 de julio de 1989 relacionada con la interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre solicitada por Colombia fundamentando dicha petición en el artículo 64 convencional; la competencia consultiva configura un método judicial alternativo a través del cual se puede lograr la interpretación de la CADH, de otros tratados en materia de derechos humanos y la interpretación de leyes internas de cada Estado Parte, las opiniones consultivas son de obligatoria observancia para todos los Estados parte de la Convención en vista que constituyen cosa interpretada por el Tribunal Interamericano.



5.7 La Corte de Constitucionalidad de Guatemala y su postura ante el control de convencionalidad difuso

Como se ha definido anteriormente en el desarrollo de esta investigación, por disposición de la Corte IDH el control de convencionalidad de las normas debe ejercerse por todos los jueces de cualquier especialidad; atendiendo al tema del control de convencionalidad difuso se puede concretar que en Guatemala conforme a la Constitución Política de la República y a la Ley de la Carrera Judicial vigente los órganos de jurisdicción tanto ordinaria como privativa pueden ejercer el control de convencionalidad en sede interna pero atendiendo al grado de mayor o menor intensidad son:

- a) Jueces de Paz,
- b) Jueces de Primera Instancia,

- 
- c) Magistrados de las Cortes de Apelaciones y otros tribunales de igual categoría como el Tribunal de Segunda Instancia de Cuentas y las Salas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo,
 - d) Por la Corte Suprema de Justicia integrada en sus Cámaras Civil, Penal y de Amparo y Antejuicio
 - e) Complementario al control de convencionalidad ejercido por la justicia ordinaria, la Constitución Política en el artículo 268 crea la Corte de Constitucionalidad como Tribunal permanente de jurisdicción privativa en materia constitucional.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación este tema se delimitará al ámbito de competencia de la Corte de Constitucionalidad como intérprete último de la Constitución Política de Guatemala y también porque es el Órgano Jurisdiccional en materia de justicia constitucional que ejerce el control de convencionalidad en su máxima intensidad, con facultades para expulsar del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes* toda norma doméstica hallada inconvencional en el caso de acciones de inconstitucionalidad general o en su caso también cuando resuelve declarando la inconstitucionalidad general parcial por omisión en la que resuelve exhortando al Congreso de la República para que ejerciendo su función legislativa complemente y armonice la normativa interna a la convencionalidad en materia de derechos humanos.

A continuación se citan algunas sentencias que se consideran relevantes en el estudio del tema de mérito, y con las cuales la Corte de Constitucionalidad ha mantenido una especie de diálogo con el Tribunal Interamericano al adoptar su jurisprudencia en cuanto al control de convencionalidad, prueba de ello es la sentencia 1822-2011 de fecha 17 de julio de 2012 en la que se define el bloque de constitucionalidad, su contenido y sus alcances en Guatemala, expresando su postura ante el control de constitucionalidad abstracto y el cumplimiento de la Convención Americana, indicando que en anteriores fallos como garante de la supremacía constitucional, se ha apoyado en tratados internacionales en materia de derechos humanos para los efectos de afirmar la contravención a los preceptos constitucionales, reconociendo su fuerza normativa y

apartándose de su jurisprudencia al afirmar que los tratados en materia de derechos humanos son parámetro de constitucionalidad.



Cierto es que la sentencia precitada dio origen a la doctrina del bloque de constitucionalidad dentro de la cual la Corte de Constitucionalidad incluye la CADH, pero en ese fallo histórico también realizó *ex officio* el control de convencionalidad en sede interna; aunque en ningún momento lo denominó de tal forma en el caso concreto, según lo indicó en el considerando IV de dicha sentencia: *“Ese imperativo de completitud, deriva de lo preceptuado en el artículo 46 de esta, que sobrepone, la convencionalidad de los derechos humanos al Derecho interno, razón por la que la legislación ordinaria debería adecuarse a esos parámetros del Derecho internacional”*, basta leer la *ratio decidendi* del referido fallo para colegir que lo que perseguía la Corte de Constitucionalidad era armonizar la ley ordinaria interna con la convencionalidad, en tal sentido hizo la exhortación al Legislativo para que realizara dicha labor, caso contrario sería un legislador positivo y vulneraría la independencia de poderes celosamente garantizada en la Constitución.

Dentro del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional guatemalteca se puede indicar que en la sentencia de fecha 6 de agosto de 2011 proferida dentro del expediente 143-2013 la Corte explicó que en la sentencia 1822-2011 la Corte varió su criterio anterior y definió que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parámetro de constitucionalidad de las leyes, en consecuencia se pueden formular planteamientos de inconstitucionalidad apoyándose en el señalamiento que una disposición legal, reglamentaria o de carácter general confronta lo dispuesto en los instrumentos que conforman el bloque de constitucionalidad.

Bien lo dicho anteriormente, en sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013 dictada dentro del expediente 1094-2013 la Corte de Constitucionalidad afirmó que, por vía del bloque de constitucionalidad, es dable esgrimir lo preceptuado por la CADH como parámetro para establecer la legitimidad constitucional de una disposición infraconstitucional; ampliando dicho criterio al afirmar en los expedientes 2295-2013 sentencia de fecha 3 de abril de 2014 y expediente 3340-2013 en la sentencia de fecha

18 de diciembre de 2014 que las sentencias emitidas por el Tribunal Interamericano no que son de obligatorio cumplimiento para el Estado de Guatemala; la citada Corte IDH, que es obligatoria la observancia de lo preceptuado en la CADH y por estar sometidos a la jurisdicción de la Corte IDH, resulta obligatoria también la observancia de las sentencias emitidas por el Tribunal Interamericano, aunque en estas no figure el Estado de Guatemala como parte, ya que en ellas se establece la forma de interpretar el contenido de las normas del Pacto de San José y sus alcances.

Asimismo, la Corte de Constitucionalidad estableció que tanto la CADH y las sentencias de la Corte IDH también forman parte del bloque de constitucionalidad en atención a la interpretación que se ha realizado del artículo 46 de la Constitución, en consecuencia pueden ser invocadas como parámetro de constitucionalidad de la legislación interna.

Así, pues, se fue configurando de forma sólida el control de convencionalidad en Guatemala por parte de la Corte de Constitucionalidad, verbigracia se cita el considerando IV de la sentencia de fecha 23 de agosto de 2011 emitida dentro del expediente 2151-2011 en la que esgrimió:

Inicialmente, esta Corte parte de 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 (...) En ese sentido, en el primero de los casos citados (Almonacid Arellano y otros vs. Chile) el tribunal interamericano precisó que: 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 mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.





Como se puede apreciar la Corte Constitucional guatemalteca acoge la figura doctrinaria del control de convencionalidad emanado de la Corte IDH citando jurisprudencia de la misma y enfatizando que dicho control debe realizarlo todo juez *ex officio* dentro de sus respectivas competencias; en la sentencia de mérito también estableció:

En el caso del control de convencionalidad que debe hacerse en las resoluciones judiciales en las que puedan verse afectados derechos e intereses de menores de edad, es la realización de dicho control lo que evidencia una correcta observancia de lo regulado en los artículos 44 y 46 de la Constitución, y lo que impone que preceptos normativos tales como los contenidos en los artículos 167, 168, 219, 253, 256, 260, 262 y 278 del Código Civil tengan que interpretarse a la luz de los fines que se pretenden alcanzar con lo regulado en los artículos 3.1, 3.2, 4, 8.1 y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser este instrumento convencional internacional, norma de superior jerarquía que el Código Civil.

Cierto es que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala tiene un desarrollo jurisprudencial innovador con respeto al control de convencionalidad, y queda demostrado en el caso anterior cuando confronta una normativa ordinaria como el Código Civil con la Convención Sobre los Derechos del Niño, resolviendo inaplicar la ley ordinaria en vista que la norma supranacional optimiza los derechos, en este caso de la niñez, en el caso citado la Corte de Constitucionalidad realizó un control de convencionalidad difuso con intensidad baja e intermedia.

A continuación se analiza la parte conducente de sentencias proferidas por la Corte de Constitucionalidad en las que ejerce control de convencionalidad y los derechos humanos que protege.

A) Derecho a la identidad e interés superior de los niños y niñas y discriminación contra la mujer



Otra sentencia en la que se evidencia el control de convencionalidad en materia interna ejercido por la Corte de Constitucionalidad es la proferida dentro del expediente de Inconstitucionalidad General Parcial instaurada en contra de los artículos 5, 7 y 8 de la Ley Contra el Femicidio y Otras Formas de Violencia Contra la Mujer y resultante en sentencia de fecha 23 de febrero de 2012 dentro del expediente 3009-2011; la citada Corte indicó que resulta evidente el fundamento del legislador para asumir la necesidad de protección de la integridad, física, sexual y psicológica de la mujer pues se desarrollan conductas tipificadas como delitos de violencia contra la mujer y violencia económica contra la mujer dentro del marco de relaciones de poder o confianza en las que la víctima podría estar en condiciones de desigualdad frente al sujeto activo. Posteriormente, la Corte indicó que en Guatemala las mujeres se encuentran desprotegidas legalmente por lo que con base en los compromisos internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, se tuvieron que adoptar las medidas legislativas para solucionar la problemática generada por la violencia de género; siendo que la normativa impugnada se encuentra ajustada a las siguientes convenciones ratificadas por Guatemala:

- a) Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (Decreto Ley 49-82);
- b) La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Decreto 69-94)

En corolario de lo anterior, el Estado de Guatemala se comprometió a adoptar todas las medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer, y emitir todas aquellas leyes necesarias para tal fin.

La ley Contra el Femicidio y Otras formas de Violencia Contra la Mujer se fundamenta en 3 aspectos que el legislador asumió con responsabilidad:

- ✓ La situación actual de violencia que sufren la mujer en Guatemala,
- ✓ La insuficiente protección a nivel normativo y
- ✓ Los compromisos internacionales adoptados por Guatemala.



Así las cosas, la Corte argumentó que existe una justificación sustentada en una problemática social real, que determina y hace exigible un trato disímil entre hombres y mujeres en lo que a la prevención y penalización de la violencia en su contra se refiere, favoreciendo el marco legal de protección penal de la integridad y dignidad de la mujer con la finalidad de ampliar la tutela jurídica de los derechos fundamentales a situaciones que ameritan y reclaman ser atendidas de urgencia.

Esta sentencia refiere a otro precedente sentado por la Corte dentro del expediente 4274-2009 sentencia de fecha cuatro de octubre de 2011, en la que resalta que

descartando que la norma objetada adolezca de vicio de inconstitucionalidad por violación al derecho a la igualdad, de considerarse que el hombre se ubica en situación de desprotección en el orden penal frente a la violencia que pueda sufrir en el plano familiar, por lo menos en lo que atañe a los supuestos de violencia psicológica y violencia económica, la solución no está en desproteger a la mujer (lo que se ocasionaría dejando sin vigencia las normas impugnadas), sino en extender la protección jurídica al hombre que sufra ese tipo específico de violencia, cuestión que queda fuera de la competencia del Tribunal Constitucional, pasando a la esfera de atribuciones que corresponde al Congreso de la República, debiendo ser en ejercicio de su potestad legislativa y conforme a la garantía del principio de legalidad que debe sopesar la necesidad de regular un tipo penal en tales términos. (El subrayado es propio).

La Corte de Constitucionalidad resolvió sin lugar la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida con base en sus argumentaciones y en el asidero legal nacional y supranacional invocado.

En el caso precitado la Corte confrontó la norma ordinaria atacada de inconstitucionalidad general parcial realizando un análisis exhaustivo para ejercer el control de constitucionalidad de la ley Contra el Femicidio y Otras formas de Violencia Contra la Mujer encontrándola ajustada a los preceptos constitucionales e intrínsecamente realizó el control de convencionalidad al analizar dicha norma ordinaria

con la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.



C) Derecho a la inscripción de nacimiento, de identidad y de identificación del niño y de la niña

El caso que se analiza se origina en la sentencia de fecha 2 de agosto de 2016 proferida dentro del expediente de Inconstitucionalidad General identificado con el número 2339-2015, el que fue instaurado por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) en contra del artículo 12 literal b) de la Ley de Arbitrio de Ornato Municipal, Decreto 121-96 del Congreso de la República, específicamente la frase: “inscripción de nacimientos”.

La Corte de Constitucionalidad al emitir su decisión declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad de mérito en vista que contraviene derechos constitucionalmente tutelados y también en la Convención Sobre los Derechos del Niño, en las partes conducentes de la referida sentencia, la Corte consideró:

Es pertinente establecer que si bien el derecho a la identidad y de identificación del niño o niña no figura expresamente en la Constitución, este es reconocido internacionalmente y es incorporado por conducto del citado artículo 44 al plexo constitucional, precisamente por ser un derecho subjetivo inherente a la persona y que persigue su dignificación. Por ello, al tener claridad que el derecho fundamental referido es exigible en Guatemala, se reafirma que no puede supeditarse la inscripción de nacimiento de un niño o niña a la presentación de una constancia de pago de un arbitrio para el ornato municipal, lo que incide en una violación al derecho a la identidad, impidiendo que el niño o la niña tenga la posibilidad de exigir los derechos que derivan del reconocimiento de la personalidad. (El subrayado no aparece en el texto original).

Con relación a lo expresado por el postulante en cuanto a la violación del artículo 46 constitucional, la Corte determinó que su argumentación tiene sustento e indicó que:



Debe tenerse presente que normalmente quienes deben cumplir con la inscripción de los nacidos son sus progenitores; sin embargo, si sus condiciones fueren de extrema pobreza concurriría la amenaza de que, por no disponer de los recursos para el pago del arbitrio de ornato, no se presenten a inscribir a su hijo, circunstancia que conlleva la violación a los derechos de los niños y niñas, según lo establecido en la Convención Sobre los Derechos del Niño, del cual Guatemala es parte.

En concordancia con la denuncia de violación de preceptos convencionales, la Corte invoca el bloque de constitucionalidad, indicando que el alcance del mismo es de carácter eminentemente procesal y que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que lo componen son parámetro para ejercer el control constitucional del Derecho interno. En ese orden de ideas estableció que:

De esa manera, lo regulado en estas, con relación al derecho a la inscripción del nacimiento, que es una manifestación del derecho humano a la identidad, es de observancia obligatoria; así también lo es lo concerniente a que la normativa que conforma el ordenamiento jurídico local debe atender al interés superior del niño, reconociendo, promoviendo y protegiendo sus derechos, antes de tomar una medida que los conculquen. En virtud de lo anterior, a la luz de esos instrumentos jurídicos internacionales, no resulta válido que, para hacer valer el derecho de inscripción del nacimiento de un niño o niña, se supedite ese acto al pago de un arbitrio cuyo fin es el ornato de las localidades de un municipio, pues esa regulación contraría la prescripción de que la inscripción de un recién nacido debe ser realizada “inmediatamente”, o sea sin la interposición de un evento como el pago de un arbitrio, que dificulte esa acción. Ello es así, pues al ponderar ese derecho humano consagrado convencionalmente frente al derecho de la Municipalidad de cobrar un arbitrio para mantener la ornamentación, debe prevalecer el primero.

En la sentencia analizada, la Corte de Constitucionalidad hizo la labor interpretativa de realizar el control de constitucionalidad de la ley ordinaria atacada de inconstitucional, posteriormente en esta sentencia, la Corte invocó el bloque de constitucionalidad y finalmente realizó el control de convencionalidad difuso al determinar que el artículo 12 literal b) de la Ley de Arbitrio de Ornato Municipal, Decreto 121-96 del Congreso de la República, específicamente la frase: “inscripción de nacimientos” es inconstitucional y llegó a esta conclusión al ponderar el derecho humano de los niños y niñas a la inscripción de su nacimiento y su derecho a la identidad e identificación en confrontación con el derecho de la Municipalidad de cobrar un arbitrio para mantener la ornamentación.

En conclusión, en este caso la Corte de Constitucionalidad realizó control de convencionalidad en su máxima intensidad, declarando la inconstitucionalidad de una norma ordinaria con base en la Convención Sobre los Derechos del Niño y la CADH, ordenando su expulsión del ordenamiento jurídico y en consecuencia dejando de surtir efectos, dicha disposición tiene efectos *erga omnes*.

5.8 La Corte IDH y el establecimiento de un orden supralegal y supranacional

El sistema interamericano de derechos humanos promueve la defensa y estricta observancia de los derechos humanos en los Estados parte de la CADH, generando desde el Tribunal Interamericano una serie de controles que son de obligatoria observancia para dichos Estados, uno de esos mecanismos es el control de convencionalidad concentrado o en sede internacional realizado por la Corte IDH que implica que todos los Estados deben acatar aparte de la Convención y otros tratados en materia de derechos humanos, también la interpretación que haga de la misma o su jurisprudencia y las opiniones consultivas, todas vinculantes para todos los Estados que de conformidad con el artículo 62 de la Convención se han sometido a la competencia contenciosa de la Corte IDH declarando que reconocen como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.



En ese contexto entonces no se puede hablar de intromisión del Tribunal Interamericano en los asuntos nacionales, no hay lugar a suspicacia pues cada Estado Parte reconoce y admite y autoriza a la Corte IDH a que haga una revisión de la jurisdicción nacional con el objeto de verificar el cumplimiento de los derechos humanos y la adopción de la progresividad de los mismos basados en el principio pro persona.



La Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, fue ratificada por el Estado de Guatemala el 25 de mayo de 1978, ingresando así al sistema interamericano de protección de derechos humanos y al haber reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH el 9 de marzo de 1987 y con la adopción en Guatemala del bloque de constitucionalidad y subsidiariamente la obligatoriedad de ejercer el control de convencionalidad basado en la CADH principal instrumento del Tribunal Interamericano, asimismo, la jurisprudencia que va generando y las opiniones consultivas son pauta imprescindible para la interpretación del Derecho local, autorizando el Estado esa intromisión internacional solamente en pro de los compromisos soberanos contraídos.

Corolario de lo antes escrito, se puede inferir que se está ante una jurisdicción supranacional, la que es definida por Jorge Rivero Evia y se puede encontrar en el Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional Tomo II coordinado por Ferrer Mac-Gregor *et al* (2014:816):

Es la potestad dimanante de una porción de soberanía que un Estado nacional cede en favor de un órgano judicial erigido más allá de las fronteras estatales, que presenta las siguientes características: *a)* se genera a través de un acto de Derecho internacional (resolución o tratado); *b)* se ejerce por conducto de tribunales o cortes, integradas por jueces o magistrados independientes; *c)* su función es la realización del Derecho (principalmente convencional) en el caso concreto, juzgando de modo complementario e irrevocable. (...) No aspira a sustituir a la jurisdicción doméstica; su anhelo es imponer ciertos límites a la justicia nacional.



Puesto que la Corte IDH fue creada por la Convención Americana de Derechos Humanos, se puede establecer con base en las relaciones jurídicas internacionales del Estado, principalmente la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, en el que los Estados parte se comprometen determinadamente a acatar los instrumentos internacionales que suscriban y a desarrollar su contenido en la legislación nacional, a dicha legislación están sujetos todos los Organismos del Estado, principalmente la jurisdicción ordinaria y especializada que deben velar por el estricto cumplimiento de las leyes apegadas a la convencionalidad, lo que persigue la jurisdicción supranacional entonces es la subsidiariedad al Derecho interno para completarlo pero a la vez para imponer límites y obligaciones a la justicia nacional para favorecer la optimización de los derechos humanos.

Anterior a la adopción del bloque de constitucionalidad en Guatemala y el control de convencionalidad derivado del mismo, los jueces se encontraban ante una bifurcación pues algunos aplicaban mecanismos monistas, es decir, solo la legislación interna pues de conformidad con el artículo 203 constitucional están sujetos a la Constitución y a las leyes y también habían operadores de justicia que aplicaban mecanismos dualistas al tomar en cuenta los tratados internacionales como parámetros de interpretación complementarios a la legislación interna; ahora bien, con la adopción del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad, se ha definido que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, principalmente la CADH son parámetro de constitucionalidad de la legislación ordinaria, teniéndose al Derecho supranacional como complementario del Derecho interno.

Pero atendiendo al tema central, no se puede arribar a la conclusión que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos tenga valor supraconstitucional, dado que en ninguna parte del texto constitucional guatemalteco ni en la jurisprudencia emitida por la Corte de Constitucionalidad como máximo intérprete del texto supremo se establece ello, sin embargo debido al carácter subsidiario o complementario de la misma y de toda la legislación internacional atinente a derechos humanos de la que Guatemala es parte, estos vienen a desarrollar la parte dogmática de la Constitución ampliando el catálogo de derechos humanos, ingresando al ordenamiento jurídico vía el bloque de

constitucionalidad con rango de ley constitucional; en ese orden de ideas puede hablar de un ordenamiento supranacional que complementa el Derecho interno, pero no se podría hablar de un ordenamiento supraconstitucional porque a criterio del autor vulneraría el principio de supremacía constitucional.



La Corte de Constitucionalidad ha sentado jurisprudencia en la que se acoge también la jurisprudencia de la Corte IDH, dándole la importancia sobre el ordenamiento infraconstitucional, es decir, que le reconoce carácter supralegal toda vez que al estar sometidos a la competencia contenciosa de dicho Tribunal Interamericano sus fallos deben ser tomados como órdenes de la misma Corte de Constitucionalidad con la finalidad de efectivizar el cumplimiento de las obligaciones convencionales del Estado.

Incluida la jurisprudencia de la Corte IDH dentro del bloque de constitucionalidad, estas deben ser equiparadas a las sentencias de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, asimismo, se colige que la jurisprudencia internacional de la Corte IDH es fuente de Derecho internacional y debe ser tomada en cuenta por todos los jueces y juezas como estándares para impartir justicia, en vista que la doctrina del control de convencionalidad está en pleno desarrollo, continuamente en la interpretación constitucional y convencional aparecen nuevos criterios; para ello se cita a la autora Sandra Ortíz Gómez quien expone:

Dicha modalidad interpretativa convencional-constitucional, representa el nacimiento de los criterios pro medios de los cuales se establece el valor de la jurisprudencia convencional, donde retomando la línea jurisprudencial constitucional, en principio pudo entenderse que a la jurisprudencia convencional se le reconoce el mismo valor que a la jurisprudencia constitucional, lo cual tendría valor supralegal. Seguido a ello, se le reconoce a la jurisprudencia convencional un valor supraconstitucional limitado; y finalmente le da un valor que no es supralegal, ni supraconstitucional, sino más bien subsidiario. (<http://www.monografias.com/trabajos105/orden-supralegal-corte-interamericana-derechos-humanos/orden-supralegal-corte-interamericana-derechos-humanos.shtml> Recuperado el 18-01-2017).



De acuerdo a lo descrito anteriormente, se puede concluir que si bien la jurisprudencia emanada del Tribunal Interamericano es fuente internacional del Derecho constitucional guatemalteco por las consideraciones que ha hecho la Corte de Constitucionalidad al definir el contenido del bloque de constitucionalidad, también es cierto que dicha doctrina legal internacional es complementaria y subsidiaria del ordenamiento constitucional nacional, en el que la Corte de Constitucionalidad se constituye como órgano último de interpretación de la Constitución y que tiene la facultad de ejercer el control de convencionalidad en su máxima intensidad, es decir, expulsar del ordenamiento jurídico la normativa que no se ajuste a la constitucionalidad tomando en cuenta los tratados y convenciones en materia de derechos humanos como parámetro.

5.9 Presente y futuro de la doctrina del control de convencionalidad

La progresividad es una de las características del control de convencionalidad, ello conlleva también una particularidad en cuanto a que no es una doctrina del todo terminada, es decir, no se ha dicho la última palabra en cuanto a su contenido pues corresponde a la Corte IDH intérprete última de la CADH su desarrollo.

Por lo tanto, para ampliar este tema se cita lo que al respecto indica el autor Carlos María Pelayo Moller en su ponencia: “El surgimiento y desarrollo de ‘Control de Convencionalidad’ y sus implicaciones en el Estado constitucional”:

El desarrollo del concepto y la definición de los alcances de la doctrina de “control de convencionalidad” se encuentra lejos de ser un proceso concluido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, los más recientes avances en esta materia se encuentran en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del Caso Gelman y otros vs. Uruguay de 20 de marzo de 2013. En esta resolución, la Corte IDH ha hecho un especial esfuerzo por clarificar los alcances e implicaciones de esta doctrina tanto a nivel internacional como nacional. (http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml Recuperado el 18-01-2017).



Pelayo Moller, en la ponencia precitada, indica que el control de convencionalidad como lo ha especificado la Corte IDH, posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada sentencia interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales que hacen prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna.

En cuanto a que los jueces nacionales deben realizar el control de convencionalidad, la maestra Miriam García (2016:24) indica que para la adecuada aplicación del control de convencionalidad en sede interna es necesario que los jueces realicen un estudio dinámico de los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, así como de la Jurisprudencia de la Corte IDH, asimismo reafirmó que:

Los jueces y magistrados deben ejercer el control de convencionalidad en todos los fallos judiciales que pronuncien en los diferentes casos que sean sometidos a su conocimiento, para el efectivo cumplimiento de la CADH y en aras de proteger y garantizar los derechos humanos.

La Corte IDH, también, ha generado jurisprudencia en el sentido de determinar la pretensión de oponer el control de constitucionalidad al control de convencionalidad es, en realidad, un falso dilema. El Tribunal Interamericano ha resuelto que una vez que el Estado ha ratificado la CADH y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria o subsidiaria pues como afirmó el juez Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el voto razonado del caso Gelman contra Uruguay, expresó

las sentencias de la Corte IDH como norma convencional interpretada con una vinculación indirecta, es decir, con efectos *erga omnes* hacia todos los Estados parte de la Convención, la cual funciona a su vez, como parte de un sistema de garantía colectiva.



Para la autora Evelin Cano (2013:8) el control de convencionalidad en Guatemala está configurado en la primacía de la persona humana, indica que este valor encuentra su fundamento en los artículos 1 y 140 de la Constitución Política de la República de Guatemala, asimismo indicó que:

Respecto a que cada uno de los fines del Estado es la protección de la persona, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y libertades; a ello se debe que los derechos fundamentales del ser humano han de interpretarse en la manera en que más favorezcan a los individuos (principio *pro homine*); si un derecho avanza en su interpretación nunca puede retroceder (principio de progresividad), es decir, si los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Guatemala contienen un derecho que no se encuentra regulado por la legislación interna, tales derechos deben ser respetados y aplicados en virtud de constituir dichos instrumentos internacionales un bloque de constitucionalidad.

Pero el control de convencionalidad también genera tensiones en el sistema interamericano sobre todo porque implica una especie de control político del sistema de cada Estado debido al efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH, pero dentro del contexto del sistema internacional de protección de los derechos humanos el examen por parte del Tribunal Interamericano de una norma de naturaleza *Ius Cogens* que ha sido violentada no debe limitarse a las partes del proceso, sino que debe garantizarse su plena observancia porque esas partes procesales son miembros de una comunidad internacional conforme al artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹; es allí donde surge la idea por parte del Tribunal Interamericano de equiparación de sus decisiones como normas imperativas, es decir, efecto frente a todos los miembros de la Convención.

¹⁹ Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter



La problemática que gira en torno al efecto *erga omnes* de las sentencias consultivas del Tribunal Interamericano radica en la falsa creencia de la superioridad del Derecho internacional sobre el Derecho interno; es el caso de la decisión tomada por el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela²⁰, que dejó sin efecto la Sentencia de mérito de reparaciones y costas emitida por la Corte IDH el 1 de septiembre de 2011, en esta la Corte declaró la responsabilidad internacional de la República Bolivariana de Venezuela, por la vulneración a los derechos políticos (derecho a ser elegido) del señor Leopoldo López Mendoza; de la lectura de la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, la Corte IDH manifestó que dicha actitud es contraria al principio internacional de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que inspiran el sistema de protección de derechos humanos.

En el caso que se analiza, el Estado de Venezuela consideró que la decisión de la Corte IDH era una total injerencia en su soberanía, este razonamiento provocó que dicho Estado denunciara la Convención Americana; este asunto sirve para ilustrar cómo a través del control de convencionalidad concentrado se ejerce un control del sistema político del Estado y se obliga al mismo a su cumplimiento, adaptación de normativa interna conforme a la Convención y restitución de derechos políticos vulnerados al señor Leopoldo López Mendoza, aunque a la fecha dicha sentencia no ha sido cumplida por dicho Estado, la Corte mantiene abierto el caso y sometido a supervisión.

El Tribunal interamericano indicó que la decisión del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela impide el efecto útil de la Convención y con su conducta desconoce el principio de cosa juzgada internacional sobre materia ya decidida, dejando sin efecto el acceso a la justicia interamericana a las víctimas de violaciones a derechos humanos constatados en la sentencia de mérito, el tema es delicado porque la jurisdicción de la Corte IDH es facultativa, es decir, no es obligatoria, y en ese sentido Venezuela denunció la competencia del Tribunal Interamericano el 10 de septiembre de 2012 como consecuencia de la sentencia arriba identificada.

²⁰ (...) la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela el 17 de octubre de ese año, mediante la cual declaró “**inejecutable**” la Sentencia emitida por la Corte Interamericana en el presente caso, y presentaron observaciones al respecto.



Otro caso que es de especial atención es la decisión de Trinidad y Tobago de denunciar también la competencia contenciosa de la Corte IDH el 26 de mayo de 2008 como consecuencia de la sentencia en el caso Pratt y Morgan vs. Fiscal General de Jamaica. En ambos precedentes son ejemplos de las tensiones que genera a lo interno de los Estados la exigencia del debido cumplimiento de la Convención Americana y en especial es consecuencia del control jurisdiccional del sistema político ejercido por la Corte IDH sobre todos los Estados Parte. Denunciar la CADH deja en total estado de indefensión a los nacionales de dichos países, esa decisión significa que la Corte IDH no puede juzgar casos de violaciones a derechos humanos cometidos en esos Estados, no obstante, que los ciudadanos de esos Estados sí pueden acudir a la Comisión IDH para denunciar la vulneración de derechos fundamentales cometidos por parte de su Estado y que no recibieron la debida garantía, ya no existe el sistema interamericano de protección integral.

En conclusión, se afirma que han habido avances significativos en cuanto a la implementación del control de convencionalidad; esta doctrina constituye un terreno fértil para el desarrollo y reconocimiento de nuevos derechos y la consiguiente obligatoriedad de los Estados Parte de la Convención de su observancia y cumplimiento de buena fe, asimismo, se concluye que buena parte del desarrollo de esta doctrina corresponde también a los tribunales nacionales quienes deberán seguir trabajando en sus desarrollos jurisprudenciales para la consolidación del control de convencionalidad originado en la doctrina legal sustentada por la Corte IDH y que en su conjunto fortalece la parte adjetiva de la doctrina neoconstitucionalista que propugna la necesaria conexión entre el Derecho positivo y la moral, es decir, el Derecho natural y sus principios y valores axiológicos y toda esta forma de interpretar los textos constitucionales y convencionales a la luz del principio de la dignidad humana o principio *pro homine* y la progresividad de los derechos humanos contribuye también a sentar sólidas bases para el establecimiento del Estado constitucional de derecho en el que se aplique a cada caso concreto la ley que más optimice los mismos, ejerciendo todos los tribunales nacionales el control de constitucionalidad que lleva implícito el control de convencionalidad.

CONCLUSIÓN



Al finalizar la presente investigación se confirmó totalmente la hipótesis formulada puesto que, del análisis de la jurisprudencia emanada de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, de los desarrollos doctrinarios citados y del trabajo de Derecho comparado realizado se estableció que ha adoptado la corriente neoconstitucionalista, definido el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad que debe realizarse de oficio por todos los operadores de justicia. Dicha situación ha propiciado una interpretación constitucional abierta o extensiva en la que tienen primacía los valores y principios inspirados en la dignidad de la persona, utilizando para ello el método de ponderación y sus principios e implementando mecanismos de control constitucional para preservar la supremacía y orden constitucional en toda decisión, así también, ejerce control jurisdiccional político del poder, es decir, que dentro de un sistema de Gobierno republicano y democrático limita el ejercicio del poder y fortalece la existencia del Estado constitucional de derecho.

El neoconstitucionalismo como doctrina jurídica tiene sustento en la preeminencia de una Constitución normativa, rígida y concebida como modelo axiológico; dentro de este contexto se da la expansión de la jurisdicción constitucional, obligando a los jueces y juezas constitucionales a realizar su interpretación conforme a la Constitución y atendiendo a su finalidad, debiendo además preservar su supremacía y ser garantes de los derechos y garantías que establece para los habitantes y que son susceptibles de ser ampliados atendiendo a su progresividad debido a la cláusula de apertura que contiene nuestra ley fundamental en los artículos 44, 46 y 149. Esto ha provocado un proceso de concretización entre Constitución formal y material, esta última abarca aspectos de la realidad política y social actual en el Estado, situación que permite mantener vigente el texto supremo guatemalteco que data desde 1986 y que ha sido posible debido a que la Corte de Constitucionalidad adoptó el bloque de constitucionalidad y definió su contenido y alcances, y atendiendo a su madurez y cultura jurídica ha desarrollado suficiente jurisprudencia que sustenta esta doctrina.

Se demuestra que al adoptar el bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, la Corte de Constitucionalidad no se ha excedido en sus funciones constitucionalmente asignadas, manteniéndose en ese sentido en plena observancia del principio de corrección funcional, sin evidenciarse que desplace a alguno de los Organismos del Estado, especialmente el Legislativo. Aunque cuando realiza el control de constitucionalidad de las leyes de carácter general, actúa como Tribunal Concentrado y como legislador negativo cuyas decisiones tienen efectos *erga omnes*; asimismo, del estudio de su doctrina legal se demuestra que actúa con prudencia y orden en la implementación del bloque de constitucionalidad, pues la primera ocasión en que a lo interno se hizo referencia al mismo fue en el año 1990 y es hasta el año 2012 cuando lo acogió, apartándose de su doctrina legal en cuanto a la interpretación del artículo 46 constitucional para ampliar la esfera de protección de los derechos humanos, al otorgarles rango constitucional a los tratados en esta materia de los cuales Guatemala es parte, y al conferirles alcance eminentemente procesal para que sean parámetro de constitucionalidad del Derecho infraconstitucional.

Es a través de los aportes teóricos de diversos autores, de la búsqueda acuciosa de jurisprudencia nacional y de Derecho comparado y la confrontación con opiniones contrarias a esta doctrina, se establece que a través del bloque de constitucionalidad y del control de convencionalidad, se puede lograr el efecto útil de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos; puesto que ingresan al ordenamiento jurídico con rango constitucional y desarrollan o completan el texto supremo formal, situación que ha permitido un activismo judicial que se basa en una interpretación extensiva de la norma constitucional para concebir el texto supremo como incompleto y favorecer su interpretación adaptada a la realidad social. Se evidencia entonces, la existencia del legislador intersticial, es decir, de jueces constitucionales que con base en esta doctrina crean Derecho o reconocen nuevos derechos en caso de lagunas o contradicciones normativas que descubren de la observación de las normas emitidas por el legislador derivado, viéndose obligados a crear normas generales que configuran un precedente, y si originan jurisprudencia uniforme, devienen normas generales de origen jurisprudencial de observancia obligatoria.



Con relación a la suprallegalidad de las normas convencionales, se pudo establecer que la interpretación finalista que realiza la Corte de Constitucionalidad de la Constitución en la sentencia 1822-2011 de fecha 17 de julio de 2012 y su posterior doctrina legal, observa en todo momento el principio de supremacía constitucional, puesto que nunca ubica jerárquicamente a los tratados y convenios en materia de derechos humanos sobre la Constitución, pero les otorga rango constitucional. Ello ha ocasionado una reconfiguración de las tradicionales fuentes del Derecho al incluir al Derecho convencional como fuente del Derecho interno. Ahora bien, se concluye que con la implementación de la doctrina neoconstitucionalista y el desarrollo del Derecho procesal convencional, cuando el Estado de Guatemala reconoció y decidió someterse a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cedió una porción de soberanía en favor de dicha Corte, evidenciando que sí existe supranacionalidad al implementar esta doctrina en su aspecto procesal, situación que nos obliga como Estado parte al cumplimiento obligatorio del marco convencional interamericano y faculta a la citada Corte a realizar una revisión de lo actuado por los tribunales nacionales en pro de realizar el Derecho convencional de forma complementaria, no sustituyéndolos pero sí ejerciendo control del sistema jurisdiccional y político de los Estados que son parte de la Convención.





BIBLIOGRAFÍA



- 1 Aguilera Portales, Rafael. **Teoría política y jurídica**. Editorial Porrúa, México, 2008.
- 2 Alexy, Robert. **El concepto y el valor del Derecho**. Editorial Gedisa. Segunda Edición. Barcelona, España. 2004.
- 3 Alexy, Robert. Epílogo: **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción: Carlos Bernal Pulido. Revista Española de Derecho constitucional. Año 22. Número 66 (Septiembre-Diciembre de 2002) Madrid.
- 4 Alexy, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático**. En Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trotta. Madrid. 2009.
- 5 Alexy, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Editorial: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España. 2007.
- 6 Aragón, Manuel. **La Constitución como paradigma**. En Teoría de la Constitución ensayos escogidos. Carbonell, Miguel. Editorial Porrúa. México. 2008.
- 7 Ardón, Waldemar. Tesis de Postgrado: El bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Universidad Rafael Landívar. 2011.
- 8 Arroyave Reyes, Jorge Raúl. Tesis de doctorado: **Los principios generales del derecho en el razonamiento jurídico**. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2015.

- 9 Ávila Santamaría, Ramiro. **El neoconstitucionalismo transformado y el Derecho en la Constitución de 2008**. Ediciones Abya-Yala. Primera Edición. Quito Ecuador. 2011.
- 10 Atienza, Manuel. **Límites de la interpretación constitucional. De nuevo con los casos trágicos**. España. Revista Isonomía. Número 6. Abril de 1997.
- 11 Barroso, Luis Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 2008.
- 12 Bejarano Girón, Carmen. **El control de convencionalidad**. Revista Parlamentaria. Año II. Volumen III
- 13 Bernal Pulido, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales. 2003.
- 14 Bernal Pulido, Carlos. **Estructura y límites a la ponderación**. Editorial Doxa- Cuadernillos de Filosofía de Derecho. Número 33. 30 de Julio de 2003.
- 15 Bernal Pulido, Carlos. **La racionalidad de la ponderación**. En “**El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional**” En Miguel Carbonell. Quito, ECUADOR, 2008. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- 16 Bidart Campos, German. **El derecho de la Constitución y su fuerza normativa**. S. A. Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, Argentina. 1995.
- 17 Bobbio, Norberto. **Teoría general del Derecho**. Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. Editorial Temis, S.A. 1997.
- 18 Bonilla Hernández, Pablo Andrés. **Tesis de postgrado: Justicia constitucional y sistemas de control constitucional difuso y concentrado**. Universidad de San Carlos de Guatemala. 2007.





- 19 Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. **Derecho procesal constitucional. Guatemala.** Editorial Estudiantil Fénix. 2012.
- 20 Cáceres Rodríguez, Luis Ernesto. **Fuerza normativa de la Constitución y realidad política.** Revista del Doctorado en Derecho Constitucional: Crisis del constitucionalismo en el siglo XXI. Año 2014.
- 21 Calderón de León, Jairo Boris. **El neoconstitucionalismo.** Revista del Consejo de la Carrera Judicial. Año 7. Número 7. Octubre 2013.
- 22 Cano Lemus, Evelin Licely. **Control de convencionalidad: una garantía para la protección de los derechos fundamentales.** Revista INFOCC. Instituto de Justicia Constitucional. Enero 2013. Año 2, Número 9.
- 23 Chacón Corado, Mauro Roderico. **Definido el bloque de constitucionalidad.** Revista INFOCC. Instituto de Justicia Constitucional. Abril 2013. Año 2, Número 12.
- 24 Chacón Corado, Mauro Roderico. **Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala.** Tomo I. Instituto de Justicia Constitucional. 2013.
- 25 Cardozo, Benjamín. **La naturaleza de la función judicial.** Granada. Editorial Comares, S.L. 2004.
- 26 Carbonell, Miguel. **El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo.** Palestra Editores. Lima, Perú. Abril 2010.
- 27 Carbonell, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s).** Cuarta Edición. Madrid. Trotta. 2009.
- 28 Comanducci, Paolo. **Modelos e interpretación de la Constitución.** En Carbonell, Miguel. Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos. Editorial Porrúa-UNAM. México 2008.



- 29 Comanducci, Paolo. **Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico.** En Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo (s). Editorial Trotta. Madrid.2009.
- 30 De Vega, Pedro. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente.** Editorial Tecnos. Madrid. 1988.
- 31 Del Vecchio, Giorgio. **Filosofía del Derecho.** Barcelona. Editorial S.A. Bosch. 1974.
- 32 Dworkin, Ronald. **Los derechos en serio.** (Traducción Marta Guastavino). Primera Edición. Barcelona, España. 1984. Editorial Ariel, S.A.
- 33 Faralli, Carla. **La Filosofía del Derecho contemporáneo,** Madrid, Editorial Hispania Libros. 2007.
- 34 Favoreu, Louis. **Tribunales europeos y derechos fundamentales.** Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- 35 Favoreau, Louis. **El bloque de constitucionalidad.** Editorial Civitas. Madrid.1991.
- 36 Ferrajoli, Luigi. **Democracia y garantismo.** Editorial Trotta. Madrid, España. 2008.
- 37 Ferrajoli, Luigi. **Epistemología y garantismo.** Editorial Fontamara. México. 2004.
- 38 Ferrajoli, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho.** En CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo (s)** Madrid. Editorial Trotta. 2003.
- 39 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. El control difuso de convencionalidad. **Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales.** 2012.



- 40 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Von Bogdandy, Armin, Morales Antonia **W. María**.
Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina.
Editorial Porrúa. Primera Edición. México. 2013.
- 41 García Aguilar, Miriam Andrea. **La aplicación del control de convencionalidad en la administración de justicia**. Revista CCJ. Consejo de la Carrera Judicial. Septiembre 2016. Año 10, Número 9.
- 42 García Figueroa, Alfonso. **Principios y positivismo jurídico**. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1998.
- 43 García Laguardia, Jorge Mario y Vásquez Martínez, Edmundo. **Constitución y orden democrático**. Primera Edición. Editorial Universitaria Guatemala. 1984.
- 44 García Toma, Víctor. **El tribunal constitucional, la interpretación constitucional y las sentencias manipulativas interpretativas** (normativas). En Hurtado Pozo, J. Interpretación de la ley penal. Anuario de Derecho Penal. Perú. Fondo Editorial. 2005.
- 45 García Toma, Víctor. **Teoría del Estado y Derecho constitucional: La jurisdicción constitucional**. Lima. Editorial Palestra. 2005.
- 46 Garzón Valdés, Ernesto. **Derecho, ética y política**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales 1993.
- 47 Garzón Valdés, Ernesto. **Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral**. Madrid. Editorial Doxa. 1998.
- 48 Gil Domínguez, Andrés. **Escritos sobre neoconstitucionalismo**. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 2009.

49 Gil Rendón, Raymundo. **El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales.** Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. No. 49.



50 Góngora Mera, Manuel Eduardo. **La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del Uis Constitutionale Commune latinoamericano.** En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Von Bogdandy, Armin, Morales Antoniazzi, Mariela. **Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina.** Editorial Porrúa. México. 2013.

51 Guastini, Riccardo. **Estudios sobre la interpretación jurídica.** Traductores Gascón Mariana y Carbonell Miguel. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México. Primera Edición. 1999.

52 Habermas, Jürgen. **Facticidad y validez.** En Rafael Aguilera Portales: Teoría política y jurídica. Editorial Porrúa. México. 2008.

53 Hart. H. L.A. **El concepto de Derecho.** Traducción del título original "The concept of law" por Genaro R. Carrio. Editorial Abeledo-Perrot, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1963.

54 Herrarte, Alberto. **Los fundamentos del Estado de derecho.** Primera Edición. Guatemala, Guatemala. Tipografía Nacional. 1996.

55 Hesse, Konrad. **Escritos de Derecho constitucional.** Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales. 1983.

- 56 Ibáñez Rivas, Juana María. **Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile. Número 8. Año 2012.
- 57 Kelsen, Hans. **Teoría general del Derecho y del Estado**, Traducción de Eduardo García Maynez. UNAM, México. 1995.
- 58 Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho.** Traducción de Roberto J. Vernengo. UNAM. Segunda Edición. México. 1982.
- 59 Landa, César. **La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales.** En Justicia constitucional y derechos fundamentales fuerza normativa de la Constitución. Editores Víctor Bazán y Claudio Nash. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer Stiftung E.V. 2010.
- 60 Larios Ochaíta, Gabriel. **Nueve años de control constitucional.** Ediciones Superiores. Guatemala. 1995.
- 61 Letona Estrada, Yasmine María. **Bloque de constitucionalidad e inconstitucionalidad por omisión.** Revista INFOCC. Instituto de Justicia Constitucional. Agosto 2012. Año 2, Número 4.
- 62 Linares, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes: la garantía del debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina.** Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1989.
- 63 Malem Seña, Jorge F. **La vida privada de los jueces.** Editorial Gedisa, Barcelona. 2003.





- 64 Maldonado Aguirre, Alejandro. **Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala**. Tomo I. Instituto de Justicia Constitucional. Serviprensa.
- 65 Martínez Martínez, Faustino. **Ensayo sobre la obra del autor Gustavo Zagrebelski: “El derecho dúctil. La ley, derechos, justicia”**. Boletín mexicano de Derecho comparado, Volumen XLII, Número 124. Enero-abril 2009. UNAM.
- 66 Messner, Johannes, **Ética social, política y economía**. Ediciones Rialp, S.A. Madrid, España- 1967.
- 67 Morales Bustamante, Alejandro. **Argumentación jurídica y justicia constitucional**. Revista INFOCC. Instituto de Justicia Constitucional. Octubre 2012. Año 2, Número 6.
- 68 Olano García, Hernán Alejandro. **Interpretación y neoconstitucionalismo**. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A.DE C.V. México. 2006.
- 69 Ordóñez Reyna, Aylín. **La jurisdicción constitucional en Guatemala**. Defensa del orden constitucional y derechos humanos. En Justicia Constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución. Editores Víctor Bazán y Claudio Nash. 2010. Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer Stiftung E.V.
- 70 Ortega García, Ramón. **La constitucionalización del Derecho en México**. Boletín mexicano de Derecho comparado, Volumen XLVI, Número 137, Mayo-Agosto 2013. Universidad Nacional Autónoma de México.



- 71 Oviedo Soto, José Roberto. Tesis de postgrado: **El bloque de constitucionalidad en Guatemala. Su aplicación en las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales.** Universidad Rafael Landívar. Año 2015.
- 72 Pereira-Orozco, Alberto; Richter, Marcelo Pablo E; Castillo Mayen, Víctor Manuel y Morales Bustamante, Alejandro. **Derecho procesal constitucional.** Ediciones De Pereira. Guatemala. 2011.
- 73 Porrúa Pérez, Francisco. **Teoría del Estado.** México. Editorial Porrúa, S.A. 1993. Vigésimosexta Edición.
- 74 Prieto Sanchís. Luis. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial.** En Carbonell, Miguel. **Constitucionalismos.** Editorial Trotta, S.A. Cuarta edición, España. 2009.
- 75 Prieto Sanchís, Luis. **La justicia constitucional y derechos fundamentales.** Editorial Trotta, España. 2003.
- 76 Prieto Sanchís, Luis. **¿Qué es el neoconstitucionalismo?** En Olano García, Hernán Alejandro. **Interpretación y neoconstitucionalismo.** Editorial Porrúa. México. 2006.
- 77 Radbruch, Gustav. **Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes.** En **Derecho injusto, Derecho nulo.** Edición Aguilar. Madrid, España. 1971.
- 78 Reyes Paredes, Lisbeth Carolina. **Comentarios a la Constitución Política de la República de Guatemala.** Tomo I. Instituto de Justicia Constitucional. Serviprensa. 2013.



- 79 Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. **Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de derechos humanos.** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2010.
- 80 Ruano Godoy, Edgar Orlando. **Interpretación constitucional frente al formalismo exacerbante.** Revista INFOCC. Instituto de Justicia Constitucional. Marzo 2015. Año 4, Número 11.
- 81 Sagües, Néstor. **La interpretación judicial de la Constitución.** Ediciones De Palma. Buenos Aires. Argentina. 1998.
- 82 Salguero, Salvador Geovani. **El control de constitucionalidad de las normas jurídicas. Guatemala.** Corte de Constitucionalidad de Guatemala. 2010.
- 83 Savigny, Kirchmann, Zitelmann y Kantorowicz. **La ciencia del Derecho.** Traducción W. Goldschmidt, Losada. Buenos Aires, Argentina. 1949.
- 84 Sánchez Pérez, Karol Floribelly. Tesis de posgrado: **Análisis de Derecho comparado de la aplicación del bloque de constitucionalidad en Guatemala, Colombia y Francia.** Universidad Rafael Landívar. Año 2014.
- 85 Sierra González, Jorge Arturo. **Derecho constitucional guatemalteco.** Corte de Constitucionalidad de Guatemala. 2000.
- 86 Zagrebelsky, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- 87 Zarazúa Herrera, Mauricio Alejandro. **Los sistemas de constitucionalidad latinoamericanos.** Revista 61 del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Enero-Diciembre 2011. Editorial Magna Terra Editores, S.A.

DICCIONARIOS

88 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Meja, Giovanni A. **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.** Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomos I Y II. Primera Edición. México. 2014.

89 Ossorio, Manuel. **Diccionario de Ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 2004. 30ª. Edición. Actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.

REFERENCIAS NORMATIVAS

90 **Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente. 1986. 31 de mayo de 1985.

91 **Constitución Política de Colombia.** 1991.

92 **Convención Americana Sobre Derechos Humanos.** Organización de los Estados Americanos. 1969.

93 **Convención de Viena Sobre Derecho de Tratados.** Organización de las Naciones Unidas. 1969.

94 **Declaración Universal de Derechos Humanos.** Organización de las Naciones Unidas. 1948.

95 **Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.** Asamblea Nacional Constituyente. 1986.

96 **Ley del Organismo Ejecutivo.** Decreto 114-97 del Congreso de la República.



REFERENCIAS ELECTRÓNICAS



- 97 Aldunate Lizana, Eduardo. Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo. <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v23n1/art04.pdf>
- 98 Bernal Pulido, Carlos. **La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales.** Materiales de enseñanza Derecho constitucional de la Academia de la Magistratura. <https://edwinfigueroag.wordpress.com/2010/08/31/ponderacion-constitucional/>
- 99 Cordón, Julio. La interpretación constitucional. <http://www.cc.gob.gt/ijc/DocumentosIJC/Sep2012/InterpretaciónConstitucionalJCordon.pdf>.
- 100 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. <http://cc.gob.gt/>
- 101 Corte de Constitucionalidad de Colombia. <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-022-96.htm>
- 102 Hurtado Pozo, José. **Interpretación y aplicación de la ley penal.** Anuario de Derecho penal 2005. Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial. Primera Edición mayo 2006 (https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2005_01.pdf)
- 103 García Amado, Juan Antonio. **¿Qué es ponderar? Sobre implicaciones y riesgos de la ponderación.** <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponderacio%CC%81n.%20Garcia%CC%81a%20Amado.%20Ponencia%20Alicante.pdf>

- 104 Mateos Martínez, José. **Fundamentos filosóficos del surgimiento y la evolución del fenómeno constitucional.** *Revista Internacional de Filosofía.* Número 57, Año: 2012. Disponible <http://revistas.um.es/daimon/article/viewFile/143241/142601>.
- 105 Montesquieu (Charles Louis de Secondat) **“El espíritu de las leyes”**, versión digital. Disponible (<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT1.pdf>).
- 106 Pozzolo, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional.** 1998 Traductor Josep M. Vilajosana Versión PDF, Disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/142012.pdf>.
- 107 Puppo, Alberto. **El monismo internacionalista kelseniano: las acrobacias de un positivista en el circo del iusnaturalismo pacifista.** *Revista Telemática de Filosofía del Derecho.* Número 18. 2015. Recuperada del sitio: <http://www.rtdf.es/numero18/02-18.pdf>.
- 108 Robles Moreno, Carmen, **El bloque de constitucionalidad como parámetro de control constitucional: ¿cuánto conocemos del tema y sus apreciaciones en materia tributaria?**, en: *Actualidad Empresarial*, No. 162, Perú, 2008. http://aempresarial.com/web/revitem/1_8241_68513.pdf.
- 109 Stangherlim Ferraresi, Camilo. **Constitucionalismo antidemocrático.** *Revista Análisis Internacional.* Número 1. Enero-Junio de 2014. (file:///C:/Users/Usuario/Downloads/913-2533-1-SM%20(4).pdf)
- 110 Zúñiga Urbina, Francisco y Roberto Cárcamo Tapia. **¿Inconstitucionalidad de normas constitucionales? Un caso de “constitucionalismo abusivo”** *Revista Derecho Público Iberoamericano.* Número 7. Octubre 2015. http://www.academia.edu/17423058/_Inconstitucionalidad_de_normas_constitucionales_Un_caso_de_constitucionalismo_abusivo_

