

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL



SONIA NINETTE VILLATORO LÓPEZ

Guatemala, noviembre de 2018

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

“LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU TUTELA JUDICIAL”

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por la Maestra

SONIA NINETTE VILLATORO LÓPEZ

Previo a conferírsele el Postgrado Académico de

DOCTORA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

Guatemala, noviembre 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: | Lic. | Henry Manuel Arriaga Contreras |
| VOCAL III: | Lic. | Juan José Bolaños Mejía |
| VOCAL IV: | Br. | Jhonathan Josué Mayorga Urrutia |
| VOCAL V: | Br. | Abidán Carías Palencia |
| SECRETARIO: | Lic. | Fernando Antonio Chacón Urizar |

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADOS

| | | |
|-----------|--------|--------------------------------|
| DECANO: | Lic. | Gustavo Bonilla |
| DIRECTOR: | M. Sc. | Luís Ernesto Cáceres Rodríguez |
| VOCAL: | Dr. | Nery Roberto Muñoz |
| VOCAL: | Dr. | Hugo Roberto Jauregui |
| VOCAL: | M. Sc. | Erwin Iván Romero Morales |

TRIBUNAL EXAMINADOR

| | | |
|-------------|------|----------------------------------|
| PRESIDENTE: | Dr. | Aníbal González Dubón |
| VOCAL: | Dra. | Gloria Edith Ochoa Zetino |
| SECRETARIO: | Dr. | Melvín Giovanni Portillo Arévalo |

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 Estudios de Postgrado).

ROBERTO TARACENA SAMAYOA
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 5 de Octubre de 2018

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

Estimado Dr. Parra Vela:

Con la presente me permito rendir dictamen en mi condición de tutor de la Tesis “LA CONSTITUCIONALIZACION DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU TUTELA JUDICIAL”, presentada por la Maestra Sonia Ninette Villatoro López, para la obtención del grado académico de Doctora en Derecho Constitucional.

El trabajo se expone en cuatro capítulos que explican en forma sistemática y con una secuencia lógica, el proceso de constitucionalización de los derechos humanos para garantizar su permanencia y la tutela judicial que mantiene su vigencia, así como su tratamiento conforme al derecho comparado y las nuevas corrientes doctrinarias.

El trabajo está ampliamente respaldado con obras de autores expertos en el tema, mayoritariamente extranjeros y excelente reputación científica. Su desarrollo es coherente con la hipótesis planteada y estimo que el esfuerzo y empeño puestos en presentar un trabajo de calidad, en una materia por demás sui generis, es meritorio y obtiene no solo mi aprobación sino una cordial felicitación a la sustentante.

Por lo demás, se han satisfecho los requerimientos a que se refiere el normativo de tesis de nuestra casa de estudios con relación a la formulación de trabajos previos a obtener grados académicos.

Emito, en consecuencia, dictamen favorable para la aceptación de la tesis de la Maestra Sonia Ninette Villatoro López, para su sometimiento y defensa en el examen previo a la obtención del grado académico indicado.

Atentamente.

ID Y ENSEÑAD A TODOS



Dr. Roberto Taracena Samayoa

Guatemala, 12 de febrero de 2019.

MSc. Luis Ernesto Cáceres
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 gramaticales de la tesis:

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y SU TUTELA JUDICIAL**

Esta tesis fue presentada por la MSc. Sonia Ninette Villatoro López, del Doctorado 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,



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

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



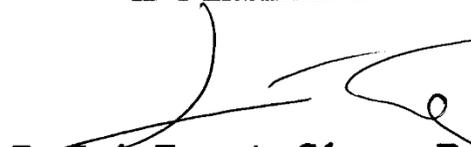
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

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, 20 de febrero del dos mil diecinueve.-----

En vista de que la Licda. Sonia Ninette Villatoro López aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 144-2018 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU TUTELA JUDICIAL”**. 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. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

Dedico esta Tesis A:

Al Buen Dios: Como mi Creador y formador, que con su infinita Misericordia me ha guiado y protegido en este caminar, con fe, esperanza, fortaleza y por haberme regalado a la Santísima Virgen María como Madre y a mi Madre Terrenal.

A mi inolvidable Madre: Zoilita, que ahora me cuida desde el cielo, por ser la bendición de mi vida, fuente de mi Inspiración, a quien le debo todo lo que soy como persona, madre y profesional, por sus enseñanzas de principios, valores, de la forma de ver, enfrentar y disfrutar la vida, fe en Dios y en la Santísima Virgen María, que atesorare por siempre

A mi hija e hijo: Andrea Carolina y José Manuel, dos de las bendiciones de mi vida, la inspiración y motivación que me impulsa a seguir; y como ejemplo de un camino por recorrer que con voluntad, fe y esperanza todo es posible.

A la Tricentenaria Universidad de San Carlos, por medio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Postgrados por la oportunidad de formarme como profesional.

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad.”

Nelson Mandela, activista sudafricano de los derechos civiles

ÍNDICE



| | |
|--|----|
| Introducción..... | 1 |
| CAPÍTULO I | |
| 1. Constitucionalización de los derechos..... | 1 |
| 1.1 Los derechos humanos..... | 1 |
| 1.2 Los derechos humanos constitucionales..... | 2 |
| 1.2.1 Derechos fundamentales..... | 3 |
| 1.3 Derechos humanos y/o fundamentales..... | 4 |
| 1.4 Derechos no fundamentales..... | 8 |
| 1.5 La Constitucionalización de los derechos | 9 |
| 1.5.1 Antecedentes de la constitucionalización de los derechos..... | 15 |
| 1.5.2 Los tratados y convenciones internacionales como fuente de derechos humanos..... | 20 |
| 1.5.3 Características de los instrumentos sobre derechos humanos..... | 24 |
| 1.5.4 Las declaraciones nacionales..... | 24 |
| 1.6 Origen jurídico de la constitucionalización de los derechos..... | 27 |
| 1.6.1 El proceso y los efectos de la constitucionalización del derecho..... | 28 |
| 1.6.2 Tipos de constitucionalización..... | 29 |
| 1.7 La convencionalidad..... | 32 |
| 1.7.1 Antecedentes del control de convencionalidad..... | 32 |
| 1.7.2 Elementos del control de convencionalidad..... | 35 |
| 1.8 Diferencias de la constitucionalidad de los derechos y la convencionalidad...36 | |



1.8.1 En relación con la constitucionalidad de los derechos.....

1.8.2 En relación con la convencionalidad.....

CAPÍTULO II

2. La constitucionalización de los derechos humanos en Guatemala.....39

2.1 Antecedentes.....39

2.2 La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.....44

2.2.1 Principios constitucionales que rigen a la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985.....45

2.3. La Convencionalización de los derechos humanos y la función del poder Judicial en la tutela judicial efectiva.....47

2.3.1 La protección de los Derechos y sus garantías en un Estado de derecho constitucional y democrático.....47

2.4. Función de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho en la constitucionalización de los derechos.....52

2.4.1 La importancia de los principios generales del derecho en el sistema de fuentes.....52

2.4.2 Los principios generales del derecho.....52

2.5. Características de los principios constitucionales.....55

2.5.1 Principio de supremacía constitucional.....56

2.5.1.1 Como criterio de validez del ordenamiento jurídico.....56

2.5.1.2 Como control de poder.....57

2.5.1.3 El control de la constitucionalidad de las leyes.....57

2.5.1.4 El control de los actos del Estado.....57



| | |
|--|----|
| 2.5.1.5 El poder constituyente..... | |
| 2.6. Sentido y alcance de las fuentes del derecho constitucional..... | |
| 2.6.1 Rol de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho constitucionalización de los derechos..... | 58 |
| 2.7. Función del Poder Judicial..... | 63 |
| 2.7.1 La función del juez o jueza..... | 66 |
| 2.7.2 Interpretación constitucional por parte del Poder Judicial..... | 69 |
| 2.8. La Constitucionalización de los derechos y lo relativo a la Justicia..... | 73 |
| 2.8.1 Justicia formal..... | 74 |
| 2.8.2 Justicia material..... | 74 |
| 2.9. Los valores objetivos de la realidad social..... | 75 |
| CAPÍTULO III | |
| 3.1 Derechos que define la doctrina y que no se encuentran constitucionalizados ni convencionales..... | 77 |
| 3.2 Derecho a la alimentación..... | 80 |
| 3.3 Derecho a un ambiente sano y equilibrio ecológico..... | 82 |
| 3.3.1 Los residuos y desechos sólidos en Latinoamérica..... | 83 |
| 3.3.2 Acciones en Guatemala sobre el manejo y disposición de los residuos y desechos sólidos..... | 85 |
| 3.4 Derecho al agua..... | 90 |
| 3.4.1 Sistema atmosférico..... | 93 |
| 3.4.2 Sistema lítico y edáfico..... | 94 |
| 3.4.3 El Sistema biótico..... | 95 |



| | |
|--|-----|
| 3.5 Derecho al respeto de la identidad de género y sexual..... | 106 |
| 3.6 Derecho a asegurar unos ingresos mínimos..... | 107 |
| 3.7 Derecho al control en la aplicación de las biotecnologías..... | 109 |
| 3.7.1 La regulación respecto al tema de biotecnologías..... | 109 |
| 3.7.2 Legislación comparada sobre los derechos fetales..... | 111 |
| 3.7.3 El derecho y control de las células madre..... | 115 |
| 3.8 Las nuevas tecnologías..... | 117 |
| 3.8.1 Derecho de acceso..... | 119 |
| 3.8.2 Derecho al anonimato..... | 120 |
| 3.8.3 Derecho al olvido..... | 121 |
| 3.8.4 El derecho de las nuevas tecnologías en la prueba electrónica..... | 126 |
| 3.8.5 La delincuencia informática..... | 126 |
| 3.9 Nuevos derechos humanos..... | 129 |
| 3.9.1 El mecanismo de seguimiento en Guatemala..... | 134 |
| 3.10 Derechos humanos emergentes..... | 135 |
| 3.10.1 Niñez y adolescencia..... | 138 |
| 3.10.1.1 El niño, niña y adolescentes en la actualidad..... | 139 |

CAPÍTULO IV

| | |
|---|-----|
| 4.1 Derechos constitucionalizados y derechos no constitucionalizados y su incidencia a la tutela judicial efectiva..... | 141 |
| 4.2 La Constitucionalización de los derechos en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985..... | 145 |



| | |
|--|-----|
| 4.3. Función del Poder Judicial en el ejercicio de garantía de derechos humanos..... | 146 |
| 4.4 La función del juez o jueza en el ejercicio como garante de los derechos humanos..... | 147 |
| 4.5. Interpretación constitucional por parte del Poder Judicial..... | 151 |
| 4.6 La constitucionalización de los derechos y lo relativo a la Justicia en los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados..... | 155 |
| 4.7 Justicia formal en los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados..... | 155 |
| 4.8 Justicia material en los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados..... | 156 |
| 4.9 Los valores objetivos de la realidad social en relación con los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados..... | 156 |
| Conclusiones..... | 168 |
| Referencias..... | 170 |

INTRODUCCIÓN



El presente trabajo lo he realizado desde la perspectiva que los derechos fundamentales, que son números *apertus*, es decir, que no existe un límite a considerar, ya que de acuerdo a la constante evolución del ser humano y de las relaciones sociales, el derecho también se va desarrollando, así como se van generando nuevos derechos humanos y emergentes. Es así como se pueden establecer derechos constitucionalizados y derechos no constitucionalizados.

La positivización de los derechos humanos requiere que estos estén plasmados en la Constitución Política de la República de Guatemala, por ello se llaman derechos humanos constitucionalizados. Pero existe una diversidad de nuevos derechos y derechos emergentes, que no se encuentran constitucionalizados, es por ello que es necesario conocerlos con el objeto de observarlos y respetarlos, a efecto de garantizarlos a través de una tutela judicial efectiva en un Estado de derecho.

En el desarrollo del presente trabajo se ha comprobado la hipótesis que los nuevos derechos y, especialmente, los derechos emergentes que no están constitucionalizados, pueden garantizarse por medio de las herramientas del bloque constitucional, así como las proporcionadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su jurisprudencia ha dejado sentada las bases para que, mediante el Control de Convencionalidad difuso, se revise y garantice los derechos humanos al resolver, de manera extensiva en cada caso concreto, aun y cuando no se encuentren dentro del texto de la Constitución.

No obstante, se estableció que en la realidad, en Guatemala, aún no se garantizan de manera total, aún existen agendas pendientes sobre la garantía de los nuevos derechos y de los derechos emergentes sobre y en relación con los derechos emergentes de las nuevas tecnologías, de la biotecnología, el derecho a la alimentación, el derecho a un ambiente sano, etcétera. Así, no se ha probado la hipótesis que dice, que el que que no estén constitucionalizados los nuevos

derechos y especialmente los derechos emergentes, sea un obstáculo para observarlos y garantizarlos. Por el contrario, estos derechos, de acuerdo a una interpretación extensiva y obligatoriedad constitucional sobre su observancia y garantía, los funcionarios que ejercen jurisdicción por medio de los controles constitucionales e interamericanos concentrados y difusos deben garantizarlos.

En ese sentido, consideré importante exponer el planteamiento en el primer capítulo en relación con las diferentes clasificaciones de derechos humanos, su ubicación en el texto constitucional, la constitucionalización de los derechos, los antecedentes de la constitucionalización de los derechos. Posteriormente, en el capítulo II, se refiere a la constitucionalización de los derechos en Guatemala, la convencionalización de los derechos humanos y la función del poder judicial en la tutela judicial efectiva, el capítulo III se refiere a los derechos que define la doctrina y que no se encuentran constitucionalizados ni convencionales. Se finaliza con el capítulo IV exponiendo sobre los derechos constitucionalizados y derechos no constitucionalizados y su incidencia a la tutela judicial efectiva por parte de los funcionarios del sistema de justicia a través del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad, con las conclusiones arribadas y las referencias.





Capítulo I

1. Constitucionalización de los derechos

Para abordar el tema sobre la constitucionalización de los Derechos es necesario referirnos de forma general a la clasificación que la doctrina le ha proporcionado a cada uno de dichos derechos, así como al concepto de constitucionalización de los Derechos, los antecedentes, los tratados y convenciones como fuentes de Derechos humanos, la convencionalidad y el control de convencionalidad. Todo ello con el objeto de obtener el contexto del tema con respecto a la afirmación de la hipótesis en relación con la existencia de derechos humanos codificados.

1.1 Los derechos humanos

La conceptualización de los derechos humanos depende de quién los defina, porque cada enunciación contiene la filosofía del autor que se refiera al tema, así como, además este tiene una inclinación de modernidad.

Para Truyol y Serra (1979): “Decir que hay derechos humanos en el contexto histórico, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados” (p.19). En contraposición, para Peris (1976). Los Derechos Humanos no se fundan en la naturaleza humana si no en las necesidades humanas y en la posibilidad real de satisfacerlas dentro de una sociedad, por lo que la temática de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una sociedad histórica concreta y de los fines que ella pretenda realizar, siempre que se respete como principio básico la esencia de la dignidad humana como el fin de sí misma” (p.25).



En cuanto que para Norberto Bobbio (1982): “Los derechos humanos hacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos naturales” (p.82).

Como se advierte en las anteriores definiciones, hacen acopio de los principios de universalidad así como de esencialismo, mediante el cual se observa que en el momento que definieron los derechos humanos los principios respondían a una protección para todos los seres humanos. No obstante, se puede advertir que existía la supremacía del hombre como una consecuencia natural de la cultura patriarcal, mediante la cual la historia ha demostrado que dichos derechos son excluyentes, lo que han referido diferentes movimientos feministas desde la Revolución francesa.

Por ello, es pertinente la siguiente definición: Son el conjunto de principios y normas de carácter general, que protegen y reivindican las elementales condiciones existenciales del hombre, de la mujer, de la niñez y adolescencia, que hacen posible la plena e íntegra manifestación de su dignidad y condición humana en la sociedad.

Es decir, que la dignidad es inherente a la persona humana y que, de acuerdo a las circunstancias existenciales específicas de cada persona, de la sociedad que corresponda es que se garantizará y protegerá, lo cual es tarea de todos. Ello implicó el reconocimiento, protección garantía y restitución mediante la normativa legal determinada que a través de la práctica se torne en una legislación positiva.

1.2 Los derechos humanos constitucionales

Cuando estos "derechos humanos" se positivizan en una Constitución, toman el nombre de "derechos humanos constitucionales," porque estos quedan integrados en los textos constitucionales de los Estados. Ello, como consecuencia de la importancia preponderante en el interior de la sociedad, en relación con la garantía, respeto y progresividad, de dichos derechos. Por



consiguiente, los derechos humanos constitucionales, de acuerdo al número de personas que los ejercen se clasifican en individuales y colectivos y por la ubicación en su positivización se dividen en:

- a) Derechos fundamentales y
- b) Derechos no fundamentales.

1.2.1 Derechos fundamentales

Son todos aquellos derechos humanos que se encuentran positivizados jurídicamente en la parte dogmática del texto constitucional. Dichos derechos establecen la base de la normativa de convivencia social básica, estos derechos se dividen en:

- a) Derechos sociales

Son los derechos que surgen de la interacción humana y que generan normas. Dichos derechos, además, proclaman compromisos sociales.

El jurista alemán Robert Alexy (1993) los define como: “Los derechos sociales son derechos cuya esencia aboga por acciones positivas del Estado, que, de acuerdo a su denominación, son derechos que incluyen la protección, la organización y el derecho a prestaciones en sentido estricto” (pp. 419). En ese orden de ideas, el profesor argentino Víctor Abramovich (2004) refiere que los derechos sociales son “aquellas prerrogativas de talante social que obligan a los Estados a brindar prestaciones positivas, erogar recursos y efectuar todo lo que esté a su alcance para asegurar las prestaciones que se le exigen” (p. 22).

Ambos doctrinarios se refieren a la importancia de las acciones positivas por parte del Estado, al proporcionar y garantizar las prestaciones necesarias a la población. Es importante señalar, además, que de acuerdo a las necesidades específicas de los habitantes es el compromiso que adquiere el Estado y a la capacidad del país, que dependerá si se encuentra en vías de desarrollo, si es un país subdesarrollado o desarrollado, es así como se encontrará en esta



capacidad de garantizar los derechos humanos sociales. Lo importante también es la voluntad política de los Estados para observar y garantizar los derechos.

Además, en respuesta a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe Anual, de 1993, que afirma que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que de acuerdo con los recursos materiales del Estado, permiten avanzar gradual y constantemente hacia su plena realización; ello tiene un objeto específico porque dicha garantía será positiva y materialmente realizable y exigible de acuerdo a la capacidad de recursos económicos y reales del Estado, nótese que dicha disposición no es por negligencia presupuestaria, si no que en realidad se justifica si dicho país no tiene los recursos económicos necesarios para cubrir dicha garantía.

b). Derechos económicos

Son los derechos que nacen de un estado productivo que establecen la aparición de productores, propietarios, asalariados y consumidores cuya relación se basa en factores económicos que poseen una regulación legal.

c). Derechos culturales

Son los derechos que germinan producto de las identidades lingüísticas, étnicas, culturales, antropológicas que además tienen un tratamiento especial de protección actualmente porque son regulados por normas específicas e imperativas tanto a nivel nacional como internacional.

1.3 Derechos humanos y/o fundamentales

Son, además, los derechos básicos que norma la convivencia social, que nacen como concepción de los gobernantes o como acuerdo entre la sociedad y el Estado; están plasmados en los textos constitucionales. Se les llama así a los derechos humanos positivados constitucionalmente, en los que se incluyen los derechos sociales (derechos inherentes al ser humano, civiles y políticos), culturales (derechos de formación personal y de preservación cultural), y económicos (derechos laborales y de participación en la economía nacional).

Los derechos humanos se encuentran en constante desarrollo por ello que se les denomina como básicos porque fundamentan el sistema político del Estado de derecho. Al considerarlos fundamentales, refiere en suponer que los derechos humanos son preponderantes que debe garantizarse lo que justifica que estos deben incluirse en el texto constitucional. Por lo que de forma imperativa, una vez los derechos fundamentales sean considerados la base de la regulación de las relaciones del ser humano en sociedad, y al encontrarse reconocidos en el ordenamiento positivo (parte dogmática de la Constitución), estos son los lineamientos para garantizar el respeto de la dignidad humana, por lo que la doctrina considera que poseen las características siguientes:

- a) Son inalienables (son intransferibles).
- b) Son inviolables (no deben ser transgredidas sin sanción adecuada).
- c) Son irrenunciables (no se anulan ni por libertad individual).
- d) Son imprescriptibles (el tiempo no anula sus alcances).
- e) Son integrales (no se explican parcialmente)
- f) Son efectivos (el hombre, la sociedad y el Estado deben garantizar, respetar y protegerlos).

Estas características de los derechos fundamentales se complementan porque poseen:

1. Una dimensión axiológica (porque afirma el valor supremo de la dignidad humana).
2. Poseen una concepción histórica (fruto de la evolución social), representa una tendencia doctrinaria en expansión (pues su comprensión tiende a expandirse en sus alcances normativos).
3. Son universales (pues traspasa los entornos locales y/o nacionales).





En la actualidad, la doctrina constitucional, en relación con el segmento esencial (o dogmática) de la Constitución, lo sistematiza como la de derechos humanos, lo que ha generado analizar el concepto de manera doctrinaria, pero derechos básicos. En esta línea de ideas, los derechos fundamentales, para algunos juristas, son los derechos humanos, que son reconocidos jurídicamente, que regulan la convivencia social y que surgen como una alianza entre el individuo y la sociedad, y entre dicha sociedad y el Estado, que incluye las exigencias de dignidad, libertad e igualdad, la paz, la justicia entre los ciudadanos y para las ciudadanas.

Los derechos humanos fundamentales en la Constitución guatemalteca, se encuentran dispersos entre los artículos 2 al 117, 125 al 128 de la Constitución de 1985, en donde se establece 44 derechos individuales, 82 derechos sociales y/o colectivos y 13 derechos cívicos y políticos.

En el Título II de la Constitución Política de la República de Guatemala se refiere a los derechos humanos y la Corte de Constitucionalidad ha sentado jurisprudencia al señalar:

Los derechos humanos económicos, sociales y culturales, (...) son derechos universales, indivisibles, independientes e interrelacionados, los cuales deben ser respetados, garantizados, protegidos y promocionados por el Estado o nación correspondiente. No son meras aspiraciones políticas, sino verdaderas conductas positivas, ejecutivas o activas (en algunos caso de efectos inmediatos y otros progresivos) tendientes a satisfacer aquellas necesidades mínimas vitales de la población en general (contenido mínimo esencial del derecho), creando o generando las condiciones para que las personas accedan a tales derechos y cuyo resultado no debe depender únicamente de la disponibilidad de recursos económicos, aunque claro está, si dependerá del desarrollo económico del país.

(Gaceta No. 95. Expediente 1205-2008. Fecha de sentencia: 17/02/2010).



De esta manera, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca se ha manifestado en relación con la importancia de garantizar los derechos humanos y a que no dependerá únicamente de la limitación de recursos económicos su cumplimiento. Es decir, no es excusa para no cumplirlos, no obstante, ello dependerá del desarrollo económico del país, es decir, que sea materialmente realizables de acuerdo a dicho desarrollo.

En el Capítulo I del Título II la Constitución norma los Derechos Individuales y al respecto refiere:

Los derechos individuales muestran claramente sus características: unos, los civiles, con un contenido negativo que implica obligaciones de no hacer y los otros, los políticos, el reconocimiento de la facultad que los ciudadanos tienen para participar en la organización, actuación y desarrollo de la potestad gubernativa.

(Gaceta No. 8. Expediente 97-88. Fecha de Sentencia: 26/05/1988).

Es decir, que tenemos derechos, pero también tenemos obligaciones de no hacer. Aunado a ello, también tenemos derechos políticos como participar en todas las acciones que den lugar para el desarrollo del Estado.

Al respecto la Corte de Constitucionalidad ha señalado que:

Si bien puede suponerse que el derecho y el deber político de elegir, previsto en el inciso b) del artículo 136 de la Constitución, hace referencia a la elección de personas, no puede descartarse que la misma libertad debe tener el ciudadano en cuanto a la elección de asuntos, sustentada en el sistema de valores y principios del régimen democrático y personalista de la Constitución guatemalteca, que se encuentran expresados en el preámbulo y en los artículos 1º., 2º., 3º., 4º., y 44 del precitado texto.

(Gaceta No. 51. Expediente 931-98. Fecha de sentencia: 08/02/1999).

La Corte se refiere a una participación incluyente del “ciudadano” en términos generales (con un lenguaje incluyente debe señalar además las “ciudadanas”) en



todos los ámbitos no solo político sino que, además, económico y social que coadyuve al desarrollo del país. Esta exposición de la Corte de Constitucionalidad es de avanzada en la observación y garantía de los derechos de participación política de una parte de la población en la cooperación del desarrollo del país. No obstante, no lo realiza con perspectiva de género. De igual manera, se refiere con una visión etnocentrista en donde el centro es el hombre, contrario a la situación real del país en donde hay ciudadanos y ciudadanas.

1.4 Derechos no fundamentales

Se debe realizar una diferenciación entre los derechos fundamentales y no fundamentales, ya que los primeros ocupan un lugar específico en el cuerpo de la Constitución, mientras que los segundos son aquellos derechos humanos reconocidos jurídicamente que se encuentran en todo el texto constitucional. Esta no se encuentren en la sección dogmática y, además, se pueden encontrar en el preámbulo, parte orgánica, disposiciones finales o transitorias.

Estos derechos integran a los derechos fundamentales, es decir, que, aunque estos no existieran, los seres humanos sin su ejercicio pueden desarrollarse de manera normal. Lo podemos advertir en los Estados desarrollados mediante los cuales de forma total han alcanzado el respeto de casi todos los derechos fundamentales, y los que se van generando los van adoptando de manera automática, sin realizar ninguna declaración al respecto, toda vez que no es necesario debido a que los interpretan de manera extensiva.

Los derechos humanos no fundamentales en la Constitución Política guatemalteca, se encuentran dispersos entre los artículos 140 al 281 y del 1 al 27 del apartado de disposiciones finales de dicha Constitución, en donde con suma claridad podemos encontrar 6 derechos individuales y/o colectivos los siguientes:

1. El derecho de los trabajadores del Organismo Legislativo y de las municipalidades sobre la emisión de una ley que regule sus relaciones laborales.
2. El acceso a la justicia en los municipios.



3. La conservación de la nacionalidad, garantía de la nacionalidad de quienes la hayan adquirido.
4. El derecho a elegir y ser electo.
5. El derecho a la educación por medio de la alfabetización.
6. El derecho al idioma, divulgación de la Constitución en los diferentes idiomas indígenas.

1.5 La constitucionalización de los derechos

Se determina que la constitucionalización de los derechos es la aparición formal de los derechos en el derecho constitucional a través del reconocimiento y positivación de estos en las Constituciones de los Estados.

El Estado constitucional de derecho se establece como modelo y por consiguiente, las garantías en él expresadas lo que conlleva que este parámetro se traslade al ámbito internacional, en relación con ello, genera un fenómeno que el jurista alemán Häberle (2000, p.126) ha determinado en denominar Estado cooperativo, es decir, un Estado que no solamente se ocupa de sus ciudadanos sino que también tiene en cuenta a los demás Estados, a las instancias supranacionales y a los ciudadanos del mundo, entre otros temas.

Lo que se advierte en la constitucionalización de los derechos es que no queda únicamente en el orden interno de cada Estado. Se complementa, con la normativa internacional, la que tiene la función de ser el medio por el cual se genera el reconocimiento de los derechos fundamentales, para luego constitucionalizarlos e ingresarlos por medio del derecho constitucional a las Constituciones de cada Estado. Posterior a ello, emergen del contexto nacional al ámbito internacional, con el objeto que se garanticen dichos derechos.

Es necesario resaltar, que en la constitucionalización de los derechos debe atenderse al fundamento jurídico de dicho establecimiento, tal como lo señala Ferrajoli (2005, p.63): “La perspectiva de considerar que la Constitución política, es el nuevo paradigma del derecho”. Es decir, que sienta la base de todo



ordenamiento jurídico, la que proporciona una perspectiva externa de los derechos fundamentales. Al respecto, Loewenstein (1976) señala el entendimiento que la Carta Fundamental en su carácter dual, debe encuadrarse en una forma de ver y de vernos, por cuanto, ello determina, la forma de evaluar una sociedad de modo diferente, en función de si tiene o no norma constitucional, sea escrita o consuetudinaria, de cómo es esa Constitución y también de su eficacia normativa real” (p.30).

Ambos autores coinciden en que la Constitución es la base normativa fundamental del ordenamiento jurídico de los Estados, lo que se advierte de ello es que, cuando la Constitución es considerada como norma jurídica, esta se origina y se advierte mediante la forma de ver a cada habitante de un Estado determinado, como consecuencia que, la sociedad es cambiante y de igual manera el derecho

En esta perspectiva, una de las tesis es que la Constitución de cada Estado es la cúspide de la normativa interna de cada país por medio de la cual deben inspirarse las demás leyes ordinarias internas. Por lo tanto, si estas leyes internas contravienen la Constitución, la normativa ordinaria no debe aplicarse, en sintonía con los tratados y convenios internacionales que al ser aceptados y ratificados por cada Estado son parte de la normativa interna, y así es como se garantiza el cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales.

Por lo que al indicar (Domínguez Águila, 1976, p.65) desde el punto de vista que la Constitución y el denominado proceso de Constitucionalización del Derecho, que es un todo en cuanto al derecho público que enlaza al derecho privado, toma preeminencia cuando se considera como un principio superior que cumple su función de fuente del derecho, tomando en consideración que las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, sean estimatorias, interpretativas y desestimatorias e incluso declaratorias.

Ferrajoli (2001, p:65) tiene otra perspectiva y concede otro valor agregado al tema y señala, que el “nuevo paradigma es fruto de una profunda transformación interna del paradigma paleo-positivista”, lo que se considera una transformación



que afecta no solo a la naturaleza del derecho en la medida en que la positivización que resulta de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva (...) en relación también, a un uso desenvolvimiento en cuanto al principio de legalidad o legalidad fundamental, lo que permite llegar al principio de legalidad formal o pura legalidad que tradicionalmente se conocía, lo que conlleva, que el acatamiento a la ley, no solo se basa a vínculos formales, sino que a lazos centrales, los que son resultado de los principios y derechos fundamentales plasmados en la Constitución, lo cual influye en la estructura del Estado constitucional republicano y democrático de derecho” (p.65).

En cuanto a los argumentos señalados por los juristas anteriormente citados, podemos analizar, que en un Estado autoritario no se considera ni norma la Constitucionalización de los derechos fundamentales porque no los considera necesarios. Ello debido a que toda su actividad y visión radica en que las decisiones solo se refieren y se toman en cuanto a los intereses propios del Estado trasgrediendo de esta manera los derechos humanos individuales de los sujetos. En consecuencia, no obstante que los Estados posean una Constitución, si no introducen una parte axiológica ni se inspiran en ella, no es posible que consideren importante o necesario sistematizar los derechos fundamentales y, en consecuencia, que consideren desarrollar garantías para el respeto y prevalencia de dichos derechos.

Según Ferrajoli (2001:p.65), cuando una definición teórica no señale el hecho de que los derechos fundamentales estén o no contemplados en las legislaciones internas, en las Constituciones o en cualquier normativa positiva, dichos derechos, de una manera jurídicamente formal o estructural estarían “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘estatus’ la condición de un sujeto, prevista asimismo

por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.



En esta definición no se estima a los derechos fundamentales desde una posición dogmática o axiológica, en los que se establecerá la concepción y posición que guarden dichos derechos en el ordenamiento jurídico específico. Lo que se puede advertir es que no se han podido realizar las aspiraciones que los derechos fundamentales guardan respecto de su realización, ello como consecuencia que, dicha definición de los derechos fundamentales aún no ha podido ser concretada a nivel universal, no obstante, tener como antecedentes la firma y ratificación de instrumentos internacionales por los diferentes Estados. Lo cual conlleva que, al momento de garantizarlos y observarlos, esta sea de manera restrictiva porque se posee una visión limitada de los derechos fundamentales.

Es así como se hace evidente que el concepto de soberanía y los intereses particulares son elementos que no han permitido que se establezca una definición teórica como parámetro y guía para todos los miembros de la comunidad internacional. Ello porque aún no se ha considerado que la soberanía es única y no se delega, es decir, que el hecho que los Estados firmen los convenios, los acepten y ratifiquen no están cediendo su soberanía. Esta acción la realizan por medio del ejercicio de esta soberanía, no es consecuencia de pérdida de la misma.

El unificar criterios respecto a dicha definición teórica de derechos humanos trae como consecuencia beneficios como el sustentar una defensa coercitiva internacional y generalizada de los derechos fundamentales. Es por ello que, en la actualidad, a falta de dicha definición, se toma como base una definición dogmática que defina los medios de protección específica de dichos derechos.

Una vez constitucionalizados los derechos, se debe asegurar su cumplimiento, que se lleva a cabo a través de los medios de defensa de los derechos fundamentales. En consecuencia, debe existir la garantía de estos derechos, con el objeto que no quede solo en buenas intenciones que se plasman en los textos constitucionales. Esta es la explicación lógica del porqué no es suficiente solo obtener una definición teórica.



El jurista Guastini (2009) se refiere en cuanto a que la constitucionalización de un ordenamiento jurídico no es una palabra conexas y, lo cual, tiene una correspondencia lógica toda vez, que propone entenderlo como un proceso de mutación al término del cual el ordenamiento resulta saturado por las normas constitucionales (p.49); lo que el autor justifica es respecto a que todo Estado posee condiciones y características que reflejan cuando constitucionalizan los derechos fundamentales y debe reunir condiciones fundantes para considerarse que dicho ordenamiento jurídico se encuentra constitucionalizado, y que además de manera extensiva se interpretan y desarrollan.

Las condiciones a las que se refiere el autor anteriormente citado son las siguientes:

1. La existencia de una Constitución rígida.
2. La existencia de una garantía jurisdiccional de la Constitución.
3. La existencia de una fuerza vinculante de la Constitución.
4. La existencia de una interpretación extensiva de la Constitución o, como lo denomina Guastini, una “sobreinterpretación” para evitar la existencia de lagunas constitucionales.
5. La existencia de una aplicación directa de las normas constitucionales.
6. la existencia de una interpretación “conforme”, “adecuadora” o “armonizante” de las leyes que permita evitar las contradicciones entre la ley y la Constitución y;
7. La existencia de una influencia de la constitución sobre las relaciones políticas (p.50-57).

Ante el cumplimiento mínimo de estas condiciones se pueden considerar el hipotético de un ordenamiento constitucionalizado y, con ello, establecer derechos

fundamentales reconocidos en la Constitución, que sitúen a todo tema de normas jurídicas.



No se puede únicamente considerar, que al estar vislumbrados estos derechos en el texto constitucional, se constitucionalizan y con ello obtienen la primacía dentro de un sistema jurídico, con lo que su protección estaría garantizada, en la realidad, no es así. Los derechos se encuentran sistematizados de manera formal, pero la protección material no lo refleja; para que en el contexto en el diario convivir estas garantías tengan un efecto y modelen el comportamiento de la población y, en especial, de los poderes del Estado, es necesario que pase un tiempo considerable para que estos derechos se observen. Con el objeto que de acuerdo a la práctica del diario vivir y convivir se llegue al convencimiento que en un Estado no hay paz si no se respetan ni se garantizan los derechos humanos de sus habitantes, tanto por el Estado, así como de la población en general.

Ello implica que este reconocimiento debe ser desde una perspectiva de los grupos vulnerables de la población, así como de la condición de cada uno de los ciudadanos y ciudadanas, quienes poseen circunstancias diferentes que se deben considerar a efecto de superar estas asimetrías y de esta manera garantizar el derecho fundamental de igualdad estipulado en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Para Guastini (2009, p.57) es importante que, además de analizar respecto a los derechos, es necesario colocar en evidencia las condiciones, posición y el papel que desempeña la Constitución dentro de un sistema jurídico de determinado Estado. Asimismo, verificar si dicha Constitución protege a todo el ordenamiento; estos objetivos son imperantes porque no es suficiente poseer garantías primarias si la Constitución no fuera la base del sistema jurídico.

Los derechos humanos solo pueden ser positivos en un Estado cuando se han generado mecanismos de defensa, que tenga plena vigencia y que además sean componentes jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales. La importancia radica en que, si no se tienen dichos mecanismos de defensa, no tiene ningún sentido la existencia de los derechos humanos porque solo serían normas



vigentes y no positivas que no cumplirían el objetivo que tienen de garantizar la dignidad humana. Así es como no solo existe el reconocimiento y la especificación de los derechos humanos, sino que, además, los recursos y la infraestructura para garantizar su cumplimiento.

Los derechos desde el ámbito constitucional tienen mayor protección cuando se coloca de manifiesto el significado y valor fundante de los derechos, lo que tiene como consecuencia, que sirve de parámetro para ponderar los derechos en anteposición a los poderes públicos, lo que genera el origen al Estado social de derecho. Este es el resultado de la constitucionalización de los derechos fundamentales, es por ello que se considera como un avance de la ciencia jurídica. Lo que conlleva que el reconocimiento de los derechos desde esta metodología constitucional sea un requerimiento obligatorio en el reconocimiento constitucional, así como en su existencia, por lo que en consecuencia es un mandato imperativo y obligatorio para todos, incluyendo los poderes estatales y los habitantes de la república.

1.5.1 Antecedentes de la constitucionalización de los derechos

Los antecedentes sobre la constitucionalización de los derechos se encuentra en los Estados Unidos, también en Alemania y en Italia desde hace muchos años, lo que se desencadenó de forma violenta en Francia. Ello conlleva que sea el derecho comparado el medio por el cual se consolidó de manera efectiva la Constitucionalización de los derechos.

La constitucionalización de los derechos humanos, así como la convencionalización ha sido de interés en el siglo XX, debido a que luego de las continuas violaciones de los derechos por la Primera y Segunda Guerra Mundiales, así como el genocidio de Ruanda, era necesario que se tomaran medidas encaminadas a evitar la repetición de estas violaciones. Por el irrespeto de los derechos del hombre por el hombre, tal como lo refiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas núm. 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948) preámbulo, considerandos 1 y 3 "el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos



han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad. Como consecuencia de esta preocupación se generaron diversos instrumentos internacionales universales. Lo que quedó plasmado en los diferentes instrumentos convenciones internacionales y nacionales originalmente, y luego en las respectivas Constituciones de los países que optaron por el reto de este maravilloso proceso de garantizar la dignidad humana.

Los antecedentes de dicha constitucionalización, además, se puede establecer en las declaraciones de derechos británicas, norteamericanas y francesas, no obstante a ello, con la *Petition of Rights* de 1628, la ley de *Habeas Corpus* de 1679 y la de *Bill of Rights* de 1689 que hacen a Gran Bretaña pionera del reconocimiento de los derechos del hombre antes que Francia en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y Estados Unidos con las Declaraciones de Derechos de Virginia y del Estado de Pennsylvania, Declaración de Independencia de Estados Unidos, todas de 1776.

Dichos instrumentos han sido fuente de inspiración para la creación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos del siglo XX hasta la presente fecha.

Su origen se remonta con las primeras enmiendas de la Constitución federal norteamericana y con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francés.

La Primera Guerra Mundial y su secuela en Alemania, y más tarde la lucha contra los efectos de la Gran Depresión iniciada en 1929, trasladaron a todos los Estados la legitimación de los derechos sociales (reconocidos y protegidos por cada Estado, como la protección de la vida, la salud, la seguridad social, la justicia, la paz y el desarrollo integral).

- Declaración de Virginia

En la **Declaración de Virginia** se expresa que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos innatos de los cuales, cuando ingresan en un estado de sociedad, no pueden, por ningún



pacto, privar o desposeer a su posteridad, a saber, el goce de la vida y de la sociedad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad y buscar la felicidad y la seguridad.

- Declaración de Independencia norteamericana

En la Declaración de Independencia norteamericana se declara que: “Todos los hombres son creados iguales, están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables en derechos (artículo 1) que la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescindibles del hombre (la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión)”.

Los derechos humanos han evolucionado para extender su protección y para mejorar las garantías respecto de dichos derechos. En el ámbito internacional se proporciona un cambio considerable en la protección de los derechos con la promulgación y entrada en vigencia del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Posteriormente, han surgido nuevos derechos que se van desarrollando en la conciencia social y en las normas sobre derechos humanos, sin distinciones internacionales o nacionales. Por ejemplo, del derecho a un ambiente limpio y sostenible para la vida humana, que se reguló en el último texto constitucional de 1985.

En Guatemala, el desarrollo de los derechos políticos, se inició con la República y como un privilegio de una pequeña parte de la población para elegir y ser electos. Este derecho se fue extendiendo poco a poco conforme avanzó la sociedad, por ejemplo, en 1945 se concede el derecho al sufragio para las mujeres que sabían leer y escribir. Veinte años más tarde, en 1965, se reconoce el sufragio como un derecho político universal.

En cuanto a otro grupo de la población en condición de vulnerabilidad como los niños, niñas y adolescentes, durante el transcurso de la historia fueron considerados como un objeto; a través de la teoría de la minoridad, es decir, eran considerados menos que persona. En consecuencia, estaban invisibilizados, ello

por el irrespeto de los derechos de las niñas y niños por parte de las personas adultas, tal como lo refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas núm. 217 A (III) de diciembre de 1948) preámbulo, considerandos 1 y 3. "El desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad".

Como resultado de esta preocupación se generaron diversos instrumentos internacionales universales y regionales, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos, Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Belém do Pará, La Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW) el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing.

Los instrumentos jurídicos internacionales y universales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; en los instrumentos regionales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Destacándose la Declaración Universal como la que constituyó un avance sin antecedentes en esta lucha hacia la evolución de la dignidad humana, y un importante empuje y promoción al extenso transcurso de internacionalización de los derechos humanos. Por lo que esta es la base en que se han elaborado y aprobado en el contexto de las Naciones Unidas una serie considerable de instrumentos dirigidos a desarrollar y garantizar la eficacia de las disposiciones contenidas en el texto de dicha Declaración. Así se consiguió la clasificación de los derechos humanos como expresión y acumulación sustancial de la idea de dignidad de la persona encaminados a desarrollarse mediante la teoría iusnaturalista.



La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención de Belém do Pará (sitio de su adopción en 1994), define la violencia contra las mujeres; establece el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y destaca a la violencia como una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Propone por primera vez el desarrollo de mecanismos de protección y defensa de los derechos de las mujeres como fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia contra su integridad física, sexual y psicológica, tanto en el ámbito público como en el privado, y su reivindicación dentro de la sociedad.

Es una Convención que reconoce e identifica claramente en su articulado el origen y la direccionalidad de la violencia que sufren las mujeres como producto de una organización social sexista, en la cual el abuso y el maltrato contra las mujeres es el resultado de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. La Convención de Belém do Pará reconoce, además, los diversos escenarios en los cuales se manifiesta y persiste la violencia contra las mujeres, así como los diversos actores y perpetradores de esta violencia.

Este andamiaje jurídico internacional generó un catálogo de derechos humanos que a la fecha se pueden enumerar, entre otros, como la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Ello originó que se codificara un listado de derechos fundamentales tanto a nivel nacional como internacional, que hasta este momento podemos apreciar.

Por lo que este sistema se encuentra en proceso, como se puede advertir en las diferentes normativas constitucionales de (la Constitución de Guatemala, Venezuela, Bolivia y Ecuador) a pesar de que el aprendizaje ha sido a través de errores y horrores, lo cual ha permitido ir adecuando el derecho constitucional. Como consecuencia de ello, es imperante que deben generarse las reformas atinentes para equiparar la Constitución a la realidad de las sociedades, tomando en cuenta que las relaciones sociales son cambiantes y, por consiguiente, el derecho, aunado a que el grupo dominante y que detenta el poder e imperante, lo hace mediante formas estratégicas.





Se advierte que existe un claro objetivo, el cual es el fortalecimiento del sistema democrático; pero ya no una democracia de élites, sino de participación popular, lo que hizo incorporar en todas las Constituciones citadas lo relativo al Estado social de derecho que se convierte en justicia social, el pleno reconocimiento y las garantías de los derechos constitucionales, democracia participativa, y el preponderante control de los poderes del Estado.

Lo que se resume en lo afirmado por Jelin (1993, p.93), “la paradoja está en levantar la bandera del universalismo para defender los derechos de los diferentes”.

Esta afirmación describe las acciones que se deben tomar para defender los derechos de los grupos en condición de vulnerabilidad para garantizar una efectiva observación y garantía de los derechos fundamentales.

Todo este proceso de implementación y desarrollo de los nuevos sistemas constitucionales, ha tenido sus obstáculos por resistirse al cambio, por la exigencia de cambio de paradigma, la globalización. Las ideologías tienen un papel importante una corriente liberal que se impone sobre la conservadora, esta última ideología imperante e instaurada en la sociedad, por consiguiente, y en contraposición a ello, el activismo de quienes se denominaban minorías, quienes han demostrado ser una gran mayoría.

1.5.2 Los tratados y convenciones internacionales como fuente de derechos humanos

En relación con el derecho internacional, la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo siguiente:

"Artículo 46. Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno".

Es decir que, además, con las denominadas leyes constitucionales que regulan el procedimiento y desarrollo específico de estas garantías, así como la

supremacía de la Constitución, como lo regula la Ley de Amparo Personal y Constitucionalidad:



“Artículo 3. Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”.

La Ley del Organismo Judicial en cuanto a la supremacía y jerarquía norma lo siguiente:

"Artículo 9. Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa (Reformado por el artículo 2 del Decreto Ley 11-93). Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la República, sobre cualquier ley o tratado salvo los tratados o convenciones sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes o tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior”.

En ese sentido, tenemos el “Bloque Constitucional” que observamos en toda decisión. Es importante señalar que los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, se encuentran en sintonía con la Constitución Política de la República en virtud de que previo a aceptarlos se realiza una consulta a la Corte de Constitucionalidad a efecto que emita opinión sobre si determinado convenio es o no contrario a la Constitución. En tal sentido, no existen contradicciones al respecto, no son contrarios al contenido de la Constitución.

Por lo tanto, los tratados internacionales son una fuente formal porque forman parte de las fuentes directas y constituyen un acto jurídico que genera normas asumidas voluntariamente por los Estados que luego de aceptarlos y ratificarlos, incluso, ingresan al sistema jurídico interno y, por consiguiente, están en la obligatoriedad de ser observados y citados por los órganos jurisdiccionales al

resolver las controversias; a efecto de garantizar a los usuarios de la misma manera el acceso a la justicia, en respeto a sus derechos fundamentales.



Existen dos tesis sobre la fuente de estos tratados y convenios internacionales de derechos humanos, que estos están en la misma jerarquía que la Constitución porque no son contrarios, y la otra que la Constitución es la norma suprema y luego devienen los convenios internacionales, que estos están únicamente sobre la normativa interna que serían las leyes ordinarias.

Las fuentes formales se clasifican a su vez en: directas e indirectas. Los sujetos de los Estados y las organizaciones internacionales, son personas jurídicas colectivas, actúan a través de personas físicas que las represente; estos acuerdos son bilaterales y multilaterales, dependiendo el número que lo contraten. Un tratado internacional es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en varios.

El concepto de fuentes está íntimamente relacionado al nacimiento del derecho. Friedrich C. von Savigny (1879, p. 63) consideraba las fuentes jurídicas como la razón o las causas del nacimiento del derecho general. Para Kelsen (1926, p. 42) las fuentes constituyen el fundamento que valida al derecho, constituyen las normas que brindan validez al proceso de creación normativa. Las fuentes directas son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho y las indirectas son la doctrina y la jurisprudencia.

El derecho internacional es conformado por dos vertientes: el consuetudinario y el convencional. El derecho Internacional convencional es el que se formaliza mediante los tratados internacionales.

Hay dos formas de concretar tratados internacionales:

- (1) Mediante pactos directos entre dos o más Estados o
- (2) mediante la adhesión de un Estado a un tratado pactados entre dos o más Estados.



Si lugar a dudas todos los tratadistas de derecho constitucional e internacional consideran a los tratados como fuentes directas de derecho. El problema se crea en el lugar o la jerarquía de esta fuente de derecho con respecto a las otras fuentes: la Constitución, las leyes del Estado, las fuentes consuetudinarias, los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia.

No todos los países suscriben la forma jerárquica que les conceden a los tratados, pero es evidente que no hay un consenso generalizado respecto a qué jerarquía se les debe conceder. Esta falta de uniformidad es producto del ejercicio de soberanía que está íntimamente vinculado a la preferencia de cada Estado en este aspecto. Unos estados consideran que los tratados están en el mismo rango jerárquico que la Constitución. Estos realizan un procedimiento para que la autoridad suprema judicial del Estado evalúe el tratado a la luz de los preceptos constitucionales para asegurar que el tratado no va a antagonizar con la Constitución. Este procedimiento garantiza que el tratado al ser firmado va a tener el mismo rango que la Constitución.

Otros Estados consideran que los tratados nunca van a estar sobre la Constitución (supraconstitucional) pero sí van a estar sobre las leyes del Estado. Es decir, el tratado es infra constitucional, pero supra legislativo. Hay otros que no le dan efecto vinculante a los tratados hasta que no son publicados en la gaceta oficial del Estado o son convertidos en legislación por el Parlamento cuando no son autoejecutables.

Otros Estados no contemplan que tratado alguno pueda estar sobre las leyes del Estado ni mucho menos sobre la Constitución. En relación con estas tesis sobre la jerarquía de los tratados entre las otras fuentes del derecho en cada país, se prefiere la postura de que el ente jurídico supremo de cada país llámese Tribunal Supremo o Tribunal Constitucional debe analizar el tratado en proyección y recomendar su firma y adopción cuando no resulte en un choque con la Constitución del Estado.

Una vez firmado, aceptado y luego de ser ratificado y adoptado debe tener rango equivalente a la Constitución, ello no implica que es superior si no que se

encuentra como tal con la Constitución en relación con la base jurídica sobre derechos humanos que en cumplimiento todo el ordenamiento jurídico interno debe observar, es decir, que la normativa interna debe equipararse a los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, ya que es obligatorio su observación y garantía.



1.5.3 Características de los instrumentos sobre derechos humanos

Otro antecedente de los derechos humanos es que previo a la creación de los instrumentos internacionales de protección de dichos derechos, únicamente existían declaraciones nacionales que se referían a los derechos humanos, estos documentos son las Constituciones de cada país; estas los tenían plasmados o regulados en el preámbulo o dentro de un capítulo.

La doctrina considera que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se destacan por las siguientes características:

- Que son de naturaleza internacional, mundial o regional.
- Consagran una variedad indeterminada de derechos.

1.5.4 Las declaraciones nacionales

En relación con las declaraciones nacionales de derechos del siglo XX se pueden señalar:

- a) la Constitución mexicana de 1917,
- b) la Constitución soviética 1918 y
- c) la Constitución alemana de Weimar de 1919.

Cada una con sus diferentes incompatibilidades contenidas en su doctrina y en la forma en que se integran.

Se advierte que la declaración soviética de 1918 es una declaración de doctrina social, porque señala una ideología sobre la primacía de los derechos colectivos. Considera que, en consecuencia, la abolición de la propiedad privada, el servicio

de trabajo obligatorio y que el poder debe estar en manos de diputados obreros, soldados y campesinos, para garantizar un positivo respeto a los derechos

La doctrina de la declaración mexicana de 1917 se basa en las declaraciones norteamericanas y francesas sobre las garantías individuales, prohibición de la esclavitud, propiedad de las tierras y aguas, la propiedad privada y la novedad es que es la primera, que reconoce los derechos económicos y sociales, del trabajo y la previsión social.

La Constitución alemana de Weimar de 1919, toma como base una posición de defensa de los migrantes y se refiere al derecho de emigrar de los alemanes, lo relativo a la libertad de las ciencias y las artes; también incluye la preservación del patrimonio nacional, y uno de los apartados novedosos es el derecho al ambiente, además, considera importante la cultura del país toda vez que protege el patrimonio artístico contra su traslado al extranjero. La importancia de esta Constitución radica en que sirve de inspiración a los países de Europa luego de la Primera Guerra Mundial.

Se considera que tanto la Constitución mexicana como la alemana son sucesoras e inspiraron a otras Constituciones. En cuanto a la mexicana, además, es la sucesora de las Constituciones de la región iberoamericana.

En el plano internacional, el término de la dignidad aparece inicialmente en los textos jurídicos como respuesta de las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, las cuales constituyeron la promoción hacia la vigencia de dicha dignidad humana. Como resultado, los Estados manifestaron su voluntad en el ejercicio de su soberanía por medio de instrumentos internacionales, ello con el objeto que las crueldades cometidas por los regímenes nazis y fascista no se repitieran por ningún otro Estado. Este es el antecedente directo sobre los conceptos a la “dignidad de la persona humana” y a los “derechos fundamentales del hombre” que aparecen públicamente por primera vez expresadas en la Carta de las Naciones Unidas de 1945.





Posterior a la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos internacionales y universales se proclamaron como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; en los instrumentos regionales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

De los anteriores instrumentos internacionales enumerados, la Declaración Universal toma relevancia porque se le atribuye que fue la primera declaración que instituyó una enumeración de derechos humanos, y es reconocido su contenido como un desarrollo y progreso en la lucha hacia la evolución de la dignidad humana y un importante esfuerzo y promoción al profundo transcurso de internacionalización de los derechos humanos. Posterior a ella, se han elaborado y aprobado en el contexto de las Naciones Unidas una serie considerable de instrumentos dirigidos a desarrollar y garantizar de eficacia las disposiciones contenidas en el texto de dicha Declaración, obteniendo la categorización de los derechos humanos como reserva esencial de la idea de dignidad de la persona.

Posterior a la independencia de la región iberoamericana, se produjo lo inevitable: la confrontación de poderíos entre el activismo popular contra el poder del rey y del cacique, como consecuencia del desenfreno de los sistemas importados que fueron financiados o impuestos, lo que llevó a replantearse su propio camino constitucional (ello en las dos últimas décadas del siglo XX), en el que se inició un recorrido para desarrollar un ordenamiento jurídico real que supliera las necesidades de la población latinoamericana. En la actualidad, aún existen resabios de la influencia del derecho occidental y anglosajón, los cuales fueron la base para este desarrollo jurídico los cuales no se pueden obviar pues proporcionaron un aporte significativo que fue enriquecido con nuevos elementos, adecuados a los latinos y a la realidad de los Estados.

1.6 Origen jurídico de la constitucionalización de los derechos

En relación con el origen de la constitucionalización de los derechos se generaron severas discusiones respecto a que si era el resultado de una decisión de derecho administrativo o de decisiones políticas. En ese sentido, el decano Vedel, citado por *Louis Joseph Favoreu* (en su artículo “La constitucionalización del derecho” señaló sobre “Las bases constitucionales del derecho administrativo”, publicada en 1954 (p.21-53). El decano Vedel sostenía que la Constitución fundaba el “régimen administrativo”, es decir, la especificidad del derecho administrativo, y él había escrito en el artículo 37 de la Constitución de 1958 una confirmación de su tesis. Mientras que Charles Eisenmann (1972, p. 1345-1441) contestaba que las “prerrogativas y sujeciones” por las cuales el decano Vedel caracterizaba el “régimen administrativo” puedan encontrar un fundamento cualquiera en la Constitución.

Favoreu (2001, p.32-33) refiere que eso era una discusión sobre la justificación de la existencia de un “régimen administrativo”, es decir, de un derecho autónomo o específico en relación con el derecho privado y las otras ramas del derecho. Esto se sitúa en la perspectiva de la distinción y de la autonomía del derecho público frente al derecho privado, mientras que el fenómeno de la constitucionalización de las ramas del derecho tiende, al contrario, a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado.

Esta discusión era generada debido a que los juristas de la época no podían concebir que fuese necesario implementar una constitucionalización de derechos en un Estado de derecho. Es por ello que su origen era administrativo, no de una decisión política. Porque las Constituciones eran emitidas como un origen administrativo.

Es oportuno afirmar que la postura de Fromont, Michel y la de Louis Joseph Favoreu es la correcta, toda vez que la normativa constitucional es de origen político porque el fin que persigue no es solo ordenar o administrar el Estado, sino que también emitir pesos y contrapesos por medio del control del ejercicio del poder asignado a cada órgano del Estado, lo que se realiza por medio de controles





que ponen límites a dicho ejercicio del poder, entre estos, constitucionalizando los derechos humanos, con la obligatoriedad de observarlos y garantizarlos por medio de procedimientos específicos.

La necesidad de constitucionalizar los derechos es imperativa porque es inevitable que estos se garanticen por medio de una protección y su consiguiente obligación de respetarlos y posterior a ello hacer que se respeten, como garantía de la dignidad humana lo que conlleva que ninguna rama del derecho se encuentre excluida respecto a la observancia y respeto a la garantía de los derechos humanos de la población.

Tal como lo refiere Favoreu (2001) por el hecho que, hasta mediados de los años setenta, era difícil hablar de constitucionalización de las ramas del derecho, porque este fenómeno aún si ya se había manifestado para las fuentes del derecho, no empezó realmente sino hasta el desarrollo de la jurisprudencia sobre las libertades y los derechos fundamentales (p.33-34). Ello generó posteriormente establecer la necesidad de realizar este proceso para que los Estados observaran, respetaran y cumplieran con garantizar los derechos fundamentales y de forma imperativa aún más determinante por medio de sus Cartas Magnas y/o a través de sus Constituciones.

Por medio del estudio de Michel Fromont (1974) citado por Favoreu (2001, p.34) es que se obtiene el concepto de la constitucionalización de las ramas del derecho (Genevois, 1988, p.389) porque por medio de esta tesis se puede hacer remontar el origen del concepto en el derecho francés.

Esta evolución no solo del concepto, sino que además del proceso de constitucionalización y de la constitucionalidad de los derechos fundamentales, en la presente época, ha evolucionado a través de los convenios internacionales sobre derechos humanos aceptados, firmados y ratificados por Guatemala.

1.6.1 El proceso y los efectos de la constitucionalización del derecho

Para Favoreu (2001, p.34) en el proceso de constitucionalización deben tomarse en consideración, primero, la acumulación de normas constitucionales a



través del desarrollo de la justicia constitucional, y luego el mecanismo de difusión de estas normas en el orden jurídico. Esto es congruente en un Estado de derecho porque inicialmente debe ingresar a la normativa constitucional. Posteriormente se desarrollará como garantía y por medio de las demás leyes internas que son las que poseen los procedimientos y aunque la Constitución es la que proporciona el reconocimiento e inoperatividad de protección y las demás leyes los procedimientos para garantizar los derechos fundamentales o el reproche de estos en ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado.

1.6.2 Tipos de constitucionalización

Para Favoreu (2001, p.39) existen tres tipos de constitucionalización de los derechos:

1. La constitucionalización-juridicización señala que es una relación esencialmente con el derecho constitucional institucional. Lo describe como “el derecho constitucional era un catálogo de recetas políticas con carácter vagamente obligatorio en el cual la ciencia política tenía más importancia que el derecho,” (Favoreu, L y L. Philip, 1978, p.39), que posterior a ello se ha “juridizado” bajo la influencia del derecho constitucional. La cual se advirtió en 1980 (Pouvoirs; 1979, p.23). A partir de ese momento, el estatuto de los órganos de poder, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas son regidas por verdaderas reglas de derecho: lo que determinó que “la política es tomada por el derecho” (Aix-Marseille, 1988, p. 55).

Lo que es congruente con los estudios de Fromont (1974 p.35), porque es a través de la norma constitucional que se toma como base para resolver observando los derechos fundamentales y que en determinado momento las resoluciones de las juezas, jueces magistradas y magistrados también son políticas porque esta decisión en determinado momento no solo afectara a un sujeto, sino que también afecta a toda la sociedad.

2. La constitucionalización-elevación señala que caracteriza el cambio observado en cuanto al sistema de fuentes o de la producción de normas.



Que antes de 1958, el sistema de fuentes era esencialmente legislativo en el sentido que la ley definía su propio campo de aplicación tanto en cuanto al reglamento como acerca de la Constitución. En donde el legislador, tiene la competencia de su competencia” (Bon, Revue Française, 1991, p.35).

Ahora la repartición de las competencias entre el legislador y el poder reglamentario, por una parte, y el legislador y el constituyente por otra, es establecida por la Constitución, formal, así como también porque el juez o jueza constitucional ha estado velando a su estricta aplicación. En consecuencia, la definición constitucional de la competencia del legislador se aplica no solo al poder reglamentario sino al propio legislador.

3. La constitucionalización-transformación para Favoreu (2001, p.32-33) es la más reciente porque comienza verdaderamente en el transcurso de los años setenta (mientras que las precedentes se produjeron a partir de los años sesenta).

Uno quiere referirse aquí a la constitucionalización de los derechos y libertades que lleva a una impregnación de las distintas ramas del derecho (Turpin, 1992, p.9) así como a una transformación de esas. Pero eso guarda relación también con las instituciones, en especial con las instituciones administrativas y jurisdiccionales, dado que el impacto de la constitucionalización de estas es totalmente perceptible en derecho administrativo o en derecho procesal privado.

a) Los efectos directos

Los tres tipos de la constitucionalización anteriormente señalados producen diferentes efectos directos según se consideran los tres sectores de lo que constituye hoy en día el derecho constitucional moderno.

1. El estatuto de los órganos de poder, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas son regidas por verdaderas reglas de derecho.
2. La repartición de las competencias entre el legislador y el poder reglamentario, por una parte, y el legislador y el constituyente por otra, ahora es establecida por la Constitución, formal, así como también porque



el juez constitucional ha estado velando a su estricta aplicación. Estas que la definición constitucional de la competencia del legislador se impone no solo al poder reglamentario sino al propio legislador.

3. Hay transformación en la medida en que la Constitución produce o provoca un cambio en el contenido del derecho que, a partir de los inicios de los años ochenta, he querido caracterizar hablando del derecho constitucional social, de derecho constitucional penal, de derecho constitucional civil, etc.

b) Los efectos indirectos

Estos efectos según Favoreu (2001, p.32-33) no son lo más importantes, aunque lo más difíciles de hacer aparecer.

1. La modernización del derecho es una de las consecuencias de la constitucionalización, en la medida en que, en general, la transformación del derecho se traduce por una modernización de este.

2. La unificación del orden jurídico es indiscutiblemente favorecida por el proceso de constitucionalización. Se realiza por medio de análisis y la comparación de lo ocurrido con el objeto de comprobar el estado de avance del proceso, subrayando sus principales rasgos.

a) Las normas constitucionales se transforman progresivamente en fundamento común de las distintas ramas del derecho.

b) Ello contribuye a relativizar la distinción clásica, según se estime, inalterable entre derecho público y derecho privado.

La simplificación del orden jurídico es de igual manera provocada o causada por la constitucionalización.

Por medio de estas anotaciones se advierte que antes la ley era la base o la medida suprema; ahora es la Constitución.

Anteriormente, se discutía y se concluía sobre el principio de legalidad hoy se refieren al principio de constitucionalidad. En consecuencia, la supralegalidad parecía algo simbólico y el control de su respeto como una vía a alcanzar por lo que ahora este antecedente es congruente en la actualidad con la supraconstitucionalidad.



1.7 La convencionalidad

La convencionalidad se refiere a la congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que deberán realizar tanto los jueces, juezas, magistradas y magistrados, como las autoridades de los Estados parte de la Convención.

1.7.1 Antecedentes del control de convencionalidad

Con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano vs. Chile. Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos Myrna Mack y Tibi, había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en Almonacid Arellano la Corte precisa sus principales elementos.

Este concepto de control difuso de convencionalidad surgió en la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia.

Toda vez que el control concentrado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra normado por el artículo 62 en la Sección 2. Competencia y Funciones, de dicha Convención que señala:

Artículo 62... 1... 2... 3. 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.



El caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, lo analiza de la siguiente manera:

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

En el mismo sentido, Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.1732 (N. del E: Destacado no está en el texto original)”.

*En cuanto el control de convencionalidad (concentrado) es competencia de la Corte Interamericana, es decir, la CIDH únicamente puede conocer de violaciones a la Convención y no puede resolver sobre el fondo de los asuntos presentados a su consideración. **En la actualidad dada la creación de un derecho común de los derechos humanos la Corte Interamericana reconoce el control difuso de la convencionalidad.** En consecuencia, si la Convención es derecho nacional de los Estados Parte, todos los jueces deberán vigilar que este sea cumplido en términos de la propia Convención (artículos 1 y 2 de la CADH).*



En el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, la Corte IDH explica de manera concisa de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Explica y analiza que la actividad de los tribunales nacionales no solo debe limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino que también de convencionalidad y señala:

77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era ‘convencional’. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que [:]

*“El Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154,**

párr. 124; Cfr. Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 23.



Estas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos anteriormente citadas, son los antecedentes que han sentado jurisprudencia respecto a la obligatoriedad del control difuso de convencionalidad, que de manera imperativa deben realizar los juzgadores y juzgadoras al momento de conocer los asuntos de su competencia, que al no realizarlos se estaría contraviniendo los compromisos internacionales del Estado Parte, respecto a la garantía de una tutela judicial efectiva para la población.

Es de advertir que este control difuso lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia no es un control que se encuentre de manera formal preestablecido en la normativa convencional.

1.7.2 Elementos del control de convencionalidad

En la jurisprudencia de la CIDH se han identificado las características o elementos.

Desde el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (y/o: características):

- a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no solo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y



e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH, bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Estos elementos del control de convencionalidad se establecen como parámetros y como una guía para realizar este examen por parte de quienes ejercen jurisdicción, aunado a ello, no es discrecional es imperativo.

1.8 Diferencias de la constitucionalidad de los derechos y la convencionalidad

1.8.1 En relación con la constitucionalidad de los derechos

La constitucionalización de los derechos es la aparición formal de los derechos en el derecho constitucional a través de sistematización en las constituciones de los Estados, los cuales deben observarse de manera obligatoria.

El control de estos derechos puede garantizarse por medio del control difuso y el control concentrado ejercido por jueces y juezas constitucionales internos de cada Estado.

1.8.2 En relación con la convencionalidad

En cuanto a que la convencionalidad se refiere a la congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que deberán realizar tanto las juezas y los jueces, como las autoridades de los Estados parte de la Convención.

En cuanto el control de convencionalidad (concentrado) es competencia de la Corte Interamericana, es decir, la CIDH únicamente puede conocer de violaciones a la Convención y no puede resolver sobre el fondo de los asuntos presentados a su consideración.

En la actualidad, dada la creación de un derecho común de los derechos humanos la Corte Interamericana reconoce el control difuso de la convencionalidad. En consecuencia, si la Convención es derecho nacional de los

Estados Parte, todos los jueces y juezas deberán vigilar que este sea cumplido en términos de la propia Convención (artículos 1 y 2 de la CADH).



Lo que determina que es imperativo que los órganos jurisdiccionales de los asuntos, los casos concretos puestos a su disposición observen y adviertan si existe o no en los agravios una contravención de la Convención Americana de los derechos humanos, así como, además, al dictar sus resoluciones en sintonía a este instrumento internacional, tal como lo realiza con la Constitución Política de la República de Guatemala y demás leyes internas.

No existe ámbito de observancia, no obstante, ha sido más evidente en materia penal, que posee un ámbito extenso de violentación a los derechos fundamentales tanto de las víctimas como de los victimarios.

Con esta doctrina la Corte Interamericana ha logrado por medio de sus sentencias reparar el daño, mediante resoluciones que dejan sin efecto las sentencias del país denunciado, así como la creación de nuevas leyes internas y la reforma de las leyes existentes. Por este motivo, tal como lo refiere Peraza Parga (2004, p.25) ha generado de nuevo la discusión sobre si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es o no una cuarta instancia judicial después de las instancias del país.

Ello carece de importancia si es tercera o cuarta instancia, porque se justifica su existencia, luego de la cultura de violencia e irrespeto de los derechos fundamentales en América por los conflictos armados internos. Para la población es una garantía que si existen violentaciones a sus derechos en el país una instancia de carácter internacional los haga valer y restituir sus derechos fundamentales y les repare de forma digna para evitar los abusos de poder por parte del Estado y como garantía de no repetición.

Por medio de la indagación y análisis de los presentes temas se puede establecer la existencia de una clasificación de los derechos humanos, que en efecto existe un procedimiento para constitucionalizar derechos y que además

procedimientos establecidos para garantizar los derechos positivizados.



Capítulo II

En el presente capítulo se abordan los siguientes temas a efecto de conocer los antecedentes de la constitucionalización de los derechos humanos en Guatemala. La base jurídica, que a través del tiempo, ha permitido que estos se desarrollen dentro del sistema jurídico nacional, las fuentes del derecho en relación con esta positivización, así como la función del poder judicial como garante de esta convencionalización de los derechos, para una tutela judicial efectiva.

2. La constitucionalización de los derechos humanos en Guatemala

En Guatemala, la constitucionalización de los derechos fue mediante la promulgación de las diferentes Constituciones Políticas de la República que durante la historia se han promulgado. Pero es en la de 1985, vigente en 1986 (Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993), mediante la cual quedó convencionalizados un mayor catálogo de derechos fundamentales.

2.1 Antecedentes

La Constitución Política de la República de Guatemala

Es la norma suprema que rige en el país, regula los derechos y obligaciones de los ciudadanos, la integración y Organización del Estado y las garantías que se deben proteger a todas las personas que se encuentren dentro del territorio nacional.

Durante el transcurso de la historia de Guatemala se han promulgado varias Constituciones que de acuerdo al momento histórico y sociopolítico de la época estas se adecuaron y promulgaron.





Se enumeran las siguientes:

1. Constitución de Bayona (1808)

Esta es la primera Constitución que rigió en el territorio guatemalteco establecida en el año de 1808 por José Bonaparte, hermano de Napoleón Bonaparte y que regía en España y todos los países que eran colonia española. Guatemala tenía el nombre de Capitanía General de Guatemala, esta Constitución se integraba de 146 artículos entre los cuales regulaba algunos derechos individuales, tales como la inviolabilidad de la vivienda y las limitaciones del derecho de libertad, como la detención legal.

2. Constitución de Cádiz (1812)

Se le denominó como Constitución Política de la Monarquía Española y es el primer antecedente de una Constitución para Guatemala. Documento que contenía 112 artículos más una declaración de derechos que fueron llevados a la Corte de Cádiz, y promulgada el 19 de marzo de 1812. Es en esta Constitución que se introdujo el proceso de formación de una ley.

3. La base para la Constitución de Guatemala (1823)

La base para la primera Constitución de Guatemala, fue la independencia de España en el año 1821. En dicha época, una parte de la población deseaba crear la federación de países centroamericanos. En ese sentido se emitió por medio de una Asamblea Nacional Constituyente, el 17 de diciembre de 1823 y se sancionó el 27 de diciembre del mismo año.

En esta Constitución de 1823, se denominan los Estados Federados de Centro de América y se determina a la religión católica como la principal, y se excluyen todas las demás.

4. Constitución de la República Federal de Centroamérica (1824)

Un año después de haberse emitido la primera Constitución específica de Guatemala, el 22 de noviembre de 1824, la Asamblea Nacional Constituyente aprueba la nueva Constitución de la República Federal de Centroamérica.

En este texto constitucional, se establece el sistema republicano, representativo y federal, siendo la elección popular la piedra angular de dicho sistema. Así como se instauró la división de poderes y se permite nuevamente la libertad de culto.



5. Constitución del Estado de Guatemala (1825)

El Estado de Guatemala, por medio de una Asamblea del Estado, reunida el 15 de septiembre de 1824 en la Antigua Guatemala, y con el fin de complementar la Constitución de la República Federal de Centroamérica, promulga su propia Constitución la cual queda aprobada el 11 de octubre de 1825.

Se reconoce a Guatemala como un país o Estado soberano, independiente y libre, a pesar de estar unidos a los demás países por la Federación. Entre los derechos fundamentales que se reconocen en esta Constitución se encuentran, la libertad de emisión del pensamiento, la libertad de acción, el derecho de petición, entre otros.

6. Acta Constitutiva de la República de Guatemala (1851)

Este documento es el primero que se crea luego de la disolución de la Federación Centroamericana, tanto así que se ratifica, en dicho documento, la disolución. Esta acta entra en vigencia el 19 de octubre de 1851. Se crea un gobierno presidencialista, con una vigencia de 4 años y posibilidad de reelección.

7. Ley Constitutiva de la República de Guatemala (1879)

Luego que el Acta Constitutiva de la República de Guatemala estuvo casi 20 años vigente, se decretó la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, el 11 de diciembre de 1879. Tiene como antecedente la Revolución liderada por Justo Rufino Barrios. Esta Constitución tiene como elementos principales que fue laica, sumaria y que cuenta con el derecho a la exhibición personal. Por primera vez, la Constitución usa el término garantías para establecer lo referente a la libertad de industria, emisión del pensamiento, propiedad y demás derechos inherentes de los guatemaltecos. Esta Constitución sufrió varias modificaciones y reformas, entre las cuales se introducen el período de 4 años para ser Presidente.

8. Constitución de la República Federal de Centroamérica (1921)

Por medio de esta Constitución, está el intento fallido de recuperar la Federación Centroamericana. El texto realizado nunca cobró vigencia, haber sido decretada, el 9 de septiembre de 1921, por los representantes de Guatemala, Honduras y El Salvador. Sufrió varias reformas, específicamente, en los años 1927, 1935 y 1941, entre los cuales se incluían la idea de prolongar el período presidencial.

9. Constitución de la República de Guatemala (1945)

La fecha de 20 de Octubre de 1944 es emblemática porque es el aniversario del Día de la Revolución, en la que se derrocó al general Jorge Ubico. Luego de este derrocamiento, el 11 de marzo de 1945, específicamente, se decreta la nueva Constitución de la República de Guatemala, la cual tiene, entre otros temas interesantes, 3 características.

- a) La primera es que los funcionarios públicos deben ser honestos.
- b) El segundo es que se debe mejorar la educación por medio de la alfabetización y,
- c) El tercero es que se debe mejorar el sistema penitenciario.

Por medio de esta Constitución se dio énfasis al enfoque laboral, sobre todo el hecho que se fijan: a) las jornadas de trabajo, b) un salario mínimo, c) el derecho a la huelga, d) la regulación del trabajo de mujeres, entre otros.

10. Constitución de la República de Guatemala (1956)

Esta Constitución estuvo vigente 11 años, porque el 2 de febrero de 1956, con Carlos Castillo Armas como Presidente de la República, se decreta una nueva Constitución. En esta Constitución se tuvo como influencia dos tratados ratificados, en el año de 1948, por Guatemala, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los derechos humanos.



Entre los elementos más importantes de la Constitución de 1956 se encuentran el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia, la progresión legal de las Universidades privadas y se limitan los procesos de expropiación de la tierra.



11. Constitución de la República de Guatemala (1965)

Manuel Idígoras Fuentes fue derrocado el 31 de marzo de 1963 por el Ministro de Defensa, Coronel Enrique Peralta Azurdía. En consecuencia, de este golpe de Estado, el 15 de septiembre de 1965 se decretó y sancionó la nueva Constitución Política de la República de Guatemala, la cual entró en vigencia el 5 de mayo de 1966.

Dicha Constitución contenía 282 artículos, entre los cuales se destaca la creación del cargo de Vicepresidente de la República, se establece, nuevamente, el período de gobierno del presidente a 4 años y se mantiene, como es hasta la fecha, la no reelección a dicho cargo.

12. Constitución de la República de Guatemala (1985)

La presente Constitución, que rige actualmente en Guatemala, tiene sus orígenes en el golpe de Estado realizado el 23 de marzo de 1982, en el cual una Junta Militar de Gobierno, encabezada por los generales Efraín Ríos Montt, Horacio Maldonado Schaad y el coronel Francisco Luis Gordillo Martínez, derrocaron al presidente, Fernando Romeo Lucas García. Posterior a ello, en agosto de 1983, fue depuesto Ríos Montt y asume Óscar Mejía Vítores. Dicha Constitución se promulgó el 31 de mayo de 1985 por medio de una Asamblea Nacional Constituyente que contenía 281 artículos y 22 disposiciones transitorias y entró en vigencia el 14 de enero de 1986.

Esta Asamblea además dicta las leyes constitucionales contenidas en los siguientes decretos: La Ley Electoral y de Partidos Políticos Decreto 1-85 y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad Decreto 1-86.

De acuerdo a Ramiro de León Carpio (1990, p.37) esta Constitución se divide en 3 apartados.

La parte dogmática, que regula los derechos individuales y sociales en los artículos 1 al 139.

La parte orgánica, que regula el Estado de Guatemala como tal, con sus divisiones de poderes y las relaciones internacionales, contenido del artículo 140 al 262.

La parte práctica, mediante la cual se regula las garantías constitucionales y la defensa del orden constitucional y reformas a la Constitución, contenido en los artículos 263 al 281.

2.2 La Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 (Reformada por Acuerdo legislativo No. 18-93 del 17 de noviembre de 1993)

En la Constitución de 1985 se encuentran plasmados los principios y postulados del constitucionalismo social. En el preámbulo se manifiesta la corriente axiológica y social. Esta, fue promulgada el 31 de mayo 1985 y en vigencia en 1986. Tiene énfasis en la primacía de la persona humana. Contiene un título destinado específicamente a los derechos humanos, reconoce la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos fundamentales, entre otros.

El texto constitucional concentra los derechos humanos (luego de la reforma de 1993) dentro del Título II, diferenciando en el Capítulo I, bajo el párrafo de Derechos individuales. Estos son los que la doctrina divide en civiles y políticos, en cuanto que en el Capítulo II, denomina Derechos sociales, contienen los derechos humanos conocidos como económico sociales-culturales.

La doctrina constitucional señala que la dignidad es el presupuesto jurídico, el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. En el caso guatemalteco, en el Preámbulo y el artículo 4° de la Constitución reconoce que:





Preámbulo: Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente el Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; [...].

"Artículo 4º.- Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí".

Y, en complemento de dicha consideración, se encuentra el artículo 44º, que dispone:

Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. 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.

De hecho, esta función ha desplegado todos sus efectos jurídicos en la realidad fáctica, pues mediante sentencias de la Corte de Constitucionalidad se reconoce un nuevo derecho, el derecho al debido proceso, sin estar expresamente consignado en el texto de la Constitución política, fluye de su artículo 12º como el derecho de defensa, que, a su vez, reconoce una "enumeración abierta" de derechos fundamentales, que surgen de la dignidad del hombre y de la mujer.

2.2.1 Principios constitucionales que rigen a la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985

Supremacía constitucional

Como lo explica Quiroa Lavié (1995): "Este principio consiste en la particular relación de supra y subordinación en que se hallan las normas dentro del

ordenamiento jurídico, de forma tal que logre asegurar la primacía de la ley fundamental del Estado” (p.15).



Mediante el cual debe observarse y garantizar que la normativa constitucional prevalece sobre cualesquiera otras leyes internas, así como de derecho internacional, es decir que no se aceptarán o firmarán tratados internacionales si estos son contrarios a la norma constitucional. Artículos 44, 175 y 204 de la Constitución.

El principio de control

Que se relaciona con el principio de supremacía constitucional, porque refiere al control del ejercicio del poder de los diferentes órganos del Estado, lo que se refiere a los pesos y contrapesos.

El principio de limitación

Se relaciona a que, no obstante, la constitución reconoce una serie de derechos fundamentales, estos no son absolutos, ya que en determinado momento se limitarán para mantener el orden social y para beneficio de la colectividad.

El principio de razonabilidad

Se refiere a que el Estado debe razonablemente aplicar el principio de limitación respecto al disfrute de los derechos fundamentales de la población tal como lo refiere Quiroga Lavié (1995):

“Este principio establece la forma de restringir el modo de utilizar, por parte del Estado, el principio de limitación. Las leyes pueden restringir el ejercicio abusivo de los derechos, pero ello debe ser hecho en forma razonable (p.40)”.

En la normativa constitucional se preceptúa dicha limitación en los artículos 41, 152 y 239, por medio de estos se establece que todo derecho posee límites y por consiguiente el principio de razonabilidad.



El principio de funcionabilidad

Que se refiere a la forma que la Constitución dispone ordenar el Estado para el funcionamiento por medio de la separación de poderes para ejercer el poder, lo que se considera necesario, no para bloquear las decisiones si no que para que sean transparentes y evitar de esta manera el abuso del poder.

El principio de estabilidad

Se refiere a que la constitución se prolongue en el tiempo y no sea susceptible de ser reformada de acuerdo a los intereses e ideologías políticas de las autoridades de turno.

2.3. La convencionalización de los derechos humanos y la función del poder judicial en la tutela judicial efectiva

En un Estado de derecho es importante que se observen y reconozcan los derechos humanos para que se desarrollen, en consecuencia, para este resguardo deben existir procedimientos para garantizarlos por medio del poder judicial para una tutela judicial efectiva.

2.3.1 La protección de los derechos y sus garantías en un Estado de derecho constitucional y democrático

El Estado de derecho, los derechos fundamentales y la democracia son considerados por diferentes juristas como los tres elementos que solo pueden existir y convivir en un Estado democrático en el que la Constitución sea la base y la guía de la vida jurídica, política, social y económica, que garantice y defienda un enfoque de protección de las libertades imprescindibles que conlleve una fuerte convicción de respeto a la dignidad humana y que promueva el desarrollo de sus habitantes.

El autor Barberis (2002, p.10, 89-93) refiere que estos teóricos pueden relacionarse como miembros del neoconstitucionalismo. Esta doctrina se separa del positivismo clásico para instalar una idea de conexión con la moral definitoria. En esta perspectiva, encontramos que el constitucionalismo en un sentido amplio

se refiere a “el antiguo ideal del gobierno de las leyes, o más bien, de los derechos” (p.89-93). En tanto, el neoconstitucionalismo considera que las Constituciones contemporáneas son el lugar donde el derecho y la moral se confunden (p.89-93).



Esto lleva a la conclusión que es evidente que, para la convivencia social, es necesaria la normativa que lo ordene sin apartarse de los principios y valores, así como la sistematización de los derechos fundamentales y de garantías dentro de las Constituciones en todo Estado democrático, esto es una imperiosa necesidad para la convivencia de sus habitantes. Es por ello que las garantías son los medios para proteger los derechos y, según Ferrajoli (2001), estos “no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (p.25).

De acuerdo al autor italiano Ferrajoli (2001), dichas garantías pueden dividirse en primarias y secundarias. Las garantías primarias son las obligaciones (de prestación) o las prohibiciones (de lesión) y, las garantías secundarias son las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de las garantías primarias (p.43).

En ese sentido, las garantías primarias constituyen solamente obligaciones o prohibiciones contenidas en el texto constitucional y, no obstante, estar normadas en el sistema jurídico para aseverar su vigencia y protección, dichas garantías son violentadas. Se considera que las garantías primarias son una directriz trascendental para alcanzar una base de protección y respeto a los derechos fundamentales, aun y cuando, como texto que son, no responde de manera eficaz para afirmar dicho sometimiento.

Cuando en los ordenamientos jurídicos observan las garantías secundarias idóneas, siempre los quebrantamientos son comunes y, además, se advierte que muchas garantías primarias no tienen garantías secundarias o, en todo caso, las que existen no son las idóneas. En consecuencia, se puede afirmar que no tienen la capacidad para proteger los derechos fundamentales, únicamente tienen la



función de ser la base para dicho fin. En este objetivo las garantías son los principios que permiten un progreso de otros mecanismos de protección más efectivos y, consecuentemente, indispensables.

En la actualidad, en relación con los presupuestos básicos de los Estados constitucionales Alexy (2000, p.20) señala otros requisitos y concepto de dichos Estados que un modelo de Estado constitucional democrático debe, como el alemán, defender los siguientes principios fundamentales:

- a) de la dignidad humana,
- b) de la libertad,
- c) de la igualdad y
- d) los principios relativos a la estructura y los fines del Estado de Derecho, democrático y social (p.32, 352).

De acuerdo a lo anteriormente señalado, se analiza si las garantías primarias parecen que son exposiciones programáticas en el texto constitucional, en estas cómo se puede lograr el cumplimiento de dichas garantías y los derechos progresivos en un Estado constitucional democrático, el jurista Alexy (2000) al respecto toma como ejemplo el sistema jurídico de la República Federal de Alemania, la que observa en el enfoque de los derechos humanos fundamentales en el ordenamiento jurídico el cumplimiento de cuatro niveles:

1. Máximo rango
2. Máxima fuerza jurídica
3. Máxima importancia del objeto
4. Máximo grado de indeterminación (p.32-35).

1) El máximo rango

Se refiere que los derechos fundamentales deben estar ubicados en la cima del sistema jurídico, es decir, atendiendo a la jerarquía de las normas. Esta cúspide es en la Constitución, por lo que toda norma jurídica derivada o acto de autoridad

que los contravenga consecuentemente, será nulo de pleno derecho. Siguiendo la fórmula *lex superior derogat legi inferiori* (Alexy, R. 2000, p.33).



2) La máxima fuerza jurídica

Esta señala que los derechos fundamentales, que se revisten en la cima de toda norma, son vinculantes para toda la población y para los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). De esta manera, se alcanza una tutela efectiva al otorgar a las juezas y a los jueces el control de constitucionalidad de los actos y leyes, con lo que los derechos fundamentales pueden ser realmente reclamados y cumplidos a través de los medios jurisdiccionales y no ser letra muerta.

El autor Alexy (2000) señala al respecto, que no deben escribirse ideales políticos no justiciables en la Constitución, porque “con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad” (p.352). Por lo anteriormente manifestado, se advierte que para todo derecho reconocido debe existir la normativa para su obligatoriedad de observarlos y el procedimiento respectivo para hacer que se cumpla, para sancionar su violación así como para la reparación del daño.

3) La máxima importancia del objeto

Los derechos fundamentales deben ser considerados como una regulación de máxima importancia por encontrarse en la cúspide de la normativa jurídica. Porque en caso contrario, estaríamos en un ámbito mediante el cual al no considerarse su importancia de máximo rango y de máxima fuerza jurídica, carecería de importancia y, es por ello, que, al considerarse la máxima jerarquía, da origen a los lineamientos a seguir, esenciales y necesarios de una sociedad y de su gobierno.

Esta máxima importancia del objeto es esencial en esta clasificación que Alexy (2000) señala del “Estado constitucional moderno” (p.32). Porque, a través de la garantía del respeto y observación de los derechos fundamentales, se garantiza la no repetición en que no se violentarían los derechos.

4) El máximo grado de indeterminación

Representa un problema iusfundamental, como Alexy (2000) lo denomina porque al ensamblar las tres manifestaciones señaladas a esta, encontramos el conflicto de sentido y densidad, ya que como se basa en la plataforma fáctica de que los textos constitucionales son ambiguos, amplios, abiertos y de ellos no puede deducir realmente lo que los derechos fundamentales son. Tal como lo señala el autor citado, un derecho fundamental constitucional no puede conocerse en su extensión y profundidad mientras no se dé la interpretación de los órganos de control constitucional o a través de los distintos ordenamientos que regulan la Constitución (p.36).

Al analizar sobre la jerarquía de los derechos fundamentales preceptuados en la Constitución, podemos señalar que estos no pueden ser específicos, y concluir que el espíritu del legislador, al incluirlos en la Constitución, quedarán comprendidos únicamente como una formalidad, porque sería un obstáculo al no permitir la interpretación jurisprudencial, además, la normativa que les es esencial. No obstante, se advierte, además, que la decisión judicial sobre la base y trascendencia de los derechos fundamentales en las instancias de control constitucional tiene un obstáculo, porque se consideraría que la interpretación es restrictiva o extensiva sobre un derecho en particular. Por lo que es necesario realizar una ponderación efectiva de derechos con el objeto de superar la problemática planteada en relación con una garantía efectiva de los derechos fundamentales.

La importancia de la constitucionalización de los derechos fundamentales no solo es un avance de la ciencia jurídica, mediante la cual pone de manifiesto la importancia, significado y el valor fundamental de los derechos naturales o absolutos, que inicialmente se plasmaron. Es por eso, que, desde el marco constitucional los derechos humanos tienen mayor protección y desde esta perspectiva jurídica estos derechos se intercalan a los poderes públicos dando origen al Estado social de derecho. El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, así como en su existencia es un requisito esencial por



lo que en consecuencia es un mandato, es imperativo y obligatorio para todos incluyendo los poderes estatales y los habitantes de la República.



2.4. Función de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho en la constitucionalización de los derechos

La Constitución no deberá ser apreciada como una norma declarativa; sus preceptos serán siempre aplicables sin distinguir entre su inmediata o diferida aplicación; estando vinculados a esa aplicación todos los componentes de la sociedad, siendo fuente directa de derechos.

La función en el sistema de fuentes que le corresponde a la Constitución en cuanto norma y valor, lo que refiere en el ser y el deber ser de los mandatos constitucionales y la preminencia que hoy posee la Constitución como base y fundamento de toda construcción normativa legal, se establece mediante el control de constitucionalidad. Este control es la única herramienta por medio de la cual se acredita la aplicación legal, de la norma, es decir, que no es contraria a la Constitución, como una garantía interna en el equilibrio de poderes y contrapoderes que vela por la seguridad jurídica, la libertad, la igualdad, la paz y la dignidad. Por consiguiente, tal como lo refiere Troper (1999, p.30), “el principio de constitucionalidad es idéntico al principio de legalidad y, de la misma forma que el reglamento es ejecución de la ley, la ley es ejecución de la Constitución”.

Lo que falta agregar es que también lo es la obligatoriedad respecto a la observación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

2.4.1 La importancia de los principios generales del derecho en el sistema de fuentes

2.4.2 Los principios generales del derecho

Pueden ser definidos como la base que genera la interpretación de las normas jurídicas.

Siendo estos los más comunes:

- 1) la costumbre jurídica,

- 2) la analogía (en materia civil) y
- 3) los principios generales del derecho.



En Guatemala, la integración la regulan los artículos 12, 14, 15 constitucionales y el artículo 7 del Código Penal, el cual establece que, en materia penal, queda estrictamente prohibido resolver dichos asuntos e imponer por simple analogía y aún con más razón, sanción o pena que no esté preceptuada por una ley debidamente aplicable al delito o caso concreto que se conoce.

En materia civil, al resolver y dictar la sentencia respectiva, deberá ser conforme a lo que para el efecto establezca la normativa específica o la escritura de la norma o a la interpretación jurídica de la ley. Por consiguiente, este considera que y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho.

Por ello, se considera que empiezan a ser apreciados como una de las fuentes del derecho civil, con ello, se corrobora además que la primera forma de regulación fue el derecho civil por lo que de él emanan todas las ramas del derecho.

Los juristas no se ponen aún de acuerdo qué es lo que pretende, por qué el legislador impone la obligación al juez o jueza de resolver los conflictos de acuerdo a dichos principios.

Es importante señalar que la doctrina no es considerada una fuente formal directa del derecho, porque, las opiniones de los autores no son consideradas, en ningún caso, como normas generales de cumplimiento obligatorio. No obstante, sí se considera como fuente formal indirecta, porque interviene en los legisladores y en los jueces o juezas cuando emiten las normas de forma individual, respectivamente, o en las resoluciones según el caso, para argumentar y justificar.

Es importante citar cómo puede definirse a las fuentes del derecho; para Acosta Romero y Pérez Fonseca (2000, p.15) “como todo aquello que da origen al orden jurídico vigente”.



Doctrinalmente han sido aceptadas y clasificadas en tres grandes rubros históricos, reales o materiales y formales. Las primeras se refieren a los textos de naturaleza legal que constituyeron normas jurídicas vigentes en el pasado, así como la doctrina del pasado.

Lo señalado con anterioridad, describe algunos requerimientos que anteriormente se consideraban irrenunciables —como, por ejemplo, la certeza y la previsibilidad de las decisiones judiciales y quizás también la posición no *engagé* de los jueces— (Zagrebelsky, 2003, p.15).

Es más evidente, cuando de perfeccionamiento del ordenamiento se trata la doctrina no duda en afirmar que posiblemente la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la “optimización posible de todos los principios” (Alexy, 2000, p.162), pero como alcanzar este resultado es una cuestión eminentemente práctica y “material” (Zagrebelsky, 2003, p.125).

Lo que manifiesta un elemento indiscutible: “El derecho como disciplina práctica está necesariamente anclado a la realidad” (Zagrebelsky, 2003, p.121). Es decir, que el derecho como ciencia práctica radica en señalar el actuar y, por tanto, la voluntad que lo lleva es al dominio de la razón; es lo que llamamos “razón práctica” es decir, establece las condiciones de una voluntad conforme con la razón. Por lo que la reflexión racional debe tener interferencia sobre la dirección de la acción.

Por tanto, los principios cumplen con una función no solo de guía del ordenamiento sino también correctora. Son el todo y, por consiguiente, innumerables, es decir, que el principio es la idea o el cimiento donde se funde la construcción de una normativa, donde las personas encargadas de su realización: el legislador, el intérprete, perciben la idea original para realizar la iniciativa y para construir la ley, respectivamente. Y, luego, esa misma idea servirá de pauta para efectuar posteriormente las reformas por conflictos que se presenten.



2.5. Características de los principios constitucionales

Dentro de las principales características de los principios constitucionales encontramos:

- En primer lugar, se encuentran contemplados en la norma suprema: la Constitución.
- Tienen carácter obligatorio como consecuencia de pertenecer a una norma de carácter positivo.
- Son de naturaleza indeterminada, pues contienen formulas abiertas o declaraciones y cláusulas en blanco.
- Si bien también tienen carácter axiológico, pueden ser desarrollados por el legislador, así como también concretizados por el juez.
- Los principios que se encuentran en la Constitución no pueden sobreponerse ni anularse unos a los otros. Es decir, uno no tiene jerarquía sobre otro. Sino que constituyen un medio de optimización del ordenamiento dependiendo del caso concreto en que se requiera su aplicación.

En cuanto a la diversidad de principios se clasifican, según Prats (2005, p.28) en:

- (a) Principios jurídicos fundamentales, que son los principios históricamente objetivados y progresivamente introducidos en la conciencia jurídica y que encuentran una recepción expresa o escrita en el texto constitucional.
- (b) Principios políticos constitucionalmente conformadores, que engloban todas las 'opciones políticas fundamentales' capaces de reflejar las posiciones políticas triunfantes en la asamblea constituyente.
- (c) Principios constitucionales impositivos, son los que se imponen a los órganos y poderes del Estado y conllevan para ellos una obligación que se

convierte en un derecho fundamental para los ciudadanos, como por ejemplo el derecho a una vivienda y a la educación; y



- (d) Principios garantía, que son los instituyen de manera directa e inmediata una garantía concreta para los individuos, el *non bis in ídem* y el principio de la responsabilidad penal personal son ejemplos claros de ello.

2.5.1 Principio de supremacía constitucional

El principio de supremacía constitucional establece que la Constitución es la norma jurídica fundamental, primaria y base del ordenamiento jurídico y, como tal, es la que determina la ubicación del resto de las normas que lo conforman.

Para referirnos a la supremacía constitucional es necesario enfocarla desde distintos ángulos y en relación con otros conceptos que conforman la teoría constitucional.

2.5.1.1 Como criterio de validez del ordenamiento jurídico

Desde un punto de vista normativo, la Constitución es la norma fundamental, la razón de ser del ordenamiento jurídico, pues su validez no deriva de ninguna otra norma. Es creado por el poder constituyente que lo ejerce directamente el pueblo, a través de un proceso distinto que de las demás leyes del ordenamiento jurídico.

Por ello, al hacer referencia al ordenamiento jurídico necesariamente está vinculado con una jerarquía de normas que, según el razonamiento empleado por Kelsen, la creación de la norma de grado más bajo se encuentra sujeta otra de grado superior, que a su vez es creada por otra de grado más alto, que sería la norma básica o fundamental, que da unidad al sistema y representa la suprema razón de validez de este.

Por tanto, la Constitución tiene una doble cualidad: obligatoria y suprema, pues de ella depende la validez de las restantes normas subordinadas.



2.5.1.2 Como control de poder

En el neoconstitucionalismo, la Constitución también es la norma fundamental para el control del poder, por cuanto pone límites a la actuación del Estado con miras a garantizar la libertad y la dignidad del ser humano frente al poder que ejerce aquel.

De tal manera que ella establece la división funcional del poder, crea los órganos del Estado y regla su accionar, de manera que constituye el principal valladar contra el abuso de poder y la arbitrariedad.

- a) Respeto de las normas internas en los Estados.
- b) Respeto de las normas contenidas en los tratados internacionales.

Para garantizar el principio de supremacía constitucional, la propia norma prevé unos mecanismos específicos el control de la constitucionalidad de las leyes, el control de actos del Estado y el poder constituyente.

2.5.1.3 El control de la constitucionalidad de las leyes

Es el mecanismo que crea la Constitución para declarar la invalidez de las normas inferiores cuando contradigan lo establecido en la Constitución, pues de no ser el principio de supremacía solo sería una mera declaración teórica.

2.5.1.4 El control de los actos del Estado

Mediante el juicio de nulidad de los actos provenientes de la autoridad usurpada y/o arbitraria o de aquellos que no se ajusten al texto constitucional.

2.5.1.5 El poder constituyente

Esta referido a los procesos de reforma o enmienda y a la derogatoria de la propia norma fundamental.



2.6. Sentido y alcance de las fuentes del derecho constitucional

2.6.1 Rol de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho en la constitucionalización de los derechos

En la actualidad el sistema de fuentes del derecho es aún más complejo, en relación con la que la Constitución ha dejado de ser una simple norma y ha pasado a ser un instrumento jurídico de construcción normativa superior a las demás normas que concurren en el sistema de fuentes, lo cual, surge del hecho que la Constitución a diferencia de los demás grupos normativos, establece en su carácter de norma política una Constitución o división de los poderes del Estado Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Aunado a ello, además, diseña y limita dichos poderes, los artículos 140 y 141 de la Constitución Política de la República de Guatemala a su vez, también establece el texto político y el ámbito al ejercicio de los derechos fundamentales, e inclusive, de las libertades públicas, artículos 46, 175 y 204 del mismo cuerpo legal.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala ha sentado jurisprudencia al resolver de forma reiterada su posición en cuanto a los artículos siguientes:

Artículo 140.- Estado de Guatemala. Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.

*Algunas de las características principales del régimen representativo, estas son: **a)** es un sistema constitucional; **b)** el pueblo se gobierna por medio de sus elegidos; **c)** existe cierta participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública, que se ejerce en la medida del electorado; **d)** debe existir cierta armonía entre los electores y los elegidos; **e)** a los elegidos se les nombra por un tiempo determinado; **f)** es el sustituto de la democracia directa en los países de gran extensión; **g)** las instituciones representativas, por representar a personas, sirven para anular a las facciones y producir un equilibrio; **h)** evita la polarización de la*

sociedad; *i) permite que las minorías tengan voz y sus derechos protegidos.*



(Gaceta No. 95. Expediente 2331-2009. Fecha de sentencia: 21/01/2010).

Artículo 141.- Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, Ejecutivo y Judicial. La subordinación entre los mismos es prohibida.

Los principios básicos del Estado de derecho es el de la división o separación de poderes, en que se atribuye primordialmente al Organismo Legislativo la función de crear leyes (legislar); al Organismo Judicial la de aplicarlas y declarar los derechos en los casos controvertidos que se someten a su conocimiento (administrar justicia); y al Organismo Ejecutivo la facultad de gobernar y administrar. La división de poderes es la columna vertebral del esquema político republicano y es, además, el rasgo que mejor define al gobierno constitucional, cuya característica fundamental es la de ser un gobierno de poderes limitados; el sentido de la distribución del poder estatal en diversos órganos no es básicamente el de distribuir funciones entre ellos con el objeto de obtener un desempeño eficiente: su fin primordial es que al desarrollar separada y coordinadamente sus funciones, tales órganos se limiten recíprocamente, de forma que cada uno de ellos actúe dentro de la esfera de su competencia y constituya un freno o contrapeso a la actividad de los demás, es decir, que ejerzan entre sí un control recíproco con el objeto de enmarcarse dentro del régimen de legalidad”.

(Gaceta No. 86. Expediente 1312-2006. Fecha de sentencia; 19/11/2007).

“El génesis de la Constitución Política es el poder soberano del cuerpo social, el cual, a su vez, da a la vida un poder constituyente primario que, al formular el texto supremo, origina la organización jurídica y política. El texto supremo define el tipo de Estado y de Gobierno, así como la estructura de los órganos públicos y sus competencias, determinando también, la forma de creación de las otras normas del sistema jurídico, mismas que, indefectiblemente deben armonizar y adecuarse a la ley fundamental. Esta primacía constitucional que implica que en la cúspide

del ordenamiento jurídico esta la Constitución y que la misma sea vinculante para gobernantes y gobernados, es el fundamento y sustancia del principio de supremacía constitucional reconocido en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política del República de Guatemala”.



(Gaceta No. 73. Expediente 1250-2004. Fecha de la opinión consultiva: 05/08/2004).

En consecuencia, tal como lo señala Cea Egaña (1999, p.40) el Código Político goza de una fuerza vinculante que es producto o resultado de la soberanía del pueblo plasmada en el poder constituyente, por lo que se deriva, una ley superior a la colectividad. Aunado a ello, para complementar dicha actividad jurídica y preminencia jurídica, necesariamente debe coexistir un Tribunal Constitucional o una Corte de Constitucionalidad que tiene como función preminente velar y resguardar la superioridad jerarquía de la Constitución.

Artículo 175.- Jerarquía constitucional. Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso jure.

Las leyes calificadas como constitucionales requieren, para su reforma, el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.

Esta Corte considera que las leyes constitucionales son revestidas de tal carácter en forma expresa por la Constitución, son emitidas por el órgano que ostenta el poder constituyente y su procedimiento de reforma es más rígido que el previsto para reformar leyes ordinarias. La Constitución en el artículo 175 prevé un mecanismo rígido para la reforma de leyes constitucionales que para llevarse a cabo deberá aprobarse con el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad. Las normas de una ley constitucional no pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico a través de una inconstitucionalidad general o inaplicables mediante su planteamiento en caso concreto, sino únicamente por

medio de la reforma de la ley y siguiendo el procedimiento establecido en la Constitución, ya que de lo contrario esta Corte dejaría de ser intérprete de la Constitución y se convertiría en un legislador constitucional negativo” (Gaceta No. 39, expediente No. 300-95, página No. 45, sentencia: 12-03-96).



Véase: - Gaceta No. 57, expediente No. 1048-99, página No. 52, sentencia: 0208-00.

Dentro de los principios fundamentales que informan al Estado de Guatemala, se encuentra el de Supremacía o Superlegalidad Constitucional, de conformidad con el cual, en la cúspide del ordenamiento jurídico guatemalteco está la Constitución y esta, como ley suprema del Estado es vinculante para gobernantes y gobernados a efecto de lograr la consolidación del Estado constitucional de derecho.

(Gaceta No. 94. Expediente 2436-2009. Sentencia de fecha: 17/11/2009).

Artículo 204.- Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.

La jerarquía constitucional y su influencia sobre todo el ordenamiento jurídico tiene en una sus manifestaciones en la prohibición de que las normas de jerarquía inferior puedan contradecir a las de jerarquía superior: el principio de supremacía legal está garantizado por la Constitución; por una parte, la que ordena la adecuación de la ley a las normas constitucionales y; por la otra, la que impone a los tribunales el deber de observar en toda resolución o sentencia el principio que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. Del principio de supremacía se deriva el de la jerarquía normativa que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior (...)

(Gaceta No. 59. Expediente 1200-00. Fecha de sentencia: 29/03/2001).

Por lo que en el orden normativo, lo cual produce como resultado que el sistema de fuentes del derecho se vea señalado por las resoluciones del juez o jueza



constitucional, en concordancia, a que debe garantizar, el respeto de los derechos fundamentales de la población, de tal manera que, el reconocimiento de la Constitución de la República por parte del Tribunal Constitucional, enlazado a la función de ser garante primario de la Constitución, comprendiendo como función primaria de ser el intérprete supremo de la Constitución y de esta manera garantizar su supremacía. Ello implica que las sentencias que dicte este Tribunal Constitucional y los procedimientos de inconstitucionalidad tengan el valor de cosa juzgada formal y material, por lo que, en ello está el elemento diferenciador, que goza de un carácter de ser una sentencia vinculante a todos los poderes públicos y produce efectos generales.

De lo anteriormente indicado, se puede afirmar que en determinado momento la Corte de Constitucionalidad se convierte en un legislador negativo y, por tanto, en un instrumento anulador de las fuentes del derecho (ley, costumbre y principios generales del derecho) en la medida en que dichas fuentes sean contrarias a la Constitución. No obstante, no puede elevar una ley a un rango constitucional, si esta, no está prevista en la Constitución, tal como se advierte en el artículo 276 Constitucional que preceptúa:

Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad

Artículo 276.- Ley Constitucional de la materia. Una ley constitucional desarrollará lo relativo al amparo, a la exhibición personal a la constitucionalidad de las leyes.

Se menciona en: - Gaceta No. 39, expediente No. 300-95, página No. 45, sentencia: 12-0396.

En relación con el tema, el Tribunal Constitucional resuelve:

Del principio de supremacía constitucional se deriva el de jerarquía normativa como una necesidad de preservar la armonía en un sistema por medio de la gradación jerárquica de las distintas clases de normas, entre las cuales la Constitución ocupa el grado supremo, de tal manera que esta impone la validez y

el contenido de un precepto de naturaleza inferior, careciendo de esta última de validez si contradice la Constitución”.

(Gaceta No. 75. Expediente 2382-04. Fecha sentencia: 27/01/2005).



Lo que se advierte que el principio de supremacía constitucional es la pauta para determinar que ninguna ley ordinaria o tratado es superior a la Constitución Política de la República. Guatemala lo tiene regulado en relación con los derechos humanos, no obstante, de acuerdo a la práctica, para que Guatemala sea parte de determinado convenio, o tratado, se acude a la honorable Corte de Constitucionalidad a efecto que emita opinión previo a que el Estado acepte, ratifique o firme determinado tratado o convención; el requisito esencial es que no sea contrario a la Constitución y qué mejor que la opinión de dicha Corte, que tiene entre su función ser el intérprete último de la Constitución.

2.7. Función del Poder Judicial

Entre las características esenciales de las Constituciones se propone la capacidad de autogenerar soluciones cumulativas, es decir, de autointegrarse a partir del incremento de los propios valores y principios que hacen la función de guías que la sostienen.

La Constitución posee y acciona como elemento de integración, que es eficiente y eficaz, y de forma armónica que se interrelaciona y se concatena en cada disposición. Es por ello la exigencia que en su lenguaje y la lingüística debe responder a una unidad y en un mismo sentido. Esta armonía, simetría y la conformidad del texto constitucional, en su estructura, incluso con la indeterminación con que se formulan algunas de sus estipulaciones, tiene un solo objeto: la seguridad jurídica de la Constitución. Esta permite que sea ese conjunto el que, de manera decisiva, contribuya a determinar el significado de cada uno de las normas que la componen y a proporcionarles una coherencia e integración. El lenguaje constitucional es propuesto y fijado como enunciados para el desarrollo de los derechos y para la interpretación extensiva de cada uno de sus preceptos.

Los jueces y las juezas constitucionales son a quienes se les ha asignado realizar la función de interpretar las normas de la Constitución. En el sentido es un deber el cumplir esta función para garantizar los derechos constitucionalizados o no constitucionalizados.



La Constitución poseerá su fuerza normativa no en la excelencia normativa de su texto, ni en las fuentes básicas que la inculcaron, sino que en todo aquel que se le ha asignado la función constitucional de desarrollarla, aplicarla y a interpretarla, que esta sea la base de preminencia y de convivencia, que al interpretarla logren garantizar y hacer prevalecer los derechos fundamentales. Por lo que estos jueces y juezas tienen un compromiso ineludible de realizar la función constitucional asignada, porque de ellos y de ellas depende esta fuerza de la Constitución o que, la Constitución sea una letra muerta y que no tengan la fuerza de Primacía Constitucional, que carezca de seriedad y de positividad para el desarrollo político y social. Por consiguiente, esta eficacia de la Constitución reside, sustancialmente, en que todos los llamados a interpretarla la respeten y, sobre todo, en la responsabilidad y compromiso que de no hacerlo pierden la legitimidad en el ejercicio de la función constitucional asignada.

A través de la historia del constitucionalismo se advierten los horrores cometidos por los llamados a hacer prevalecer la norma constitucional. Podemos citar la experiencia en la historia constitucional norteamericana. Los llamados jueces constitucionales no hicieron prevalecer la Constitución y no asumieron su deber y compromiso. La acción generó un momento anticonstituyente; este precedió a la guerra de separación en el que la Corte Suprema tuvo, por cierto, un papel destacado al resolver en el caso Dred Scott contra Stanford, mediante el cual desbarató todo el sistema constitucional, ya que prevalecieron los intereses económicos, la ideología de represión y el racismo imperante por medio de la esclavitud, que el derecho humano de libertad del demandante. Aunque, posteriormente, retomó conciencia de la necesidad de la reconstrucción constitucional mediante su reforma y la introducción de enmiendas, que dieron un paso importante, la del debido proceso.



Es así que los jueces y juezas constitucionales con sus resoluciones no pueden suplir las funciones que, por mandato constitucional, se le han atribuido a cada uno de los poderes del Estado, tal como lo señala Velásquez Turbay, “que el contenido normativo de un Estado se extrae a través de la voluntad colectiva, en donde por medio de un sistema representativo político se edifican los principios rectores de tal conglomerado social, acorde al entendimiento del pensamiento democrático” (p. 127).

De acuerdo a que tanto el Congreso de la República como máximo órgano de representación popular, a quien se le ha delegado dicha representación por medio de elección, así como el Poder Ejecutivo, quien ejerce la soberanía delegada también por la población es la llamada a tomar las decisiones específicas y pertinentes una en legislar y emitir las leyes que garanticen y desarrollen los derechos humanos mandatos de la Constitución, y el Poder Ejecutivo ejercer esa soberanía, que comprometen a la nación al respeto de la dignidad humana de la población y sus derechos fundamentales. Así, también, como al emitir las políticas públicas y desarrollarlas mediante las cuales se observen y protejan los derechos humanos, en fiel cumplimiento de los fines del Estado, tal como lo preceptúa el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El anterior ejemplo citado nos hace reflexionar sobre la importancia de las fuentes del derecho, los principios generales del derecho, así como los principios constitucionales que estos deben prevalecer en toda decisión. Aunado a ello, interpretarlos de manera extensiva, tomando en consideración que la protección de los derechos fundamentales debe prevalecer y, asimismo, realizar una ponderación de derechos. Los jueces y juezas constitucionales deben tomar decisiones y que estas, además, sean apegadas a la realidad, que con dichas decisiones no lleve al caos a la sociedad, que incluso estos fallos sean reales y de cumplimiento material posible, que en caso contrario no tendría legitimidad ni fuerza la Constitución, porque sería imposible cumplir lo resuelto.

Por lo que los principios constitucionales si se consideran como fuente formal directa, ya que es evidente que interviene en los legisladores o legisladoras

cuando emiten las normas de forma individual, y los jueces o resoluciones según el caso, para argumentar y justificar.



2.7.1 La función del juez o jueza

Es imperativo que al realizar un estudio de la constitucionalización de los derechos en el ámbito nacional, se conozcan los antecedentes, así como cuáles han sido las experiencias reiteradas por tribunales europeos y norteamericanos que han incrustado tanto al juez o jueza como sus resoluciones en el ámbito jurídico, generando la operatividad de la jurisprudencia, del precedente judicial y de la discrecionalidad. El contexto guatemalteco se ha impregnado de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, dando posición sobresaliente al activismo de la Corte Constitucional, y a sus interpretaciones de la Constitución.

El proceso de constitucionalización involucra la fuerza vinculante y obligatoria de la Constitución; la interpretación de la misma, que requiere de la aplicación directa de las normas constitucionales; la armonización de la ley con la Constitución y, fundamentalmente, el principio de igualdad, una igualdad real no solo formal, como aquel que exige que toda distinción y clasificación legislativa sean razonables; así como la proporcionalidad de los principios constitucionales cuando estos entran en conflicto.

En Guatemala el sistema constitucionalizado, el derecho constitucional, tiende a abarcar un espacio en la vida social y política, sometiendo la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos y las relaciones privadas. En consecuencia, la legislación está condicionada por la Constitución, pues se concibió no como una actividad libre, sino como una actividad discrecional que se somete a la Constitución. Es decir, el legislador no puede legislar a discrecionalidad los fines a alcanzar, debe hacerlo por medio de leyes más oportunas y eficaces para alcanzar los objetivos que se predeterminan en la Constitución.



Así, para Guastini (2009, p.60), "la jurisprudencia se limita por la Constitución en el sentido de que los jueces tienen el poder y el deber de aplicar las leyes y la Constitución".

El precedente constitucional en Guatemala consolida la constitucionalización de los derechos, pues si bien el artículo 44 de la Constitución Política de la República (1985) ya citado, dispone que los jueces y juezas solo se sometan al imperio de la ley, la que se incluye la jurisprudencia extendiendo su espectro al denominado bloque de legalidad. *"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"*.

En relación con el derecho internacional, la Constitución Política de la República de Guatemala regula lo siguiente:

"Artículo 46. Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno".

Es decir, que además con las leyes constitucionales que regulan el procedimiento y desarrollo específico de estas garantías, así como la supremacía de la Constitución en cuanto a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad regula la Supremacía Constitucional:

"Artículo 3. Supremacía de la Constitución. La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala prevalecen sobre el derecho interno".

En la Ley del Organismo Judicial en cuanto a la supremacía y jerarquía se regula lo siguiente:

"Artículo 9. Supremacía de la Constitución y jerarquía normativa (Reformado por el artículo 2 del Decreto Ley 11-93). Los tribunales observarán siempre el principio de jerarquía normativa y de supremacía de la Constitución Política de la

República, sobre cualquier ley o tratado salvo los tratados o convenios sobre derechos humanos, que prevalecen sobre el derecho interno. Las leyes y tratados prevalecen sobre los reglamentos. Carecen validez las disposiciones que contradigan una norma de jerarquía superior”.



En ese sentido, es por medio del bloque constitucional que las juezas y los jueces deben observar en toda decisión, es importante señalar que los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala, se encuentran en sintonía con la Constitución Política de la República en virtud de que previo a aceptarlos se realiza una consulta a la Corte de Constitucionalidad a efecto que emita opinión, sobre si determinado convenio es o no contrario a la Constitución. En tal sentido, no existen contradicciones al respecto, no son contrarios al contenido de la Constitución.

Derivado que entre las fuentes directas se encuentran los tratados internacionales, que son una fuente formal, porque constituyen un acto jurídico que emana normas asumidas voluntariamente por los Estados, que luego de aceptarlos y ratificarlos incluso, están en la obligatoriedad de ser observados y citados por los órganos jurisdiccionales al resolver las controversias; estos ingresan automáticamente al ordenamiento jurídico interno, toda vez que antes de aceptarlos, firmarlos y ratificarlos ya han pasado un filtro por medio de la Corte de Constitucionalidad declarando que no son contrarios a la Constitución. Ello con el objeto de garantizar a los usuarios, de esta manera, el acceso a la justicia en el respeto a sus derechos fundamentales.

Esta opinión no implica que la Corte de Constitucionalidad tenga la potestad y eleve leyes internas o tratados internacionales sobre derechos humanos al rango de constitucionales, toda vez que, dentro de la normativa constitucional ya se encuentran enumeradas o descritas cuáles son las leyes denominadas constitucionales, como lo son la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, de conformidad con el artículo 276 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que norma lo relativo dichas leyes.

Por medio de estas acciones se constitucionalizan los derechos fundamentales y el poder judicial tiene un papel predominante a efecto de resolver de acuerdo a estos lineamientos, si en caso no lo hiciere procede la revisión de sus resoluciones por parte de la Honorable Corte de Constitucionalidad.



2.7.2 Interpretación constitucional por parte del Poder Judicial

Es importante señalar que existen dos tesis sobre la fuente de estos tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, una que estos están en la misma jerarquía que la Constitución porque no son contrarios a ella, y la otra que la Constitución es la norma suprema y luego devienen los convenios internacionales, que estos están únicamente sobre la normativa interna que serían las leyes ordinarias.

Ello conlleva, que los jueces y juezas puedan asumir interpretaciones diversas del contenido de una norma y por ello generar consecuencias diferentes.

La Constitución Política guatemalteca es moderna incluye normas que rigen las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, también establecen declaraciones de derechos y principios generales del derecho, como disposiciones de carácter programático y que no se relacionan a normas jurídicas obligatorias. No obstante, a ello, las normas que conceden derechos y libertades se constituyen como normas de principio, ya que se consideran preceptos de carácter subjetivo y requieren, por una parte, de otras leyes que las reglamenten. Por lo que, en la materia de la constitucionalización del derecho, como lo señala Guastini (2009, p.65), "la disposición constitucional será siempre una norma jurídica, obligatoria y susceptible de producir efectos jurídicos", por lo que lo preceptuado en la norma constitucional no puede modificarse ni por los jueces ordinarios ni por los jueces constitucionales por medio de la revisión constitucional.

La constitucionalización de los derechos prevalece en tanto nos encontramos ante un ideal democrático por medio de la justicia constitucional y de la actividad jurisdiccional a través de la cual se crea el derecho.



En todo Estado de derecho la constitucionalización de los derechos humanos es el medio por el cual se desarrolla el sistema jurídico, en donde la Constitución es la base de todo el quehacer jurídico, cuyas interpretaciones por parte de los jueces y juezas conllevan a la interpretación extensiva de las normas constitucionales sobre derechos humanos, así como de validez que deben tener todas las normas jurídicas y su adecuación a la Constitución Política, aunado a ello, en atención a los convenios internacionales sobre derechos humanos.

Lo anteriormente citado se relaciona con la discrecionalidad de los jueces y juezas, que depende de los lineamientos que determine el derecho. Porque los juzgadores y las juzgadoras no tienen límites para justificar sus decisiones, ya que en realidad no poseen una obligación precisa de aplicar una disposición. Estos resuelven de acuerdo a lo estipulado por la ley se apoyan en la discrecionalidad, o en sus conocimientos sobre la mejor solución para un caso. Es decir, que la actividad judicial será en cuanto se encuentre ante un asunto concreto y de acuerdo a los principios constitucionales que se pretende aplicar, interpretar y desarrollar y, en consecuencia, la solución del juez o jueza es según si está resolviendo a una ley, Constitución o convención.

Esta responsabilidad sobre la interpretación de los derechos fundamentales no solo son asignados o son únicamente responsabilidad del juez o jueza constitucional, es compromiso de todos los jueces y juezas constitucionales y ordinarios, debido a que sin excepción deben resolver de acuerdo a los principios constitucionales tanto nacionales como internacionales de protección de los derechos humanos. En ese sentido, el docente y jurista constitucional Flores Juárez, Francisco, 2013, en su Ponencia "Régimen guatemalteco de protección de los derechos fundamentales" [sl] Corte de Constitucionalidad. Advierte que es fundamental que al resolver se interprete la normativa constitucional con base en principios y señala los siguientes principios.

a. Principio pro hominem

El juzgador debe asegurar la protección más amplia para los derechos de las personas, de tal cuenta que, ante dos posibles interpretaciones de un precepto,



debe aplicar la más garantista, lo cual también implica que los Estados no pueden utilizar tratados a fin de disminuir la protección que ofrecen otras normas nacionales o internacionales.

b. Principio de proporcionalidad

El mismo impone una evaluación, por parte del juzgador o juzgadora, acerca del efecto social que producen sus decisiones. Esto hace ineludible una valoración para determinar si el beneficio que recibe la sociedad como consecuencia del pronunciamiento del tribunal; es mayor que el costo de restringir o limitar un derecho fundamental en conflicto.

c. Principio de razonabilidad

El acatamiento de este principio excluye la arbitrariedad, porque impone que toda decisión judicial debe ser razonada. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe arbitrariedad cuando las restricciones, aun legales, resulten incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales.

d. Principio de prohibición de la discriminación

De conformidad con el mismo, los jueces y juezas, al resolver, no deben incorporar diferencias de trato discriminatorio. Es necesario comentar que de conformidad con la Observación General No. 18, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que:

“No toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”.

e. Principio de limitación restrictiva de derechos

En atención a este principio es posible limitar el ejercicio de ciertos derechos, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

~ Que dicha limitación esté prevista en las leyes internas en sintonía con las disposiciones del derecho internacional de derechos humanos.



~ Que exista una necesidad social imperiosa, lo cual conlleva que la limitación sea el resultado de un cuidadoso balance entre el interés individual y el interés social.

~ Que la limitación responda a los fines legítimos establecidos en la norma. Flores Juárez, Francisco, 2013, Ponencia "Régimen guatemalteco de protección de los derechos fundamentales" [sl] Corte de Constitucionalidad.

El derecho procesal constitucional como nueva rama del derecho, tiene competencia a discutir asuntos del control constitucional, de la justicia constitucional o jurisdicción constitucional, que se refieren a las acciones, los procesos, las sentencias todos con el rango constitucional, los que analizados dentro de un fin común categórico e invariable como la efectividad de los derechos. Así, existen unos puntos de análisis comunes, aunque no se han puesto de acuerdo en cuanto a su denominación, la circunscripción al derecho constitucional o al derecho procesal, la inclusión de la interpretación judicial y su fundamentación.

La relación es evidente entre el movimiento de la constitucionalización del derecho y el derecho procesal constitucional, por consiguiente es la protección efectiva de los derechos, consagrado como fin esencial del Estado Social de derecho. Se debe afirmar que esta se logra únicamente cuando este se materializa de una forma real y palpable, no basta con normas enunciativas, programáticas o progresivas de derechos. Debe procurarse que el derecho sea efectivizado, que exista una percepción real no solo formal por parte del beneficiado.

Como señala Bobbio (1981), "para proteger los derechos humanos no basta con proclamarlos; de lo que se trata más bien es de saber cuál es el modo más seguro de garantizarlos, para impedir que a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados" (p.33). En resumen, se advierte que la realización de la constitucionalización del derecho habrá cumplido con su fin cuando los derechos se manifiesten con efectividad, en consecuencia, para su garantía surge el derecho procesal constitucional, como una rama que emana de la Constitución para lograr efectivizar y plasmar de forma real y concreta los derechos.

2.8. La constitucionalización de los derechos y lo relativo a la justicia

Es procedente citar a la justicia en relación con el tema, en virtud de que forma parte de los valores del fin que se persigue en el nuevo constitucionalismo. En cuanto a su significado para algunos eruditos es:

Platón: Virtud que mantiene a cada uno en los límites de su deber. Aristóteles: Hábito por el cual los hombres son aptos para obrar justamente. Ulpiano: Voluntad constante y perpetua de dar a cada cual su derecho. Kant: La justicia es la igualdad de la libertad.

Como principio del derecho, la justicia delimita y armoniza los deseos, pretensiones e intereses en conflicto en la vida social de una comunidad, equivaliendo en una demanda de igualdad en la distribución y reparto de las ventajas y cargas. No obstante, la igualdad (a cada uno lo mismo), no puede ser entendida generalmente como justicia, ya que significaría que todo el mundo ocuparía una posición idéntica, por lo tanto, se deben realizar distinciones que no pueden ser vistas como injustas, donde las ventajas y las cargas, los derechos y los deberes sean distribuidos teniendo en cuenta las circunstancias condicionantes.

La demanda de igualdad encierra únicamente la exigencia de que nadie en forma arbitraria y sin razón suficiente, sea sometido a un trato que difiera del que acuerda a cualquier otra persona. La demanda de igualdad contenida en la idea de justicia no está dirigida en forma absoluta a todos y a cada uno, sino a todos los miembros de una clase determinada por ciertos criterios relevantes, que significan una pauta de evaluación, que ha de ser aplicada como un requisito previo a la definición de la categoría cuyos miembros deben ser tratados con igualdad.

Todo esto nos indica la presencia de dos elementos contenidos en el concepto de justicia: la exigencia formal de igualdad y el criterio material para la determinación de la clase a la que se aplica la norma de igualdad. Como hemos examinado, la justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el



resultado de la aplicación correcta de una norma como cosa arbitraria.



2.8.1 Justicia formal

En su definición nos referiremos a los diferentes criterios considerados como una característica distinta, única que ha de tomarse en cuenta para la aplicación de la justicia, pero entre ellas existe la igualdad como factor común denominador. Todos coinciden en la idea que ser justos es tratar a todos los seres que son iguales desde un cierto punto de vista denominado categoría esencial. Para que la justicia formal sea realizable es necesario acudir al derecho positivo, de manera que este pueda establecer las categorías consideradas esenciales que van a determinar la igualdad de trato a los seres que pertenezcan a una misma naturaleza esencial.

Esta igualdad de trato no es otra cosa que la aplicación correcta de una regla de justicia concreta, que determina cómo deben ser tratados los miembros de una categoría fundamental. La noción de igualdad no constituye el fundamento de la justicia formal, lo hace el hecho de aplicar una regla a todos los miembros de una condición básica. La igualdad de tratamiento no es más que una consecuencia lógica del hecho de atenerse a la regla.

2.8.2 Justicia material

Es la exigencia de ser tratado justamente. Los criterios que establecen las igualdades esenciales en el derecho positivo deben corresponder al modelo o visión imperante en la sociedad. Son los valores socialmente vigentes los que van a determinar qué es lo importante en una sociedad y qué no lo es, qué es lo esencial y qué es lo secundario, qué es lo beneficioso y qué es lo perjudicial al hombre. Es la concepción del mundo y la vida social admitida, la que va a establecer la manera de cómo se discierne entre lo valioso y lo despreciable. En consecuencia, será la tradición de cultura, que ha admitido y reconocido una escala de valores, la que sugerirá cuáles son los criterios de justicia material que permitan la formación de la justicia formal.

2.9. Los valores objetivos de la realidad social

Como parte constitutiva de la realidad social, la actividad humana atinente del rol del juez o jueza en dicha realidad, se establece mediante tendencias, los objetos, fenómenos, procesos y los sujetos que adquieren una u otra significación social, en la medida en que favorece o no el desarrollo de la sociedad. Fabelo Corzo (1981) señala que “las crisis de valores por lo general acompañan a las conmociones sociales que tienen lugar en los períodos de transición de la sociedad” (p. 12, 21,68). A ello le llama sistema objetivo de valores y lo considera como dinámico, cambiante y dependiente de las condiciones histórico-concretas. Estos se dan a partir de las diferentes relaciones sociales que van desarrollando estos valores en sintonía con la realidad social e histórica del momento.

Es por ello que el juzgador y juzgadora deben poner en práctica estos valores considerando cada caso concreto, encuadrándolo a la norma y por consiguiente a la realidad, no solo material sino también social del individuo. Es decir, que de acuerdo a ello, debe resolver de manera tal que garantice los derechos fundamentales a cada uno de los grupos vulnerables, avalando de esta manera el derecho de igualdad mediante resoluciones incluyentes; por lo que es imperativo de acuerdo a los principios y valores, garantizar ese derecho real y material de igualdad; por lo cual debe superar las asimetrías, así como los obstáculos que se presentan en resoluciones sin metodología de género, por ejemplo, o la del niño que debe considerarse como sujeto de derechos, o los adultos mayores y los pueblos indígenas.

Lo anterior debe estar en armonía de lo que de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa el derecho de igualdad. Por medio de este se señala que todos los habitantes de la República son iguales, no obstante, esta es una igualdad formal, no material.

En consecuencia, este es uno de los tantos obstáculos a que se enfrenta la juzgadora o el juzgador, aunado a ello, es que las instituciones relacionadas a la administración de justicia no poseen los recursos económicos, ni los recursos



materiales con el objeto que, en sintonía con estos, se pueda concretar la función constitucional de las juezas y jueces de resolver de manera incluyente



Lo anterior se señala y se relaciona con lo manifestado por Diego Valdés (Sf): “Pero no se trata de una actitud voluntarista. No se trata de decir que los honestos no van a prevaricar y van a actuar bien. De lo que se trata es de construir un sistema institucional que permita que existan como parte de la vida misma de las instituciones, formas de adjudicación de responsabilidades a aquellos que ejerzan funciones públicas. Y eso se llama democracia y está todavía muy lejos de nuestra estructura constitucional, no tenemos, por ejemplo, la obligación de que quienes ejercen el poder respondan por el poder”.

El sistema de justicia no se escapa a ello, de ahí la importancia de que la juzgadora o juzgador posean principios y valores con el objeto que al administrar justicia lo hagan de forma independiente, objetiva e imparcial, lo cual reflejará la ética en sus resoluciones, sin responder a intereses particulares o de conveniencia.

Por medio de los temas desarrollados se acredita que, en efecto, existe un procedimiento para garantizar los derechos humanos, y que, por medio de los procedimientos establecidos se deben garantizar por parte del sistema judicial en atención a los controles establecidos y de acuerdo a los principios constitucionales.

Capítulo III

Para visibilizar e identificar los derechos que no se encuentran constitucionalizados se deben enumerar, para establecer los nuevos derechos los derechos emergentes, que surgen en el desarrollo de las relaciones sociales y la clasificación que la doctrina les ha proporcionado, individualizando a cada uno de dichos derechos, así como la identificación de las características de fundamentales. Ello con el objeto de obtener el contexto del tema respecto a la afirmación de la hipótesis en relación con la existencia de derechos humanos no convencionalizados.

3.1 Derechos que define la doctrina y que no se encuentran constitucionalizados ni convencionales

Las actividades cambiantes del ser humano generan como consecuencia que los derechos humanos sean evolutivos, ello en sintonía con las nuevas relaciones sociales. En consecuencia, se generan nuevos derechos, así como los derechos humanos denominados emergentes. En derivación, estos deben estar en constante evolución.

De esta manera, el derecho constitucional también evoluciona; por lo que es indispensable que también avance el control constitucional, por medio de los cuales se desarrolla la justicia constitucional.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es el primer documento emitido por la ONU el 10 de diciembre de 1948, el cual es un solo texto y que ahora es reconocido como la base de los derechos humanos y libertades fundamentales. De acuerdo a la doctrina, Buergenthal, Thomas, Doehrig, Karl Kokott, Juliane, Mair, Harold (2001), dicho instrumento: “En sí no es un tratado, de manera que originalmente no se le reconocía un carácter jurídicamente vinculante, sin embargo, hoy en día, parte de la doctrina reconoce que constituye derecho consuetudinario” (p.115). En consecuencia, debe ser observada de manera imperativa por todos los Estados.



Como lo señala el profesor emérito del Colegio de México, Relato Especial de los Derechos de los Pueblos Indígenas, ONU, Rodolfo Stavenhagen (2007)



“Podemos considerar los derechos humanos como elementos indispensables que vinculan a las necesidades humanas con su satisfacción. Ello es así en la medida en que el Estado, como expresión contemporánea de la sociedad en su conjunto, es responsable de que sean satisfechas estas necesidades y que los derechos humanos sean implementados. En consecuencia, podemos considerar los derechos humanos como valores consensuados que se derivan en instrumentos jurídicos, sociales y políticos para la satisfacción de las necesidades humanas” (p.22, 23).

Teniendo como base lo señalado por parte de la doctrina respecto a los derechos humanos, estos no pueden evolucionar de manera individual si no que se van desarrollando de acuerdo a esa interacción social y a sus fenómenos políticos y económicos. Lo que se relaciona con la globalización, fenómeno que trae consigo muchos de los cambios sociales y económicos de los Estados, del que no se ha establecido un concepto definido. Sin embargo, lo más cercano es el elaborado por Held, David; Mc Grez, Anthony; Goldblatt, David; Perraton, Jonathan (1999) que define la globalización como:

“Un proceso (o conjunto de procesos) que expresa la transformación de la organización espacial de las relaciones sociales y transacciones –determinado en términos de extensión, intensidad, velocidad e impacto –generando flujos transcontinentales o interregionales y redes de actividad, interacción y de ejercicio del poder” (p.16).

Así, de acuerdo a las necesidades del ser humano, es como se irán generando derechos que emergen de cada evolución que, además, tiene como elemento conductor la globalización mediante la cual se amplía este tipo de relaciones, a la vez que sistemáticamente genera otro tipo de necesidades que giran en torno del desarrollo del ser humano y que no son optativas, ya que es de esta manera que apunta hacia el futuro. En consecuencia, ningún Estado puede quedarse estático y, por consiguiente, sus habitantes, tal como lo señala Held, David; Mc Grez,



Anthony; Goldblatt, David; Perraton, Jonathan (1999), al generar flujos se refiere a los movimientos de bienes físicos, personas, símbolos, capitales e información, así como a las redes que son los modelos regulados de interacción entre agentes, actividades o centros de poder.

Ello da como resultado que de forma constante también se originen documentos jurídicos internacionales, que sustenten de manera legal y consuetudinaria los derechos humanos, observándolos y adoptándolos los Estados como herramientas para garantizar dichos derechos.

Este debate sobre la necesidad de incorporar al orden jurídico nuevos derechos fundamentales no es desconocido en el ámbito jurídico. Se ha manifestado en la necesidad de analizar diferentes contextos, así como proteger el medioambiente natural, lo que conlleva garantizar el suministro de agua en el planeta y saneamiento para todas las personas, el patrimonio cultural de la humanidad, respetar la orientación sexual, asegurar unos ingresos mínimos en la libre circulación de las personas, de capitales y bienes, que permita condiciones de vida dignas a los trabajadores inmigrantes, el derecho a la alimentación, controlar la aplicación de las biotecnologías, las tecnologías, reconocer y garantizar la diversidad multicultural, así como el trato igual entre desiguales como los grupos en condición de vulnerabilidad de la población como las mujeres, la niñez y la adolescencia, los pueblos indígenas, los adultos mayores, las personas con capacidades diferentes, entre otros.

Estos contextos son propicios y consienten que vayan concretizándose nuevos derechos que deben estar creados o sistematizados en declaraciones y en pactos como los de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, así como en el ordenamiento interno de todos los Estados.

Este hecho implica la observación de nuevos valores como el ecologismo, el respeto a la naturaleza y a sus recursos, etcétera. Desde el punto de vista jurídico, es imperativo que se base la atención en el principio de responsabilidad, así como



el principio de precaución. Estos derechos emergentes y nuevos derechos se citan así:

3.2 Derecho a la alimentación

En la Cumbre Mundial de Alimentación de 1996, los jefes de Estado y de Gobierno, reafirmaron el derecho a todos a una alimentación adecuada y al derecho fundamental de no padecer hambre.

Luego, en la Observación general número 12 que fue aprobada por el Comité en 1999 se señaló sobre el derecho a una alimentación adecuada.

La definición del derecho a la alimentación propuesta por el comité (DESC) y la cual quedó plasmada en la recomendación número 12 que compete el ejercicio de este derecho, comprende: “El acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”.

Tal como lo señala Carlos López encargado del derecho a la alimentación en la oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos en Ginebra, en el Seminario Internacional denominado “El derecho a la alimentación desde la perspectiva del derecho internacional de derechos humanos y su aplicación en Guatemala 2006”, que de esta definición se puede identificar los elementos de adecuación, disponibilidad, accesibilidad en que:

La “adecuación” se refiere a que la alimentación debe ser adecuada, capaz de cubrir las necesidades alimentarias, de igual manera social y culturalmente aceptables.

Que la “disponibilidad” comprende que los alimentos deben estar en cantidad y calidad suficientes. Lo que se relaciona a que se obtenga explotación de la tierra productiva u otras fuentes naturales e alimentos, o mediante otras formas de obtención, distribución, elaboración, comercialización.

La “accesibilidad” mediante la cual implica la accesibilidad económica y física, la primera que comprende que los costos financieros personales o familiares de

una alimentación adecuada no pongan en riesgo el abastecimiento de bienestar de otras necesidades básicas.

El derecho a la alimentación es fundante porque a través de este se garantiza el derecho a la vida, así como el derecho a un desarrollo integral de los habitantes, estos últimos garantizados por la Constitución Política de la República de Guatemala en el artículo 2 y en los artículos 94 y 99, en los cuales se establece la responsabilidad de velar por la salud y el bienestar de la población. No obstante, de manera específica, no se encuentra constitucionalizado el derecho a la alimentación. Es a través de la normativa constitucional citada que se promulgó el Decreto 32-2005 Ley del Sistema de Seguridad Alimentaria y Nutricional; que en el considerando señala que reconoce los compromisos y obligaciones adoptados como consecuencia del pacto de los DESC de respetar, proteger, realizar progresivamente el derecho a una alimentación adecuada.

En este derecho a la alimentación se puede establecer las características de inalienable porque dicho derecho es personalísimo, no es transferible. Es inviolable porque está íntimamente ligado a otro derecho fundamental a la vida, por lo que, si se violenta como consecuencia existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo, no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la salud a la vida, que es el fundamento. Es efectivo porque es imperativo que se observen y se protejan.

Importante es acotar que es imperativo que aunque dicho derecho no esté constitucionalizado, existen diferentes mecanismos y herramientas jurídicas para garantizarlo, como en el presente caso. Además, por medio del artículo 46 Constitucional que refiere que los tratados sobre derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno, los cuales todos y todas en general tenemos obligación de observar para garantizar los derechos no constitucionalizados, entre estos el derecho a la alimentación.



3.3 Derecho a un ambiente sano y equilibrio ecológico

Este es considerado como un derecho fundamental. Por medio de el se garantiza no solo el derecho a vivir en un ambiente sano, libre de contaminación y que prevalezca para las futuras generaciones, a través del cuidado de la tierra mediante acciones del uso responsable de los recursos naturales, renovables y no renovables, reciclando y no contaminando el ambiente con el uso de productos que dañen la tierra, el cuidado del sistema atmosférico la contaminación atmosférica y mantener la calidad del aire, el sistema hídrico por medio del mantenimiento de la cantidad del agua para el uso humano, de los sistemas lítico y edáfico deterioro en los sistemas lítico (o de las rocas y minerales), y edáfico (o de los suelos); la contaminación auditiva, visual, los sistemas bióticos (o de la vida para los animales y las plantas), así como con el manejo responsable y tratamiento de los residuos y desechos sólidos. Su objetivo es propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico.

Se pueden advertir las características del derecho fundamental establecidas por la doctrina para los derechos fundamentales; inalienable porque dicho derecho está relacionado a cada ser humano que habite en el mundo. No es transferible, es inviolable porque está íntimamente ligado a otro derecho fundamental, el de la vida, a la salud al desarrollo integral. Por ello, si se violenta, como consecuencia existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo, no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la salud, a la vida y al desarrollo integral del ser humano, que es el fundamento. Es efectivo porque con facilidad puede observarse y protegerse.

Guatemala emitió la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto número 68-86 del Congreso de la República, reformada por el Decreto Número 75-91 el 23-11-1991, Decreto Número 1-93 el 05-03-1993, Decreto Número 90-2000 el 19-12-2000, todos del Congreso de la República de



Guatemala, para tomar directrices que se conviertan en acciones para preservar el ambiente.



Una de las causas que pone en riesgo el ambiente sano es la problemática del manejo y tratamiento de los residuos y desechos sólidos, que no es solo un problema local, es un conflicto mundial ya que no solo es el manejo, también es su recolección, traslado y disposición final; ello solo conlleva una medida de respuesta ante el problema y no de prevención o mitigación. Esta generación de los residuos y desechos sólidos inicia con las prácticas de producción, consumo, conciencia y educación ambiental que deben ser atendidas adecuadamente promoviendo la reducción y el reúso de los materiales. Es por ello importante que no solo se trate el problema, sino que poco a poco se vaya previniendo con educación, capacitación y sensibilización de la población que esté encaminada a minimizar los impactos negativos a la salud, a los ecosistemas y al ambiente, a lo dañino que resulta que no se prevenga y que no se maneje responsablemente.

La prioridad sobre el tema de los residuos y desechos sólidos también es mundial porque se evidencia por medio de los millones de toneladas de residuos y desechos sólidos dispuestos en vertederos a cielo abierto, que afectan directamente el bienestar de los recursos y servicios naturales que se ve reflejada en la salud de la población mundial ya que con los gases afecta el ecosistema local, así como toda la atmósfera que cubre el planeta tierra. Este es un problema ambiental que provoca el mal uso de los desechos sólidos, ya que es un inconveniente y afectación mundial.

3.3.1 Los residuos y desechos sólidos en Latinoamérica

Tal como lo señalan Alejandrina Sáez y Joheni A. Urdaneta G. (2014) en el trabajo sobre “Manejo de residuos sólidos en América Latina y el Caribe”, al referirse a América Latina y al Caribe poseemos las mismas limitaciones, problemas para el manejo y disposición de los desechos sólidos, lo que explican de la siguiente manera:



En el caso de América Latina y el Caribe ha prevalecido el manejo de los residuos bajo el esquema de “recolección y disposición final” dejando rezagados el aprovechamiento, reciclaje y tratamiento de los residuos, así como la disposición final sanitaria y ambientalmente adecuada (AIDIS- IDRC., 2006). En muchos países de la región se utilizan los vertederos y/o botaderos a cielo abierto sin las debidas especificaciones técnicas; se continúa con la práctica de recolección sin clasificación y/o separación de los desechos desde el origen; existe un enorme número de segredadores trabajando en las calles y en los vertederos, buscando sobrevivir del aprovechamiento de materiales reciclables a pesar del riesgo a que exponen su salud e integridad física, unido esto a la deficiencia en la administración tanto pública como privada del sector son aspectos que revelan la crisis que presenta en la región el manejo de residuos sólidos.

La autora Alejandrina Sáez y Joheni A. Urdaneta G. (2014, p.121-135) en el estudio e informe de “Manejo de residuos sólidos en América Latina y el Caribe” señalan que se detectaron similitudes en la manera como se manejan los residuos sólidos en la América Latina y el Caribe, observándose que el sistema se encuentra aún en estado incipiente para ser considerado como integral y sustentable. Manifestaron que, para lograr mejoras en el manejo de residuos sólidos, en América Latina y el Caribe se requiere voluntad por parte de los gobernantes, fuertes inversiones y educación continua de la ciudadanía en el tema del aprovechamiento de los residuos. Estos son básicos para un efectivo manejo de residuos sólidos mediante el cual se involucre a todos y a todas.

Se realizó una revisión documental de artículos científicos comparando las realidades presentadas por los distintos autores en el manejo de residuos sólidos. En dicha revisión se detectó que la manera como se manejan los residuos sólidos en los citados países es semejante, el sistema se encuentra aún en estado incipiente para ser considerado como integral y sustentable. Lograr en América Latina y el Caribe mejoras en el manejo de residuos sólidos, requiere voluntad por parte de los gobiernos, fuertes inversiones y educación continua de la ciudadanía en el tema del aprovechamiento de los residuos.



De los argumentos vertidos y del estudio realizado se confirma la necesidad y urgencia de protección del ambiente en relación con el manejo y disposición de los desechos sólidos del cual América Latina no es ajena. Es importante señalar que el factor económico tiene relevancia y afecta aún más a nuestros países subdesarrollados o en vías de desarrollo, limitante que es determinante, porque aunque se tenga la voluntad política no se tienen los recursos económicos, como es el caso de nuestra región. Es por ello la responsabilidad que involucra a todos y a cada uno del sector de la población para que se comprometan e involucren a trabajar en equipo para proteger el ambiente.

3.3.2 Acciones en Guatemala sobre el manejo y disposición de los residuos y desechos sólidos

En relación con Guatemala, dentro de la población en general, se han mejorado los espacios de participación por medio de las municipalidades, los Cocodes, así como en especial la población de escolares, empresas y grupos de ciudadanos comprometidos con el ornato y limpieza del país, no obstante, aún hay poca participación de la ciudadanía en general. Esto se manifiesta porque no participan en separar los residuos y desechos sólidos, así como, el desconocimientos de la sociedad en relación con la clasificación y manejo de estos. Es este uno de los obstáculos que impide la integración de todos los involucrados, porque cada uno supone cómo es el manejo y no muestra interés en investigar.

Se advierte que el desarrollo sustentable en el país depende de la conservación y aprovechamiento racional de los recursos naturales y la protección de sus ecosistemas. Esta es una razón suficiente para que se realicen los esfuerzos para involucrar a toda la población en general para crear un sistema para la prevención y gestión integral de los residuos y desechos sólidos que sean adecuados, factibles, viables y socialmente aceptables desde el punto de vista ambiental, técnico, económico y social.

Este conflicto no solo evidencia la importancia de fortalecer la capacidad del Estado en sintonía con los entes encargados de un adecuado manejo, sino también la necesidad del involucramiento de los diferentes sectores y sociedad,



ya que los residuos y desechos sólidos son el reflejo de los aspectos socio-económicos de la población, donde la cultura representa una variable muy importante que requiere de una gestión integral.

En consecuencia, Guatemala consciente de este problema ambiental, ha promovido acciones para mitigar el impacto climático que se refleja en la salud de la población y se fundamenta por medio de los instrumentos jurídicos siguientes:

la Constitución Política de República de Guatemala, artículos 1, 2, 64, 93, 97, 193 y 195.

Convenios internacionales en materia de derechos humanos.

Leyes ordinarias:

- Decreto Número 68-86, Ley de Protección y Mejoramiento del Ambiente (artículo 4).
- Decreto Número 12-2002, Código Municipal (artículo 67 y 68 inciso A).
- Decreto Número 90-97, Código de Salud.
- Decreto Número 7-2013, Ley Marco de Cambio Climático.

Leyes Reglamentarias:

- Acuerdo Gubernativo Número 50-2015, Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

Leyes complementarias:

- Acuerdo Ministerial Número 666-2013, Creación de la Mesa Coordinadora para la Gestión y Manejo Integral de los Residuos y los Desechos Sólidos.
- Acuerdo Ministerial Número 51-2015, Creación del Departamento para el Manejo Integral de los Residuos y Desechos Sólidos.

En específico, de conformidad con el artículo 97 de la Constitución Política de la República de Guatemala, mediante el cual preceptúa que:

Artículo 97. Medioambiente y equilibrio ecológico. El Estado, las municipalidades y los habitantes del territorio nacional están obligados a propiciar el desarrollo social, económico y tecnológico que prevenga la contaminación del ambiente y mantenga el equilibrio ecológico. Se dictarán todas las normas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna, de la flora, de la tierra y del agua, se realicen racionalmente, evitando su depredación.

En cumplimiento a dicho precepto, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, como ente encargado de coordinar, cumplir y hacer que se cumplan las políticas y el ordenamiento jurídico concernientes a la prevención de la contaminación, conservación, protección y mejoramiento del ambiente, promovió acciones para propiciar la gestión integral de los residuos y desechos sólidos. Ello se ve reflejado en la formulación de la Política Nacional (2005) y la creación de la Mesa Coordinadora para la Gestión y el Manejo Integral de los Residuos y los Desechos Sólidos, Acuerdo Ministerial Número 666-2013 del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.

Esta tarea integral de los residuos y desechos se ha generado básicamente en un único aspecto: la eliminación de dichos residuos y desechos sólidos por medio de botaderos a cielo abierto, rellenos sanitarios o la quema de dichos elementos. Ello provoca, en consecuencia, un severo impacto y riesgo negativo al ambiente y problemas a la salud de los habitantes. Esta política tiene como fin primordial la participación e involucramiento de los diversos sectores de la sociedad, partiendo del principio del desarrollo sostenible y la responsabilidad compartida.

Esta gestión ambiental, entre otras políticas públicas, va encaminada a la preservación del ambiente. En ese sentido, se ha emitido la Política Nacional para la Gestión Integral de los Residuos y Desechos Sólidos, Acuerdo gubernativo 281-2015 del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales; dirigida para todos aquellos actores y sectores que son conscientes de la importancia de su participación para el mejoramiento y conservación del ambiente y de los recursos



naturales, y que buscan incorporarse en líneas de acción establecidas para apoyar iniciativas que permitirán, a través de su compromiso y perseverancia, lograr un mediano y largo plazo.



Así como la creación de la Mesa Coordinadora para la Gestión y el Manejo Integral de los Residuos y los Desechos Sólidos, Acuerdo Ministerial Número 666-2013 emitido por el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales mediante el cual se norma el manejo y disposición de los desechos sólidos.

La Mesa Coordinadora para la Gestión y el Manejo Integral de los Residuos y los Desechos Sólidos de conformidad con el artículo 3 del Acuerdo Ministerial número 666-2013 está integrada por:

Artículo 3. Integración. La Mesa Coordinadora para la Gestión y Manejo Integral de los Residuos y los Desechos Sólidos se integra por un representante titular y un representante suplente de las siguientes instituciones y sectores invitados:

- a. Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales, quien la presidirá.
- b. Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.
- c. Ministerio de Energía y Minas.
- d. Ministerio de Educación.
- e. Ministerio de Agricultura, Ganadería y Alimentación.
- f. Instituto de Fomento Municipal.
- g. Asociación Nacional de Municipalidades.
- h. Secretaría de Planificación y Programación de la Presidencia de la República.
- i. Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas, Comerciales, Industriales y Financieras.

Este es un equipo multidisciplinario que posee funciones determinadas. Es importante señalar que pueden invitar a las diferentes universidades por medio de los departamentos de investigación y gestión para protección del ambiente y a



otros sectores de la población que se encuentren involucrados en el manejo de los desechos y residuos sólidos, con el objeto de coadyuven con propuestas específicas, con proyectos, así como con actividades de sensibilización y capacitación.

Y el artículo 2 del mismo cuerpo legal señala sus funciones:

Artículo 2. Funciones. Son funciones de la Mesa Coordinadora para la Gestión y Manejo Integral de los Residuos y los Desechos Sólidos:

- a. Coordinación interinstitucional e intersectorial de los diversos actores del gobierno central, las municipalidades, la sociedad civil y el sector privado, que desarrollen programas y proyectos relacionados con el manejo y control de los desechos sólidos.*
- b. Asesoría y consultoría para la modernización de la gestión de los desechos y residuos sólidos y peligrosos.*
- c. La generación de la capacidad técnica y administrativa de las instituciones relacionadas con el manejo de los desechos sólidos.*
- d. Asesorar y recomendar, para que, con base al fundamento de la Política para el Manejo Integral de los Residuos y Desechos, se realicen las acciones necesarias de manejo integrado de los residuos y desechos sólidos.*

Por medio de estas funciones se orienta a las diferentes instituciones involucradas del sector público y privado en el Manejo Integral de los Residuos y Desechos, en Coordinación interinstitucional e intersectorial de los diversos actores del gobierno central, las municipalidades, la sociedad civil y el sector privado, por medio de asesoría, consultoría, recomendaciones y generar capacitación técnica y administrativa de las instituciones.

Es importante señalar que es evidente que, en Guatemala, aunque es incipiente, se ha avanzado por medio de pequeños pasos para resguardar y proteger y preservar el ambiente por medio del manejo y disposición de los desechos sólidos, así como la preservación y protección de la flora y fauna.



Además, existen políticas públicas para su cumplimiento; no obstante, se deben poseer los recursos para que empiecen a funcionar y desarrollarse, así como la importancia que la población se involucre.

Los mayores contaminantes, que son los que ostentan el poder económico, se espera que apoyen y contribuyan a llevar a cabo los proyectos, no solo por medio de la aportación económica, sino que, además, desde sus instituciones, así como toda la población en general, desde cada uno de sus espacios deben aportar. Ello con el fin que este sea un efecto dominó en donde todos seremos beneficiados y ganadores accionando y asumiendo la responsabilidad que se tiene de vivir en un ambiente sano y dejar un ambiente adecuado para las futuras generaciones.

3.4 El derecho al agua

También se debe garantizar el derecho al agua como suministro igualitario, es decir, que la distribución del agua sea de forma equitativa a todas las regiones y para todos los habitantes. Es importante que todos y todas tengan acceso al vital líquido y, por consiguiente, que sea potable, así como el saneamiento de la misma para todas las personas en garantía al derecho a la ciudad. Este es el derecho de los habitantes a tener una ciudad donde se garantiza el acceso al ejercicio pleno de sus derechos humanos, en donde no exista ninguna diferencia entre el área urbana y rural, ciudades democráticas, transparentes y participativas basadas en el empoderamiento ciudadano.

Se comprende el derecho a la ciudad como el de: ciudades como bienes comunes, sostenibles, que mantienen una relación equilibrada y respetuosa con el entorno rural que les rodea y con los recursos naturales, donde la economía mira por el bienestar de sus habitantes que, basadas en un desarrollo económico local endógeno y sostenible, se nutre de los recursos locales y no busca ante todo las inversiones del capital internacional. También el espacio público es de todos/as, y donde se reconoce la necesidad de estos espacios para la libertad de expresión, para los múltiples usos de la ciudad y donde se garantizan los derechos

culturales por la inclusión social. Así también, en donde los servicios municipales permiten convivir en una comunidad limpia con todos sus servicios de agua potable, drenajes, alumbrado público, áreas de recreo, recolectores de basuras, donde convivan bajo condiciones salubres y de ornato.



En este derecho al agua se puede establecer las características de derecho fundamental; es inalienable porque dicho derecho es personalísimo, no es transferible, es inviolable porque está íntimamente ligado a otros derechos fundamentales como la vida, la salud y la alimentación. Por ello, si se violenta, como consecuencia existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la salud, a la alimentación y a la vida, que es el fundamento. Es efectivo porque es imperativo que se observe, se garantice y se proteja.

El derecho a un ambiente sano se garantiza en la Constitución Política de la República de Guatemala; lo que motivó que se promulgara la Ley Forestal Decreto 101-96 del Congreso de la República. Este es un pequeño avance porque aún se encuentran agendas pendientes como la emisión y promulgación de la ley de aguas, de la cual se han presentado varias iniciativas de ley que se encuentran engavetadas en el Congreso de la República, y que es tan necesaria y urgente para regular no solo el uso responsable, sino que además el abuso de esta como por ejemplo cuando se apropian de los nacimientos de agua, o cuando desvían ríos para un uso personal particular para beneficio de uno o unos pocos dejando a comunidades completas sin el vital líquido, o cuando las industrias, las hidroeléctricas y la minería contaminan los nacimientos y los ríos al utilizar químicos que vierten dentro las corrientes de agua; así como una ley específica que desarrolle el derecho a la multiculturalidad, usos y costumbres de las comunidades indígenas para la preservación de la naturaleza.

El derecho a la cultura es fundante porque se relaciona al cuidado y uso responsable del recurso agua. Como lo indican autoridades principales de las poblaciones indígenas de las diferentes regiones del país, quienes coinciden que



en la cosmovisión indígena el respeto a la “madre tierra” es fundamental, porque la consideran que es la cuidadora de sus hijos, la que les proporciona los recursos naturales para su subsistencia y el agua significa por consiguiente “vida”. Esa la vinculan como cuando una madre amamanta a sus hijos; de igual manera la “madre tierra” los amamanta por medio del agua, porque de esta surge el vital líquido, por medio de los nacimientos. Es por ello que la preservan como lo han hecho desde el pasado sus ancestros, por medio del cuidado del bosque y no permitiendo la construcción de represas, plantas hidroeléctricas y actividad minera, que pueda contaminar los nacimientos de agua.

No obstante, los cuidados señalados, manifiestan que el suministro de agua ha disminuido por la demanda desmedida de tala de árboles para uso doméstico, ya que en la actualidad la exigencia de consumo doméstico de leña es mayor, debido al crecimiento de la población en las comunidades. Además, antes de que tuvieran agua potable tenían medido el abastecimiento de agua por medio de un número determinado de cántaros o recipientes para cada familia, pero una vez tuvieron servicio de agua potable por medio de tubería, ya no tuvieron control. Otra de las causas es la tala de árboles desmedida e irresponsable de personas que lo realizan por medio de contrabando para comercializar la madera anteponiendo su interés particular sobre el interés de la comunidad.

Lo que es congruente con lo manifestado por Basterrechea (2012) citado dentro del informe ambiental elaborado por el Estado y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales en 2016, en cuanto a la contaminación del agua en la mayoría de las cuencas de Guatemala, que la calidad del agua es muy baja. El volumen de agua contaminada que se descarga a las cuencas proviene en un 40 % de los municipios (uso ordinario), otro 40 % de las actividades agropecuarias, un 13 % de las industrias y el restante 7 % de las agroindustrias (p.281-307).

Esto justifica la disminución de los nacimientos de agua, así como la desaparición de ríos y riachuelos, además de la falta de producción de la tierra, así como el detrimento de la flora y la fauna.

El cuidado y protección de los sistemas atmosférico, lítico y edáfico así como la contaminación auditiva y visual también son aspectos considerados por la normativa guatemalteca para preservar el ambiente.



3.4.1 Sistema atmosférico

El artículo 14 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente de Guatemala, señala que para prevenir la contaminación atmosférica y mantener la calidad del aire, el Gobierno, emitirá los reglamentos correspondientes y dictará las disposiciones que sean necesarias para: promover el empleo de métodos adecuados para reducir las emisiones contaminantes; promover en el ámbito nacional e internacional las acciones necesarias para proteger la calidad de la atmósfera; regular las sustancias contaminantes que provoquen alteraciones inconvenientes de la atmósfera; así como la de regular la existencia de lugares que provoquen emanaciones y la contaminación producida por el consumo de los diferentes energéticos.

También refiere respecto a establecer estaciones o redes de muestreo para detectar y localizar las fuentes de contaminación atmosférica; además de investigar y controlar cualquier otra causa o fuente de contaminación atmosférica.

El informe ambiental elaborado por el Estado de Guatemala y el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (2016) presenta que en Guatemala es posible distinguir diferentes problemas ambientales relacionados con la atmósfera, centrados en ciertos procesos que generan emisiones que afectan tanto la calidad de aire local o regional que perjudica directamente la salud de las personas, como la concentración de gases de efecto invernadero en el ámbito global. Estos problemas se han manifestado en las últimas dos décadas, como consecuencia del crecimiento de la población y el consumo de bienes y servicios sin medidas de mitigación ambiental. La contaminación del aire a escala local tiene como principal efecto la disminución de la salud humana y se advierte que la contribución del país es muy poca si se compara con el resultado del cambio climático global que se manifiesta y que se ha experimentado y que ha provocado un severo impacto del aumento de la inconsistencia y variabilidad del clima.

3.4.2 Sistemas lítico y edáfico

Estos sistemas también se encuentran protegidos mediante el artículo 16 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente de Guatemala, que dispone que estará a cargo del Organismo Ejecutivo el emitir los reglamentos relacionados con los procesos capaces de producir deterioro en los sistemas lítico, que se refiere a las rocas o minerales, y edáfico, en relación con los suelos que provengan de actividades industriales, minerales, petroleras, agropecuarias, pesquera u otras. La descarga de cualquier tipo de sustancias que puedan alterar la calidad física, química o mineralógica del suelo o del subsuelo que sean nocivas a la salud o a la vida humana, la flora, la fauna y a los recursos o bienes.

La adecuada protección y explotación de los recursos minerales y combustibles fósiles, así como la adopción de normas de evaluación del impacto de estas explotaciones sobre el ambiente a efecto de prevenirlas o minimizarlas, la conservación, desertificación y aridificación del paisaje, la pérdida de transformación de energía, todo lo relacionado a que produzca el deterioro cualitativo y cuantitativo de los suelos, y cualquiera otras causas o procesos que puedan provocar deterioro de estos sistemas.

En relación con el tema en el informe ambiental del Estado de Guatemala, el Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (2016) refiere que, como en el resto de sistemas ambientales, las exigencias que conllevan el rápido crecimiento de la población así como el crecimiento económico en Guatemala se han visto acompañadas por un cambio sin precedentes en el uso de la tierra, ya que el aumento de los sectores productores no agrícolas señala una tendencia en el uso del suelo y subsuelo, de una orientación propiamente agrícola hacia una ampliación de la actividad industrial y la extracción petrolera y de metales, las cuales también modifican el uso de la fuerza agrícola flotante.

En relación con el resultado y medición que refiere el informe citado, se perciben las consecuencias sobre la cantidad disponible de tierra agrícola para los cultivos que corresponden al consumo de las familias rurales, los cuales han ido disminuyendo debido al incremento de la población, al dejar tierras ociosas debido



a la migración o el abandono de la agricultura, así como el deterioro de la tierra por no utilizar técnicas agrícolas que tienda a su sostenimiento y preservación.



3.4.3 El sistema biótico

En el artículo 19 de la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, se regula respecto a la conservación y protección del sistema biótico, que señala que es deber del Organismo Ejecutivo de emitir los reglamentos relacionados con los aspectos de protección de las especies o ejemplares animales o vegetales que corran peligro de extinción. También están encargados de la promoción del desarrollo y uso de métodos de conservación y aprovechamiento de la flora y la fauna del país, para que se pueda establecer un sistema de áreas de conservación a fin de salvaguardar el patrimonio genético nacional, protegiendo y conservando los fenómenos geomorfológicos especiales, el paisaje, la flora y la fauna, regular el comercio ilícito de especies consideradas en peligro, así como velar por el cumplimiento de tratados y convenios internacionales relativos a la conservación del patrimonio natural.

El Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales (2016) refiere que la riqueza en biodiversidad de Guatemala sirve de base a una amplia gama de bienes y servicios ecosistémicos, muchos de los cuales actualmente no son valorados. Por ejemplo, los arrecifes de coral y los manglares que protegen las costas ya que en estos residen una serie de organismos y microorganismos que colaboran con la protección del ambiente, de igual manera, los paisajes terrestres y marinos biológicamente importantes y que proveen abundantes recursos se siguen deteriorando en extensión e integridad, asimismo, sigue existiendo una grave disminución de los humedales de agua dulce, marismas, arrecifes de coral, lechos de algas y arrecifes de mariscos. En consecuencia, en el caso de los bosques, presentan una amplia fragmentación y degradación al igual que ríos y muchos ecosistemas, lo que causa la pérdida de biodiversidad y servicios ecosistémicos.

En el país existe una alta cantidad de presiones generadas por emisiones contaminantes, extracción de recursos no renovables, construcción de infraestructura, actividades productivas realizadas de manera no sostenible y



cambios de uso de la tierra sobre los diferentes ecosistemas terrestres y fluviales del país. Principalmente, el crecimiento de la población y concentración progresiva en centros urbanos que no son congruentes con las medidas a adoptar para la conservación del ambiente en cuanto al uso responsable de los recursos renovables y no renovables, así como las medidas que se deben tomar para garantizar estos recursos a futuro, además, como el cambio en los patrones de producción y consumo sin consideraciones ambientales. Lo que, sumado a las actividades de contaminación de todos los habitantes de la tierra, da como resultado el daño ambiental del efecto invernadero y como consecuencia el cambio climático que afecta al mundo entero.

3.5 Derecho al respeto de la identidad de género y sexual

Para una mejor comprensión del tema y describir el respeto a la identidad de género y sexual como un derecho del grupo de personas que se denomina por las siglas LGBTI, que se refiere a Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero e Intersex, se citan algunos conceptos y definiciones que proporciona la Cartilla de Naciones Unidas “Libres e Iguales” Ficha de datos de Derechos de las personas, LGBTI: Algunas preguntas frecuentes, que señala:

a) Sexo: en un sentido estricto, el termino sexo se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, a sus características fisiológicas, a la suma de las características biológicas que define el espectro de las personas como mujeres y hombres o a la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer. En ese sentido, puesto que este término únicamente establece subdivisiones entre hombres y mujeres, no reconoce la existencia de otras categorías que no encajan dentro del binario mujer/hombre.

b) Sexo asignado al nacer: esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre

los genitales. La mayoría de las personas son fácilmente clasificadas como algunas personas no encajan en el binario mujer/hombre.



c) Sistema binario del género/sexo: modelo social y cultural dominante en la cultura occidental que “considera que el género y el sexo abarcan dos, y solo dos, categorías rígidas, a saber, masculino/hombre y femenino/mujer. Tal sistema o modelo excluye a aquellos que no se enmarcan dentro de las dos categorías (como las personas trans o intersex).

d) Intersexualidad: todas aquellas situaciones en las que la anatomía sexual de la persona no se ajusta físicamente a los estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino. Una persona intersexual nace con una anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos que no se ajustan a la definición típica del hombre o de la mujer. Esto puede ser aparente al nacer o llegar a serlo con los años. Una persona intersexual puede identificarse como hombre o como mujer o como ninguna de las dos cosas. La condición de intersexual no tiene que ver con la orientación sexual o la identidad de género: las personas intersexuales experimentan la misma gama de orientaciones sexuales e identidades de género que las personas que no lo son.

e) Género: se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

f) Identidad de género: la identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas

personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o como ambos.



g) Expresión de género: se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos y/o manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género auto-percibida.

h) Transgénero o persona trans: cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquella que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas *trans* construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas.

El término *trans* es un término *sombrilla* utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona transgénero o *trans* puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer *trans* y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.

i) Persona transexual: las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

j) Persona travesti: en términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquellas que manifiestan una expresión de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y



actitudes del género opuesto que social y culturalmente son asociadas al sexo asignado al nacer. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

k) Persona cisgénero: cuando la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer.

l) Orientación sexual: se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.

m) Homosexualidad: se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género, así como a las relaciones íntimas y sexuales con estas personas. Los términos gay y lesbiana se encuentran relacionados con esta acepción.

n) Persona heterosexual: mujeres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídas por hombres; u hombres que se sienten emocional, afectiva y sexualmente atraídos por mujeres.

o) Lesbiana: es una mujer que es atraída emocional, afectiva y sexualmente de manera perdurable por otras mujeres.

p) Gay: se utiliza a menudo para describir a un hombre que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraído por otros hombres, aunque el término se puede utilizar para describir tanto a hombres gays como a mujeres lesbianas.

q) Homofobia y transfobia: la homofobia es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas, gay o bisexual; la transfobia denota un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas trans. Dado que el término “homofobia” es ampliamente conocido, a veces se emplea de manera



global para referirse al temor, el odio y la aversión hacia las personas en general.

r) Lesbofobia: es un temor, un odio o una aversión irracional hacia las personas lesbianas.

s) Bisexual: persona que se siente emocional, afectiva y sexualmente atraída por personas del mismo sexo o de un sexo distinto. El término bisexual tiende a ser interpretado y aplicado de manera inconsistente, a menudo con un entendimiento muy estrecho. La bisexualidad no tiene por qué implicar atracción a ambos sexos al mismo tiempo, ni tampoco debe implicar la atracción por igual o el mismo número de relaciones con ambos sexos. La bisexualidad es una identidad única, que requiere ser analizada por derecho propio.

t) Cisnormatividad: idea o expectativa de acuerdo a la cual todas las personas son cisgénero, y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres.

u) Heteronormatividad: sesgo cultural a favor de las relaciones heterosexuales, las cuales son consideradas normales, naturales e ideales y son preferidas por sobre relaciones del mismo sexo o del mismo género.

Ese concepto apela a reglas jurídicas, religiosas, sociales y culturales que obligan a las personas a actuar conforme a patrones heterosexuales dominantes e imperantes.

v) LGBTI: Lesbiana, Gay, Bisexual, Trans o Transgénero E Intersex. Las siglas LGBTI se utilizan para describir a los diversos grupos de personas que no se ajustan a las nociones convencionales o tradicionales de los roles de género masculinos y femeninos. Sobre esta sigla en particular, la Corte recuerda que la terminología relacionada con estos grupos humanos no es fija y evoluciona rápidamente, y que existen otras diversas formulaciones que incluyen a personas asexuales, queers, travestis, transexuales, entre otras.



Además, en diferentes culturas pueden utilizarse otros términos para describir a las personas del mismo sexo que tienen relaciones sexuales y a las que se auto-identifican o exhiben identidades de género no binarias (como, entre otros, los hijra, meti, lala, skesana, motsoalle, mithli, kuchu, kawein, queer, muxé, fa'afafine, fakaleiti, hamjensgara o dos-espíritus). No obstante lo anterior, si la Corte Interamericana no se pronunciara sobre cuáles siglas, términos y definiciones representan de la forma más justa y precisa a las poblaciones analizadas, únicamente para los efectos de la presente opinión, y como lo ha hecho en casos anteriores, así como ha sido la práctica de la Asamblea General de la OEA, se utilizará esta sigla de forma indistinta sin que ello suponga desconocer otras manifestaciones de expresión de género, identidad de género u orientación sexual.

Para una descripción general sobre la población de diferente orientación sexual, la feminista Martin Casares (2008) en su obra *Antropología del género Culturas, mitos y estereotipos sexuales* refiere:

“Transgénero:

Es un término de reciente aplicación en los estudios de género que se refiere a individuos, comportamientos y grupos que presentan divergencias con los roles de género duales más tradicionales, ya que traspasan las fronteras de identidad genérica comúnmente asignadas” (P.52).

En cuanto a la orientación sexual señala que:

La orientación sexual dualmente construida (homo o hetero) crea una imagen de continuidad y estabilidad, mientras que la bisexualidad se asocia con promiscuidad y vicio. De ahí el neologismo pansexual u omnisexual, que pretende romper con la dualidad implícita en los términos homo-hetero y bisexual, con objeto de presentar una orientación sexual no determinista. No obstante, hasta que no se produzca un cambio profundo en las mentalidades colectivas que permita la aceptación de otras formas de construcción de la identidad y de las relaciones de género, es importante apoyar a los colectivos de personas que se

definen como transexuales, gays, lesbianas y bisexuales, así como esta terminología. Justamente el miedo a los cambios y a la desestabilización del sistema de representaciones de género está en el origen de la discriminación de las dificultades para crear neologismos que den cuenta de las nuevas realidades (p.52).



La cartilla de Naciones Unidas proporciona una descripción, conceptualización y definición amplia respecto a la identidad de género y sexual, de tal manera que rompe con los estereotipos respecto a la diversidad de una parte de la población que por mucho tiempo fue considerada sin importancia, inexistente, por lo que el referirse a ella no era un tema de conversación, se invisibilizaba. Además, amplía cada una de las manifestaciones según la identidad de género y sexual de cada una de las personas o de las que de acuerdo a dicha identidad se manifiestan.

Esto se complementa con la explicación de la autora Casares, desde un punto de vista sociológico respecto a la visibilidad al considerar a esta parte de la población como sujetos de derechos que, en consecuencia, se manifiesta en romper con los mitos, prejuicios y desvanecer con las mentalidades tradicionales de la sociedad respecto a la identidad personal de esta parte de la población.

Para abordar el tema sobre la orientación sexual de otro ser humano es importante conocer el significado de las palabras claves de estas identidades.

Por ello, el ABC de la comunidad LGBTIQ señala que la orientación sexual se refiere a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, de sí mismo, o de ambos, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. No se puede determinar la orientación sexual de una persona con solo mirarla u oírla hablar, tal como se ha concebido como un prejuicio hacia esta parte de la población.



Según se explica en el portal de Planned Parenthood, el cual brinda asesoría sobre temas de sexualidad enfocado en ayudar a los padres, que no sabe con exactitud qué hace que una persona sea heterosexual, gay, lesbiana o bisexual, pero las investigaciones demuestran que la orientación sexual está basada en factores biológicos que existen antes del nacimiento. Lo que sí se tiene certeza es que la orientación sexual se manifiesta antes de la pubertad. No obstante, es probable que la orientación sexual comience a desarrollarse antes del nacimiento, es muy probable que cambie con el paso del tiempo para algunas personas. Lo que está claro es que la orientación sexual no es algo que las personas puedan decidir por sí mismas o por los demás, o que por medio de terapias psicológicas o medicamentos puedan cambiar dicha orientación sexual.

Es incuestionable que nuestro mundo es diverso, por lo que no es posible dejar de analizar que una parte de la población tiene diferentes formas de identidad así como de orientación sexual, lo que conduce a que debe garantizarse sus derechos en un plano de igualdad material, por lo que debe crearse y desarrollarse políticas públicas sustentables con el objeto de garantizar los derechos fundamentales a toda la población en igualdad de condiciones sin distinción. Ello con el objeto que el Estado cumpla con la obligación de proteger y garantizar dichos derechos fundamentales, rompiendo todos los paradigmas y mitos creados en torno y en relación con la identidad sexual de cada persona.

Entre las características de este derecho se puede establecer que es inalienable porque dicho derecho es personalísimo, no es transferible, es inviolable porque está íntimamente ligado a otro derecho fundamental, el de identidad, a la no discriminación por lo que, si se violenta, como consecuencia existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la identidad, a vivir una vida plena, a la seguridad y al desarrollo integral incluso al de la salud. Es efectivo porque es imperativo que se observe y se proteja.



La Convención Americana reconoce el derecho a la identidad y este comprende, a su vez, otros derechos de acuerdo con las personas y las circunstancias de cada caso, aunque se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad humana, con el derecho a la vida y con el principio de autonomía de la persona. En consecuencia, se desprende que el derecho a la identidad comprende el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada.

Se advierte que en nuestro sistema jurídico no se encuentra específicamente protegida esta parte de la población porque no consideran que son habitantes importantes o porque se niegan aceptar a personas de la diversidad sexual.

El debate, de nuevo, se basa en los diferentes temas jurídicos, sociales y éticos a analizar respecto a que, si se regula o no contraer matrimonio, adquirir derechos y obligaciones, derecho a adoptar, sobre la criminalización de las relaciones sexuales consensuadas entre personas mayores de edad del mismo sexo, o el uso de prendas tradicionalmente asociadas al otro género, este último que tiene un impacto negativo en las personas trans.

3.6 Derecho a asegurar unos ingresos mínimos

Los habitantes tienen derecho a la alimentación y a su subsistencia digna, lo que se garantiza por medio de ingresos mínimos tal como lo señala Álvarez de la Rosa (1999) catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Laguna en el artículo: “Las bases constitucionales del derecho del trabajo” (Anales de la Facultad de Derecho):

“La igualdad es el principio jurídico a través del cual se expresa de modo primordial la cláusula de Estado social de derecho. Un Estado que está comprometido en el mejoramiento de los niveles de vida de los ciudadanos, de ahí que se impongan deberes a los poderes públicos para conseguirlo” (p.4).

Por lo que, si bien es cierto, el derecho del trabajo es parte de los derechos fundamentales como lo preceptúa el artículo 102 literal f) de la Constitución Política de la República de Guatemala y que de acuerdo a ello también se



relaciona con el derecho a la alimentación, y el código de trabajo en los artículos 103 al 115, 272 numeral 2), 283 y 284 lo desarrolla con diferente protección y se refiere a los asalariados e incluso la emisión de forma anual sobre salarios mínimos los que por medio del Acuerdo 297-2017 se fijaron dichos salarios mínimos que regirán para el año 2018. No obstante, también no se ha considerado a la parte de la población que no es asalariada y no posee estos recursos de ingresos mínimos, así como los derechos del trabajador migrante por lo que este derecho fundamental no se encuentra garantizado.

En relación con el trabajador migrante, este carece de garantías para poseer fuentes de trabajo, un salario digno que garantice el desarrollo integral. De igual manera se encuentran los connacionales que migran a otros Estados.

Además, se advierte que este derecho fundamental de ingresos mínimos se puede establecer las características de inalienable porque dicho derecho es personalísimo, no es transferible, es inviolable porque está íntimamente ligado a otro derecho fundamental a la vida, a la alimentación, a la salud y al desarrollo integral, por lo que, si se violenta, como consecuencia existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho, porque está ligado a la subsistencia de cada uno de la población. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo, no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la vida, a la salud a la alimentación y al desarrollo integral que es el fundamento. Es efectivo porque es imperativo que se observe y se proteja.

3.7 Derecho al control en la aplicación de las biotecnologías

El sistema jurídico de algunos países como España, Uruguay y Argentina se interesó en regular estas nuevas tecnologías a mediados de los años ochenta cuando surgieron las técnicas biomédicas de reproducción humana y que en esa época promovieron normativas que promulgaron diversas legislaciones. Por medio de esta reconocieron el principio de protección de los derechos fundamentales del ser humano. En ese momento, la doctrina jurídica la

identificaba desde una perspectiva individualista con derechos sociales y económicos individuales que reivindicaron el principio de autodeterminación.



Con dicho pronunciamiento lo que se pretendía era garantizar el interés de los progenitores sobre los derechos del embrión y de su futuro hijo o hija; la reproducción asistida y la crioconservación, así como la regulación de estas técnicas reproductivas de congelación de embriones, donación de gametos, fecundaciones postmortem, consentimiento informado.

Este es un derecho fundamental porque reúne las características de inalienable porque dicho derecho es personalísimo, no es transferible, es inviolable porque está íntimamente ligado a otro derecho fundamental a la vida, por lo que, si se violenta, como consecuencia existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo, no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la vida que es el fundamento. Es efectivo porque es imperativo que se observe y se proteja.

Las ciencias médicas definen lo que es concepción y fecundación de la siguiente manera:

“Fecundación in vitro (FIV)

Es la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio. In vitro significa por fuera del cuerpo. Fecundación significa que el espermatozoide se ha fijado y ha ingresado al óvulo”. (<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>, consultado 5 de noviembre 2017).

Analizamos el momento de la concepción y fecundación que es a partir del momento en que el espermatozoide ingresa al óvulo ya sea de forma natural o propiciada por una técnica biomédica, que interviene en la reproducción asistida.



Es necesario que se realice una ilustración respecto al tema.

“Descripción

Normalmente, un óvulo y un espermatozoide se fecundan dentro del cuerpo de una mujer. Si el óvulo fecundado se fija o adhiere al revestimiento del útero y sigue creciendo, nace un bebé aproximadamente a los nueve meses, un proceso llamado concepción natural o sin ayuda.

La fecundación in vitro (FIV) es una forma de tecnología de reproducción asistida (ART, por sus siglas en inglés), lo cual implica la utilización de técnicas médicas especiales para ayudar a una mujer a quedar embarazada. La fecundación in vitro se intenta muy frecuentemente cuando han fallado otras técnicas de fecundación menos costosas (...).”

Cuando el óvulo fecundado se divide, se convierte en un embrión (...)

“En el proceso de reproducción humana, participan dos tipos de células sexuales, o gametos. El gameto masculino, o espermatozoide, y el gameto femenino, u óvulo... Cuando el esperma fertiliza, o se une a un óvulo, este recibe el nombre de "cigoto". El cigoto atraviesa un proceso en el que se convierte en embrión y se desarrolla hasta ser un feto”.

Estos son términos médicos y científicos que deben conocerse para poder distinguir cada uno de ellos e individualizarlos en cada etapa del desarrollo de la reproducción humana ya sea natural o artificial, con el objeto que, al momento de interpretar la normativa y garantizar los derechos fundamentales de los sujetos pueda razonar, fundamentarse y argumentar de manera real y lógica.

Las técnicas utilizadas en la reproducción artificial como transferencias intratubáricas, micro-inseminación, entre otros, son hoy técnicas regularmente utilizadas por la ciencia para la superación del problema de la imposibilidad de tener hijos. Para ofrecer una alternativa a ese obstáculo humano la ciencia ha provisto una serie de soluciones en técnicas a la infertilidad lo que se resuelve con el acceso de una técnica biomédica.



Las nuevas técnicas de reproducción humana se han instaurado en la práctica como una solución de esa evolución de las relaciones de la sociedad y que responden con la tecnología a las situaciones de conflicto en la realidad social. Así, se pone de manifiesto la superioridad del ser humano ante la naturaleza que la supera a efecto de proporcionar una solución a este desarrollo de la colectividad por medio de la tecnología, lo cual conlleva paralelamente la responsabilidad de cuidar de ella y utilizarla de manera moderada y responsable.

Tal como lo afirma la doctrina científica y la sociedad, que el fin del siglo XX se ha revolucionado por las telecomunicaciones y la informática, y que el siglo XXI será, inevitablemente, el siglo de la genética y la biotecnología, lo cual no está alejado de la realidad porque estamos en constante evolución a través de las diferentes nuevas tecnologías que han sido una solución con los diversos medios de comunicación y solución de dificultades que se presentan en la vida social, económica y práctica del ser humano. Es así como la genética y la biotécnica se están desarrollando para afrontar los problemas biológicos que se presentan.

La preocupación radica en el doble uso o abuso que puede hacerse de estas técnicas, especialmente si se las combina con prácticas eugenésicas como lo son la clonación, selección genética, lo cual debe regularse y utilizarse de manera responsable, porque ello conlleva que se genere un conflicto de intereses entre el derecho de respetarse la libertad fundamental de investigación científica –que al ser mal empleada en una práctica científica inadecuada y sin cualquier control ético o jurídico que podría poner en peligro la dignidad humana, derecho fundamental del individuo, así como los derechos de acceso a la biotécnica, a que no se divulgue la identidad de los sujetos interesados y el derecho al olvido de los procedimientos realizados a las personas involucradas– de igual manera, atender las consecuencias médicas, jurídicas, ético-morales o psicológicas que tienen trasfondo en estas prácticas.

Esto hace aún más compleja la discusión de estos derechos para codificarlos o sistematizarlos no solo en tratados internacionales, sino que, además, en cada sistema jurídico interno de los Estados.



En Guatemala, es incipiente esta discusión, no obstante, se ha incorporado a la legislación ordinaria preceptos normativos que regulan de manera parcial la biotécnica, específicamente sobre la reproducción asistida que se realiza contra de la voluntad de la víctima; y no se regula los procedimientos de la biotécnica sobre la fertilidad e infertilidad, la reproducción asistida, etcétera.

3.7.1 La regulación respecto al tema de Biotecnologías

*El artículo 94, de la Constitución Política de la República de Guatemala, establece que: **Obligación del Estado sobre salud y asistencia social.** El Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará, a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.*

Este precepto se extiende a la garantía del derecho fundamental de la salud, así como a la atención social de la población de forma general. Con ello se está frente a la garantía formal de los derechos, pero no material toda vez que de manera general y no específica lo manifiesta. Ello en relación con la salud preventiva, de tratamiento médico y clínico, pero no así lo que refiere a los procedimientos de la biotécnica de las situaciones específicas, que se presentan en el ser humano, como, por ejemplo, la fertilidad e infertilidad, la reproducción asistida, el tratamiento de enfermedades o preventivas mediante técnicas biológicas como las células madre, etcétera.

El Código Penal guatemalteco en el Título IV de los Delitos contra la Libertad y la Seguridad de la Persona en el Capítulo VII "De los delitos de inseminación" (Capítulo adicionado por el artículo 2 del Decreto 33-96 del Congreso de la República) preceptúan:

Inseminación forzosa

Artículo 225 "A". (Adicionado por el artículo 3 del Decreto 33-96 del Congreso de la República). *Será sancionado con prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial hasta diez años el que, sin consentimiento de la mujer*



procurare su embarazo utilizando técnicas médicas o químicas de inseminación artificial.

Si resultare el embarazo; se aplicará prisión de dos a seis años e inhabilitación especial hasta quince años.

Si la mujer sufiere lesiones gravísimas o la muerte, se aplicará prisión de tres a diez años e inhabilitación especial de diez a veinte años.

Inseminación fraudulenta

Artículo 225 "B". (Adicionado por el artículo 4 del Decreto 33-96 del Congreso de la República). *Se impondrá prisión de uno a tres años e inhabilitación especial hasta diez años al que alterare fraudulentamente las condiciones pactadas para realizar una inseminación artificial o lograre el consentimiento mediante engaño o promesas falsas.*

Experimentación

Artículo 225 "C". (Adicionado por el artículo 2 del Decreto 33-96 del Congreso de la República). *Se impondrá de uno a tres años de prisión e inhabilitación especial hasta diez años al que, aún con el consentimiento de la mujer, realizare en ella experimentos destinados a provocar su embarazo.*

No se consideran experimentos los diversos intentos para procurar el embarazo, que se realicen conforme a una técnica ya experimentada y aprobada.

Los artículos citados preceptúan sobre la inseminación forzada, la fraudulenta y la experimentación con una técnica no aprobada, es decir, con la finalidad de evitar las prácticas de inseminación artificial fraudulentas o que pongan en riesgo la vida y la salud de la mujer. Ello es en contra de la persona y del profesional especialista de la ciencia de las técnicas biomédicas de reproducción humana, es una exhortación a que no se cometan estas prácticas de manera engañosa, que es pertinente.

No obstante, la normativa señalada debe ir más allá. Se debe regular respecto a garantizar el derecho de la reproducción asistida, optar a una inseminación



artificial o a cualesquiera de las prácticas biotécnicas de fertilización, así como el alquiler de vientre, congelar embriones, la disposición de estos embriones, etcétera, velando por los derechos de los progenitores, del futuro hijo o hijos, o de la sujeta que decida llevar en su cuerpo un embrión que no le pertenece, o también como finalidad terapéutica o solución preventiva sobre los derechos de una inseminación con protección a los sujetos que intervienen o se crean para generar dichos derechos.

3.7.2 Legislación comparada sobre los derechos fetales

La legislación internacional está analizando cómo legislar estas técnicas biomédicas de reproducción humana, y se plantea que debe observarse desde los diferentes temas jurídicos sociales y éticos lo cual genera una discusión y análisis respecto a qué y cómo se debe legislar.

Esta discusión se basa sobre la garantía de la vida humana y de acuerdo al momento en que cada Estado considere que este es una persona y por consiguiente un sujeto de derechos, con el objeto de garantizar dicho derecho a la vida. En esta disputa este derecho varía de acuerdo a cuál es el momento de garantizar dicho valor y de acuerdo a la normativa del Estado, en cuanto a que es, a partir del momento que es un cigoto, un pre embrión, un embrión, o al momento de implantarlo, o si es a partir del momento de la concepción o fertilización, etcétera.

Entre estos procesos normativos sobre la procreación asistida se encuentra como pionera España, quien inició a legislar en el año 2010 mediante la Ley española nº 35/ 88 sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988. Esta ley establece y prevé que se debe garantizar la vida en el momento en el que se implanta el cigoto en el útero; en tanto que la Ley uruguaya señala que es en el momento que el “pre embrión” pasa a ser embrión cuando aparece la cresta neural o inicio del sistema nervioso central, mientras y en tanto en las Constituciones de Chile artículo 19.1, Ecuador artículo 25.3, Perú artículo 2.1 y Venezuela artículos 58 y 74 garantizan el derecho a la vida a todas las personas, entendiéndose esta protección también aplicable a la vida que está por nacer y

desde el momento de su concepción, al igual que la Constitución República de Guatemala en el artículo 3.



La oposición sobre los derechos denominados fetales se circunscribe en lo que señala Gallagher (1987): “Ningún interés estatal descrito por los defensores de los derechos del feto tiene fuerza suficiente para anular los derechos fundamentales de la mujer de la privacidad, la integridad corporal y la autodeterminación (...) Hasta que el niño salga del cuerpo de la mujer, nuestra relación con ella debe ser mediada por ella” (9, 37, 97).

Con relación al debate señalado, diferentes instituciones religiosas, pro derechos humanos, entre otras, se han manifestado al respecto tomando como base de discusión y afirmando respecto a la dignidad humana del embrión desde el momento de la fecundación. Afirman que el respeto sobre su patrimonio cromosómico y genético es fundamental, entre otras, la Instrucción Donum Vitae II, J. P. 1995. Carta encíclica *Evangelium Vitae* de 25 de marzo de 1995. *Acta Apostolicae* pp. 87: 401-522. Roma, Italia: Sedis. O la Carta encíclica “*Evangelium vitae*” II, J. P. 1995. Carta encíclica *Evangelium Vitae* de 25 de marzo de 1995. *Acta Apostolicae* pp. 87: 401-522. Roma, Italia: Sedis. Quien toma una posición y señala que la ley civil ha de estar, por tanto, en conformidad con la razón y la ley natural, pues de otro modo estaría privada totalmente de auténtica validez jurídica, siendo posible en estos casos el ejercicio de la objeción de conciencia.

Esta respuesta muestra que es necesario regular las técnicas y desarrollo de las practicas biomédicas para no entrar en conflicto con el mal manejo de embriones congelados, que en determinado momento, cuando ya no sea posible que se puedan implantar en la mujer generadora del embrión, como consecuencia lo desecharían. La autora de este trabajo considera que es inaceptable porque violenta la dignidad del embrión porque es una vida humana la que se está gestando.

Además, surge el conflicto sobre la disposición de embriones sobre qué hacer con los embriones que no se utilicen. No es posible que se disponga y que se señale una acción de adopción de embriones porque es inadmisibles de manera

ética y jurídica, únicamente se encuentran en esta situación de gametos (espermatozoide o un óvulo, que no son embriones que no se encuentran en ese proceso de gestación).



En tanto que en Guatemala se garantiza el derecho a la vida desde el momento de la concepción de conformidad con el artículo 3 de la Constitución Política de La República de Guatemala que preceptúa:

“Artículo 3º.- Derecho a la vida. El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

Que de acuerdo a la interpretación de la Corte de Constitucionalidad señala que:

El derecho a la vida está contemplado en el texto supremo (artículo 3) como una obligación fundamental del Estado, pues el propio preámbulo de la Constitución afirma la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social, y de allí que en la ley matriz también se regule que el Estado de Guatemala debe organizarse para proteger a la persona humana (artículo 1) y que por ello, debe garantizar a los habitantes de la República (entre otros aspectos) la vida y su desarrollo integral (artículo 2) por lo que este derecho constituye un fin supremo y como tal merece su protección”.

Gaceta No. 64, expediente No. 949-02, sentencia: 06-06-02.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) fue suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, se fundamenta en la Consideración de los nuevos derechos Humanos. Este tratado internacional establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y, en general, a partir del momento de la concepción de conformidad con el artículo 4 que en la parte conducente señala:

“Artículo 4. Derecho a la vida

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción, no puede ser privado de la vida arbitrariamente”.*

De acuerdo a la doctrina y a la legislación relacionada, el debate radica ante la circunstancia que si un embrión in vitro es un sujeto de derechos o no, si se le puede garantizar dicho derecho, lo que de acuerdo al espíritu axiológico de la Constitución Política de la República de Guatemala es perfectamente viable, en una interpretación extensiva y amplia sobre el derecho fundamental a la vida, porque existe una fecundación, no importa si fue a través de un tubo de laboratorio en forma experimental o dentro del útero de la madre.

Si la fecundación se dio, artificial o no, debe garantizarse la vida, debido a que se procura desde dicho acontecimiento, aunado a ello, de acuerdo a los compromisos adoptados por el Estado de Guatemala en la Convención Americana sobre Derechos Humanos del cual es parte. Este tema queda fuera de toda discusión respecto al debate que ocupa a otros Estados los que consideran la viabilidad o no, o respecto al tiempo en que se supone que es persona o sujeto de derechos dependiendo a las diferentes etapas en que se desarrolla el cigoto, el embrión, o el pre embrión.

En atención a los principios de responsabilidad y de precaución, a los valores de los derechos humanos, debe observarse que las técnicas biomédicas de reproducción están dirigidas hacia la creación de vida y a la defensa de la dignidad de la persona, de tal manera que debe existir un ordenamiento que, jurídicamente, por medio de leyes específicas regulen la reproducción artificial, el proceso. Y, consecuentemente, se ha de puntualizar respecto al manejo, producción y disposición del embrión humano.





3.7.3 El derecho y control a las células madre

Definición de células madre:

Célula madre: célula capaz de diferenciarse hacia diferentes tipos celulares. Se caracteriza por tres aspectos fundamentales: “Autorregeneración, diferenciación y colonización de otros tejidos. Pueden ser totipotentes, pluripotentes o multipotentes, dependiendo de su capacidad de diferenciación hacia tejidos de origen diferentes”.

El Código de Salud guatemalteco, Decreto No. 90-97, preceptúa en sus artículos;

Artículo 204. Regulación. La disposición de órganos y tejidos, está regulada en la ley respectiva:

“Artículo 205. Sanciones

La falta de observancia de las disposiciones contempladas en la presente ley, será sancionada a lo que se estipula en el libro de sanciones respectivo.

Artículo 225. Infracciones contra la prevención o protección de la salud

Comete infracción contra la prevención o protección de la salud, quien contravenga las disposiciones preceptivas o prohibitivas establecidas en este Código, sus reglamentos, demás leyes que prevengan o protejan la salud, normas y disposiciones aplicables. Quien cometa alguna de estas infracciones será sancionado con la multa correspondiente de conformidad a los valores indicados en el artículo 219 literal b) del presente Código”.

En el Decreto No. 91-96, Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, en los artículos que se transcriben señala:

“Artículo I. Del Ministerio de Salud

Corresponde al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social la aplicación de la presente ley y su reglamento, así como la programación, coordinación, supervisión y evaluación de las actividades reguladas en la misma.



Artículo 2. De la disposición de órganos y tejidos

Para los efectos de la presente ley, se entiende por "disposición de órganos y tejidos humanos", en la cesión, extracción, conservación, suministro y utilización de órganos y tejidos de seres humanos o de cadáveres, para ser utilizados con fines terapéuticos.

Artículo 4. Trasplante

Se entiende por trasplante, el acto quirúrgico mediante el cual se traslada un órgano sano a una persona que se encuentra sufriendo de una deficiencia orgánica.

Artículo 5. Donación

Se entiende por donación de órganos o tejidos, la cesión hecha por la persona en forma voluntaria expresa y escrita. Esta donación puede ser para que en vida se disponga de un órgano o tejido. O para que en caso de muerte se tomen de su cadáver para su utilización.

En este último caso, cuando la donación fue efectuada por el individuo en el pleno uso de sus facultades, no podrá ser revocada por los parientes del donador. Se entiende por parientes los comprendidos entre el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad".

Al analizar las normas del Código de Salud de Guatemala, Decreto No. 90-97, y de la Ley para la disposición de órganos y tejidos humanos, Decreto No. 91-9 se advierte que no se norma respecto al uso y manipulación de las células madre por parte de los sujetos involucrados, así como de laboratorios o bancos que se encuentran en Guatemala, y en el Código Penal no existe la tipificación de delitos respecto a las consecuencias que produzcan por el mal manejo o el uso irresponsable de estas, lo que no garantiza de forma total el derecho a la salud y a la vida, el cual es en detrimento a la población a que tenga calidad de vida.

La importancia de regular respecto a los procedimientos y manipulación de las células madre, así como los delitos sobre la manipulación genética de forma



específica, entre ellos a la producción, extracción, manipulación y tratamiento con células madre es para penalizar como un disuasivo y garantizar el derecho a la salud y, consecuentemente, a la vida de las personas como una exhortación al manejo responsable de estas.

A través de esta garantía se está observando y protegiendo el derecho fundamental al manejo y control de las células madres, que además reúne las características de derecho fundamental de acuerdo a la doctrina, porque se puede establecer que es inalienable en tanto dicho derecho está dirigido para toda la población en general, no es transferible, es inviolable porque está íntimamente ligado a otro derecho fundamental a la vida a la salud, por lo que, si se violenta, como consecuencia, existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo, no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la salud a la vida que es el fundamento. Es efectivo porque es imperativo que se observen y se protejan.

3.8 Las nuevas tecnologías

Tal como lo indica Bustamante Donas (2007) en el artículo “Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico e informática comunitaria.”

La globalización económica, así como la ideológica y simbólica, la transición de la sociedad de información a la sociedad del conocimiento, la globalización neoliberal a través de la extensión universal de las redes telemáticas al mundo de los negocios, así como los fenómenos de multiculturalismo provocado por los flujos migratorios, son claros síntomas de que algo sustancial está cambiando. Si la información es poder, las tecnologías telemáticas, de las que Internet es paradigma actual, pueden ser una poderosísima infraestructura de liberación para el hombre (p.13-27).

En la actualidad, estamos experimentando unos cambios tecnológicos tan apresurados que muchas de las condiciones jurídicas que se han utilizado ya no son suficientes o son obsoletas al momento de resolver los conflictos generados

por las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información. Este derecho a las nuevas tecnologías reúne las características de un derecho fundamental de acuerdo a la doctrina porque se puede establecer que es inalienable en tanto dicho derecho está dirigido para toda la población en general, no es transferible, es inviolable porque está íntimamente ligado a otro derecho fundamental a la propiedad, al desarrollo integral, al acceso a la información, al olvido, al anonimato, al derecho de igualdad, por lo que si se violenta, como consecuencia existe una sanción; es irrenunciable porque no se puede transar o anular por otro derecho. Es imprescriptible porque persiste en el transcurso del tiempo, no tiene caducidad. Es integral porque conlleva al derecho a la propiedad y al desarrollo integral, que son el fundamento. Es efectivo porque es imperativo que se observen y se protejan.

Entre esta tecnología nos encontramos con el uso del internet que tiene como antecedente la correspondencia por correo, la cablegráfica, el teléfono lo cual fue evolucionando hasta poseer señal de Internet óptico.

La Fuerza de Tareas de Ingeniería de Internet (IETF, por sus siglas en inglés) realiza un esquema para el proceso de creación de normas y tiene principios operativos básicos que definen su simple misión, que es “hacer que Internet funcione mejor” con “una comunidad global abierta de diseñadores, operadores, comerciantes e investigadores de la red que produzca especificaciones técnicas para la evolución de la arquitectura de Internet y su funcionamiento adecuado”.

La IETF tiene también principios claros sobre la manera en la que cumple con su misión, incluyendo: proceso abierto, competencia técnica, núcleo voluntario, consenso generalizado y código continuo, además de propiedad clara de protocolo. Estos principios son tan importantes para la comunidad de IETF como las propias normas que desarrollan. Puede llevar muchos años desarrollar las normas de hecho, es posible que, formalmente, nunca queden terminadas. Pero el principio del trabajo en colaboración, abierto y transparente con miras a un bien





mayor (el objetivo de mejorar Internet), es un aspecto que define a Internet. Al igual que, al parecer, el principio del consenso general.

Para Joy Liddicoat and Avri Doria (2010): “Los usuarios y usuarias de Internet, así como los proveedores de equipos, programas y servicios que los apoyan deberían anticipar y abrazar esta evolución como doctrina principal de la filosofía de Internet” (p.3).

“The Tao of the IETF: A Novice’s Guide to the Internet Engineering Task Force” (“El Tao del IETF: Una guía de novatos para el equipo de trabajo de ingeniería de Internet”) que destaca la naturaleza participativa de la creación de normas técnicas.

El Internet tiene las siguientes características:

- Universal
- Facilidad de uso
- Económico
- Utilidad
- Libertad
- Anonimato
- Difícil regulación.

Al poseer las características anteriormente señaladas y enumeradas, por ser una tecnología tan accesible, trastoca los siguientes derechos:

3.8.1 Derecho de acceso

Es el primero de los derechos vinculados a las nuevas tecnologías, ya que, si no hay posibilidad de acceso a Internet, este derecho básico no tiene fundamento.

Tal como describe la Comisión Especial sobre Redes Informáticas, creada por el Senado español, en 1998, que señaló: “Las personas tienen el derecho

fundamental de acceder libremente a la Red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas, edad o lugar de residencia” (p.46, 48).

Advirtió que, “es una responsabilidad de los legisladores y del Gobierno y de los de las Comunidades Autónomas garantizar la igualdad de oportunidades a los ciudadanos y a los territorios del Estado”. Por lo que “la cesión de la configuración de redes únicamente al operador y al mercado inspirados en razones de carácter mercantil impide que se cumpla el principio de universalidad y de servicio público” (p.46, 48).

Puntualizó que “todos los individuos y grupos sociales tienen derecho a disponer de instrumentos para su desarrollo y es aplicable el principio de subsidiaridad, cuando no pueden acceder a tales instrumentos por motivos ajenos a su voluntad de desarrollo humano como la distancia, la diferencia de renta, discapacidades físicas, densidad de población, predominio del sector agrícola, o los modos de vida rural, entre otros” (p.46, 48).

Por ello, “no es posible dejar a los agentes del mercado las decisiones sobre el tendido y extensión de las redes cuya planificación y ordenamiento deben corresponder a la Administraciones Públicas (p.46, 48)”.

Es necesario que se garantice este derecho por medio de condiciones que haga viable la señal de Internet en todas las regiones del país que solo será a través de condiciones básicas como la extensión de líneas de energía eléctrica, el acceso a dispositivos electrónicos, a la educación, al idioma, a fuentes de trabajo, etcétera.

3.8.2 Derecho al anonimato

Este derecho de anonimato en la navegación por Internet se relaciona con la protección a la libertad de la persona. Entre otros, las compras o las transacciones económicas a través de la red, así como la participación política, la disposición de la opinión pública, también se puede exigir una protección de la identidad personal, la cual es ser una persona determinada y no otra, explícita por un conjunto de rasgos o características que la diferencian de otras.



3.8.3 Derecho al olvido

Este derecho se ejerce para proteger la libertad de los usuarios cuando la identidad ya esté registrada y agregada a la red. La esencia de este derecho es el derecho que todo individuo, en determinado momento, puede exigir que sus datos personales no circulen por la red sin su aprobación, lo cual es una decisión personalísima para cada interesado, por lo que es imperativo que se garantice dicho derecho. Este es uno de los fundamentos en que se basa la iniciativa de la Ley de Protección de Datos que se encuentra pendiente de aprobarse en el Congreso de la República de Guatemala.

En la legislación guatemalteca en el Código Penal encontramos regulado la prohibición de publicar en cualquier medio de comunicación lo regulado en los siguientes artículos:

TÍTULO III

De los delitos contra la libertad e indemnidad sexual de las personas (La denominación de este Título fue reformada por artículo 26 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República).

Capítulo V

De los delitos contra la indemnidad sexual de las personas (reformado el nombre de este capítulo por artículo 31 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República).

Ingreso a espectáculos y distribución de material pornográfico a personas menores de edad.

Artículo 189. (Reformado por artículo 33 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República). Será sancionado con prisión de tres a cinco años, quien:

a...b...c. De cualquier forma, distribuya a personas menores de edad material pornográfico.





d. De cualquier forma permita adquirir material pornográfico a personas **menores** de edad.

Violación a la intimidad sexual

Artículo 190. (Reformado por artículo 34 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República). Quien, por cualquier medio sin el consentimiento de la persona, atentare contra su intimidad sexual y se apodere o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos, imágenes en general o imágenes de su cuerpo, para afectar su dignidad será sancionado con prisión de uno a tres años.

Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, acceda, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, comunicaciones efectuadas por cualquier medio físico o electrónico o datos reservados con contenido sexual de carácter personal, familiar o de otro, que se encuentren registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado, en perjuicio de la persona titular de los datos o de una tercera persona.

Se impondrá prisión de dos a cuatro años a quien difunda, revele o ceda, a cualquier título, a terceros, los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refiere este artículo.

Producción de pornografía de personas menores de edad

Artículo 193 Ter. (Adicionado por artículo 19 del Decreto 4-2010 del Congreso de la República). Quien de cualquier forma y a través de cualquier medio produzca, fabrique o elabore material pornográfico que contenga imagen o voz real o simulada de una o varias personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.



Producción de pornografía de personas menores de edad

Artículo 194. (Reformado por artículo 1 del Decreto 14-2005, por artículo 40 del Decreto 9-2009, ambos del Congreso de la República y Derogado por artículo 69 del mismo Decreto [9-2009]). Quien de cualquier forma y a través de cualquier medio, produzca, fabrique o elabore material pornográfico que contenga imagen o voz real o simulada, de una o varias personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva, en acciones pornográficas o eróticas, será sancionado con prisión de seis a diez años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.

Comercialización o difusión de pornografía de personas menores de edad

Artículo 195 BIS. (Adicionado por artículo 41 del Decreto 9-2009 del Congreso de la República). Quien publique, reproduzca, importe, exporte, distribuya, transporte, exhiba, elabore propaganda, difunda o comercie de cualquier forma y a través de cualquier medio, material pornográfico de personas menores de edad o con incapacidad volitiva o cognitiva en donde se utilice su imagen o voz real o simulada, será sancionado con prisión de seis a ocho años y multa de cincuenta mil a quinientos mil quetzales.

TÍTULO IV

De los delitos contra la libertad y la seguridad de la persona.

CAPÍTULO V

De la violación y revelación de secretos.

Violación de correspondencia y papeles privados

“Artículo 217.- Quien, de propósito o para descubrir los secretos de otro, abriere correspondencia, pliego cerrado o despachos telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le estén dirigidos o quien, sin abrirlos, se impusiere de su contenido, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.



Sustracción, desvío o supresión de correspondencia

Artículo 218.- Quien, indebidamente, se apoderare de correspondencia o despachos, a que se refiere el artículo anterior o de otro papel privado no estén cerrados o quien los suprimiere o desviare de su destino, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

Intercepción o reproducción de comunicaciones

Artículo 219.- Quien, valiéndose de medios fraudulentos interceptare, copiare o grabare comunicaciones televisadas, radiales, telegráficas, telefónicas u otras semejantes o de igual naturaleza, o las impida o interrumpa, será sancionado con multa de cien a un mil quetzales.

Excepciones

Artículo 221.- Lo preceptuado en los artículos 217, 218 y 219 de este capítulo, no es aplicable a los padres respecto a sus hijos menores de edad, ni a los tutores o protutores respecto a las personas que tengan bajo su custodia o guarda”.

Esta disposición es de vanguardia por el debate que, si los padres están violentando el derecho de comunicación, información y de intimidad de sus hijos, cuando revisan los aparatos electrónicos de sus hijos, ya que se contraponen al deber de cuidado y protección que tienen los progenitores para garantizar que no sean objeto de los delitos cibernéticos que se encuentran cometiendo en contra de los usuarios de redes sociales.

Publicidad indebida

Artículo 222.- Quien, hallándose legítimamente en posesión de correspondencia, de papeles o de grabaciones, fotografías no destinadas a la publicidad, los hiciere públicos, sin la debida autorización, aunque le hubieren sido dirigidos, cuando el hecho cause o pudiere causar perjuicio, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.

Delito de pánico financiero

Artículo 342.- “B” (Adicionado por artículo 1 del Decreto 64-2008 del Congreso de la República). Comete delito de pánico financiero quien elabore, reproduzca por cualquier medio o sistema de comunicación, información falsa o inexacta que menoscabe la confianza de los clientes, usuarios, depositantes o inversionistas de una institución sujeta a la vigilancia e inspección de la Superintendencia de Bancos. Se entenderá que se menoscaba la confianza de los clientes, usuarios, depositantes o inversionistas de una institución cuando, como consecuencia de los referidos actos, se atente contra su reputación o prestigio financiero o que la misma sea objeto de retiro masivo de depósitos o inversiones, mayores o superiores a su flujo normal u ordinario.

El responsable de la comisión de este delito será sancionado con prisión de uno a tres años y con multa de cinco mil a cincuenta mil quetzales...

Se excluyen del alcance del presente artículo, a los autores de los estudios, análisis y opiniones de carácter científico o académico que, con base a información auténtica y verificable, estén orientados a evaluar o calificar el sistema financiero o sus actores, buscando maximizar su eficiencia y desarrollo.

Esta normativa está promulgada para regular en términos muy generales, aunque no presenta una garantía total en la defensa de los derechos humanos en relación con el derecho al entorno virtual, en protección al acceso a la información, a la dignidad, a la intimidad, a la identidad y a la comunicación de los usuarios y que surge frente a las nuevas tecnologías. Por ello, es imperativo que se proteja al ciudadano en su dignidad y en el uso de cada una de estas nuevas tecnologías y que realizan por medio de actividades en las redes sociales o en el uso de las nuevas tecnologías.



3.8.4 El derecho de las nuevas tecnologías en la prueba electrónica

Se aprecia la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso penal que se deriva, además, la prueba electrónica que sirve de herramienta para perseguir las diferentes trasgresiones a la ley penal. Entre estas se encuentran la prueba biológica, la prueba electrónica, la prueba videográfica, las videoconferencias y la prueba informática. Estas pruebas surgen como consecuencia del auge de la delincuencia informática y de la delincuencia transnacional. Resultan fundamentales en la investigación y enjuiciamiento de numerosos delitos y que exigen en muchos casos la cooperación entre varios países para su obtención, por lo que para el efecto se han emitido instrumentos de cooperación internacional, con especial incidencia en la cooperación iberoamericana y en la actual problemática surgida respecto de la justicia universal.

En relación con Guatemala, debe reformarse la normativa procesal penal en el sentido que, para garantizar el derecho a la privacidad en la investigación, el Ministerio Público debe solicitar autorización ante juez o jueza para ingresar al sistema informático, redes sociales, correo electrónico y en el sistema del aparato telefónico incautado.

Dentro del sistema judicial también es importante garantizar los derechos fundamentales de la víctima y su posición en el proceso cuando se apoye en las nuevas tecnologías.

3.8.5 La delincuencia informática

La prueba electrónica se deriva de los delitos más frecuentes y las nuevas modalidades delictivas: grooming, cyberbullyng, sexting, cyberbaiting, ciberspyware, phishing, pharming, spam, scam, ciberblanqueo, etcétera.

En cuanto a la prueba biológica de extracción de ADN debe observarse el derecho a la intimidad e identidad.

En la prueba electrónica se debe garantizar el derecho al entorno virtual, al derecho de comunicación e información relacionado a la privacidad, a la intimidad, a la dignidad, a la protección de datos.



En relación con las nuevas tecnologías Guatemala firmó el Convenio y la Recomendación Iberoamericana sobre Recolección y Valoración de Pruebas cibernética en el año 2014.



En el Código Penal, en el Capítulo VII de los delitos contra el derecho de autor, la propiedad industrial y delitos informáticos (Reformado por artículo 12 del Decreto 33-96 del Congreso de la República). Del artículo 274 A al 274 H (adicionados por los artículos 14 del Decreto 33-96 y reformado por artículo 12 del Decreto 31-2012, ambos del Congreso de la República).

Se sancionan las acciones sobre destrucción de registros informáticos alteración de programas, reproducción de instrucciones o programas de computación, registros prohibidos, manipulación de información, uso de información, programas destructivos y alteración maliciosa del número de origen. Pero aún falta normar respecto a los delitos de la delincuencia cibernética ya mencionados.

Guatemala ha realizado acciones encaminadas a luchar en contra de la ciberdelincuencia es por ello que ha firmado el Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento y Obtención de Prueba en materia de Ciberdelincuencia, suscrito en Madrid el 28 de mayo de 2014, así como la Recomendación de la COMJIB relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia, hecho en Madrid, el 28 de mayo de 2014. El objetivo es el aporte adicional a los Estados Miembros para que pueda actualizar y modernizar sus legislaciones penales y combatir de forma efectiva la ciberdelincuencia que se refiere a:

1. Acceso no autorizado a sistemas
2. Daños a datos informáticos
3. Inutilización de un sistema informático
4. Abuso de dispositivos
5. Conductas vinculadas a la pornografía infantil



6. Proposiciones a menores con fines sexuales por medios tecnológicos
7. Conductas relativas a la afectación de los derechos de propiedad intelectual
8. Difusión de mensajes xenófobos, racistas o genocidas
9. Suplantación de identidad
10. Estafa informática.

En Guatemala no se ha legislado además sobre el ciberBullying, el cual se manifiesta de la siguiente manera.

Ejemplos:

- Dejar comentarios ofensivos en foros
- Hacer circular rumores
- Enviar mensajes amenazantes por email
- Perseguir a las víctimas

Las características del ciberBullyin:

- Duradero
- Suele existir relación previa
- Ligado o no a acoso en la vida real
- No percepción directa e inmediata del daño
- Anonimato.

Otra figura el child grooming

- Concepto
- Ciber-acoso sexual de un mayor de edad a un menor de edad
- Objetivo



- Abusos sexuales o material pornográfico
- Phishing
- Concepto
- Suplantación de identidad y adquisición de información confidencial por medios tecnológicos.

Estos ciberdelitos enumerados no se encuentran tipificados, pero se ha trabajado en la guía de implementación y gestión de sistemas de vigilancia electrónica en América Latina, en la transferencia de buenas prácticas, de la COMJIB Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos.

3.9 Nuevos derechos humanos

Desde la perspectiva de los nuevos derechos humanos se plantea el análisis sobre la importancia del porqué se generan, y surge la inquietud si es porque ya los anteriores han dejado de ser importantes, porque son obsoletos o porque no se han garantizado. No obstante, es evidente que la sociedad es cambiante y surgen nuevas relaciones y por consiguiente, nuevos elementos de protección en esa sintonía. Por ello, el ordenamiento jurídico también debe avanzar hacia la protección a la dignidad de las personas, por lo que a estos nuevos derechos les corresponde integrarse a los derechos ya anteriormente establecidos. En relación con el tema Bobbio (1989) afirma:

Porque ha ido aumentando la cantidad de bienes considerados merecedores de tutela; b) porque ha sido extendida la titularidad de algunos derechos típicos a sujetos diferentes de la persona individual; c) porque el propio hombre ya no es considerado como ente genérico, o como hombre en abstracto, sino que ha pasado a ser visto en la situación específica o concreta en que se encuentra en sus diversas formas de ser en la sociedad, como niño, como anciano, como enfermo, etc. En definitiva, más bienes, más sujetos, más status del individuo (p.101).



La especificación de los derechos es la característica que ha prevalecido en el transcurso de la evolución de los derechos humanos, la cual no posee ninguna variación en el desarrollo de la positivación. Este es un proceso mediante el cual es números *apertus* que se requiere establecer nuevos procedimientos de protección jurídica, que se fortalecen con la generalización e internacionalización. Ello otorga una prolongación de los anteriores derechos con los nuevos derechos entrelazándose y desarrollándose.

Así, se establece mediante una visión jurídica amplia de protección de derechos humanos y todo ámbito de desenvolvimiento de cada uno de los miembros de la población con sus características específicas, lleva consigo su dignidad de tal manera que debe protegerse.

Tal como lo describió Bobbio (1991):

Creo que hoy en día la discusión en torno a los derechos fundamentales, si quiere evitar convertirse en una discusión académica, debe tener en cuenta todas [sus] dificultades procedimentales y sustanciales [...]. La obtención de una mayor protección de los derechos del hombre está conectada con el desarrollo general de la civilización. [...] No es posible plantear el problema de los derechos del hombre abstrayéndolo de los dos mayores problemas de nuestro tiempo, como son los problemas de la guerra y de la miseria, del absurdo contraste entre el exceso de potencia que ha creado las condiciones para una guerra de exterminio y el exceso de impotencia que condena grandes masas al hambre. Solo en este contexto podemos aproximarnos al problema de los derechos del hombre con una visión realista (p. 102).

El autor refiere sobre la necesidad de legislar sobre los nuevos derechos por lo que la tesis sobre que no todas las necesidades o carencias del ser humano pueden justificar la necesidad de un nuevo derecho fundamental está fuera de discusión. Por ello, cual es inminente que deben reconocerse e integrarse a los derechos ya constituidos.

En Guatemala, se ha sistematizado que nuevos derechos incorporando a nuestro catálogo, no por acción del constituyente, sino por acción del Poder Legislativo, en sintonía con los convenios y tratados internacionales sobre Derechos Humanos que el Estado ha aceptado.



Como antecedente, han sido reconocidos por diferentes instrumentos internacionales, así como por jurisprudencia tanto nacional como internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, en el artículo 29 letra b), de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o ejercicio de cualquier derecho consagrado a nivel interno o a nivel internacional. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 52, se pronuncia en similar sentido, de igual manera en el Protocolo de San Salvador, en el artículo 4º, La Convención sobre Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer, artículo 23 y la Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 41, así como las recomendaciones emitidas por Naciones Unidas.

Estos derechos se han consagrado en términos muy similares a lo que ya estaba establecido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y esta consagración ha traído buenas prácticas en la protección de los derechos fundamentales.

Entre estos nuevos derechos que Guatemala se ha permitido garantizar y que se encuentran en la legislación, se ha enfatizado sobre el derecho a la intimidad, mediante la normativa señalada anteriormente. Así, por mayor certeza jurídica y por la creación de nuevas necesidades sociales u otras, y se ha tomado como base lo regulado desde el derecho internacional comparado, por lo que el Organismo Legislativo ha emitido leyes dentro del ordenamiento jurídico interno para incrementar la protección ya otorgada sobre estos.

Como se establece en el derecho de protección al usuario, mediante la Ley de Protección al Consumidor y Usuario, Decreto 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala, la

propuesta de la ley de protección de datos personales incitativa 409 de fecha 20 de agosto de 2009, esta de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala (Ver artículo 35). El Código Penal de Guatemala, Decreto No. 17-73 Arts. 274 "D" y 274 "F". Leyes especiales: Ley de Acceso a la Información Pública Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.



Esta garantía se fundamenta no solo en el catálogo de derechos fundamentales establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Título II, sino que además específicamente en el artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana... y el artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Con los anteriores preceptos y leyes, Guatemala ha desarrollado nuevos derechos y observado los derechos emergentes en el proceso de desarrollo de las relaciones sociales, la globalización y universalización de los derechos.

Uno de los mayores logros fue la emisión de Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, respecto a la Libertad e indemnidad sexual se emitió la Ley contra la Violencia Sexual, Explotación, y Trata de Personas y las reformas al Código Penal, que se promulgaron como parte del compromiso del Estado al firmar La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994). Decreto del Congreso número 69-94, del 15 de diciembre de 1994. Fecha de ratificación: 4 de enero de 1995. Fecha de depósito: 4 de abril de 1995 –OEA. Fecha de publicación: 11 de enero de 1996.

Dicha Convención es producto del movimiento de mujeres, tanto nacional, como internacional. Esta lucha logró deslegitimar los abusos y violaciones de los derechos de las mujeres, promover leyes y medidas de protección, transformando

el discurso de los derechos humanos, y una circunstancia importante para incluir el tema en la agenda pública.



Por lo que, en la región americana, en junio de 1994 la Asamblea General de la OEA emite la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Finalizando, de esta manera, el proceso de 5 años de trabajo por parte de la CIM, elaborado por un grupo de expertas.

Es importante señalar que, en 1994, se firma la única convención que existe en el mundo, específicamente sobre violencia contra la mujer. Este es uno de los tantos avances de la lucha de las mujeres en general, ya que no existe en el sistema internacional (ONU), ni en los otros sistemas regionales de derechos humanos (África y Europa), una Convención que se refiera al tema de manera directa y completa.

La Convención permite visualizar que las condiciones de desigualdad en la que viven las mujeres están fundadas por la discriminación y la violencia.

Ofrece los siguientes fundamentos:

- La violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales.
- Limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.
- Es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y varones (Preámbulo).

Realiza una declaración importante, ya que define como un nuevo derecho humano, el “derecho a una vida libre de violencia” señalando de forma directa lo que de manera general se referían en distintos artículos contenidos en varios tratados y declaraciones de derechos humanos.

Define, además, la violencia contra la mujer como: “Toda acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Art.1)



Entendiendo que esta violencia:

- puede ser física, sexual y/o psicológica,
- suceder en la familia o unidad doméstica, en la comunidad o en el Estado,
- y que comprende entre otras manifestaciones: violación, maltrato, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo (art.2). Incluso, se reconoce el derecho de toda mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación (art.6).

3.9.1 El mecanismo de seguimiento en Guatemala

Políticas públicas en violencia de género. En nuestro país:

- a) La violencia de género ya no es un tema aislado y menor (aunque falta mucho por hacer), porque se han incorporado a las políticas de seguridad de la población.
- b) Se ha retomado recientemente la seguridad de las mujeres, mediante la cual se ha implementado hace poco, por medio del Ministerio Público, un botón de pánico, para las denuncias de violencia contra las mujeres y una vez realizada la denuncia por medio de GPS ubicar dónde se encuentra para su auxilio inmediato. Aunado a ello, se emitió un decreto sobre la búsqueda y localización de las mujeres desaparecidas,
- c) Se ha diseñado leyes y programas sobre el tema y se ha incorporado el espíritu de la Convención de Belém do Pará que definen la violencia como una violación a los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Inicialmente, se dictó la Ley contra la Violencia Intrafamiliar y no como violencia contra las mujeres.

Posterior a ello, ya de manera específica se emitió la Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer, así como la Ley contra la Violencia

Sexual, Explotación, y Trata de Personas, las reformas al Código Penal y el Código Penal.



No obstante, a estas acciones encaminadas a fortalecer el respeto a los derechos de las mujeres aún continúan problemas en el acceso a la justicia. Estos se evidencian de la manera siguiente:

- 1.- En algunos departamentos no existen juzgados especializados en el tema, por lo que los casos son juzgados por jueces civiles, o de paz, que no conocen la ley ni la especificidad del problema.
- 2.- En muchas ocasiones la víctima es atendida por personal policial y/o judicial inexperto que no está capacitado y/o sensibilizado en el tema, y en lugares no adecuados, que no brindan privacidad
- 3.- En la mayoría de los departamentos, hay ausencia de instituciones gubernamentales y no gubernamentales de apoyo y seguimiento de las medidas de protección, y si en algún caso hay en uno u otro, cubren una población reducida de beneficiarias, lo que se aprecia más que nada en las cabeceras departamentales y en la ciudad capital, dejando sin cobertura a habitantes de zonas rurales y a mujeres de las comunidades indígenas.

Ello constituye un cumplimiento parcial de los compromisos adoptados por el Estado de Guatemala al firmar los tratados internacionales sobre derechos humanos de las mujeres.

3.10 Derechos humanos emergentes

En cualquier caso, el debate sobre la necesidad de incorporar al orden jurídico nuevos derechos no es nuevo. Desde la aparición de las primeras declaraciones de derecho, y especialmente la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la necesidad de completar y aumentar los derechos allí recogidos ha sido una necesidad social, analizada doctrinal y jurisprudencialmente de manera constante.



El Fórum de Monterrey (México) aprobó en noviembre de 2007 la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes. El texto comenzó a tomar forma en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en Barcelona en septiembre de 2004, pero tuvo que esperar un tiempo hasta obtener el visto bueno. Su desarrollo se justifica por las reivindicaciones de un mundo más justo y solidario, un mundo que pide respuestas ante nuevas necesidades como el cuidado del medio ambiente o el control de la biotecnología.

Nuevos derechos para nuevas necesidades. Así se resume la misión de los derechos humanos Emergentes. La sociedad se transforma y pide cambios. Entre otras cosas, hay que cuidar el medioambiente, garantizar agua y saneamiento para todas las personas, respetar la orientación sexual, asegurar unos ingresos mínimos y controlar la aplicación de las biotecnologías.

Algunos de estos derechos han sido rescatados de la anterior Declaración porque, a pesar de haber cumplido 60 años, no siempre están garantizados. "Los derechos humanos emergentes son, por una parte, aquellos que surgen ante la rápida y constante evolución de las sociedades globalizadas y, por otra, un conjunto de derechos que emergen tras haber permanecido sumergidos en el olvido o en la indiferencia de los estados y del conjunto del sistema internacional", señala el Instituto de Derechos Humanos de Cataluña (IDHC).

En la elaboración del nuevo listado participaron ONG, movimientos sociales y otros representantes de la ciudadanía, actores nacionales e internacionales "que tradicionalmente han tenido un nulo o escaso peso en la configuración de las normas jurídicas nacionales", recalca el IDHC".

"Es cierto que los derechos fundamentales y las sucesivas generaciones que de ellos conocemos funcionan como una suerte de escalada histórica merced a la cual se incrementa el catálogo de los derechos a través de un proceso de expansión de estos que no sabemos dónde irá finalmente a concluir. Es cierto, asimismo, que una nueva generación de derechos no presupone para su aparición que la anterior a ella esté completamente consolidada y satisfecha. Pero también es efectivo que el fracaso de una generación de derechos puede impactar



adversamente en una generación previa, lo cual resulta bastante claro en el efecto que sobre los derechos políticos puede llegar a tener una prolongada y profunda en los niveles de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”.

Como advirtió Laski hace ya varias décadas, “aquellos que viven en condiciones desiguales (económicas, sociales, culturales) no piensan en forma igual, y, por ende, el sentido común de los valores y la voluntad de comprensión recíprocas, que son requisitos previos de la democracia, pueden quebrarse si las condiciones llegan a ser excesivamente desiguales. Una comunidad con desigualdad vive siempre temiendo divisiones intestinas. La gente de una comunidad solo tendrá un interés similar cuando, para decirlo con términos imprecisos, tenga un interés similar en sus resultados. La libertad, pues, y a la larga, no podrá subsistir sin igualdad”

Esta excesiva desigualdad se encuentra en Guatemala, entre la población se localizan los grupos vulnerables declarados de esta manera en el instrumento las Cien Reglas de Brasilia como lo son las mujeres, la niñez y adolescencia, los adultos mayores las personas con capacidades diferentes y los pueblos indígenas.

Las mujeres y la sociedad han sufrido un grave impacto como resultado de la misoginia, porque prevalece y justifica todas las manifestaciones de violencia contra la mujer, y es un obstáculo al desarrollo no solo de la mujer, sino que, de toda la sociedad. Además, con la aparición de diferentes fenómenos sociales que afectan a todos y a todas, así como continuidad de la cultura patriarcal y el machismo de los hombres al ejercer las relaciones de poder.

La salud mental de las mujeres ha sido una carga en relación con los hombres porque es evidente que la mujer siempre ha tenido la imposición de todas las creencias estereotipadas hacia ellas sobre su inferioridad y la necesidad de ser controladas por los hombres, que las mujeres son malas. Los mitos sobre la menstruación, que son frívolas, indignas de confianza e irreflexivas, lo que perdura en nuestro tiempo, lo cual fue creado en su entorno y ha producido la

discriminación, desvalorización e invisibilización que sufre por parte de la cultura patriarcal.

Es con lo que tiene que lidiar. Así se va desarrollando con la asignación de roles, estereotipos y prejuicios, por lo tanto, su salud mental siempre está en riesgo, debido a que tiene todas estas cargas de la sociedad e incluso, de ella misma. Se siente culpable al salir a trabajar y dejar a sus hijos, siente esos demonios ocultos, en cuanto a que, se diferencia de los hombres que están totalmente relajados, pues ellos siempre han estado protegidos por la condición que han tenido en todos los ámbitos.

De acuerdo a los estereotipos y a los roles asignados es evidente que tanto las mujeres como los hombres están expuestos a sufrir de histeria, ya que cada uno está visible a las exigencias de acuerdo al rol asignado, que en determinado momento no se puede manejar, no obstante, para la sociedad y para los hombres es impensable que ellos sean histéricos y mucho menos acudir por ayuda profesional. Aunado a ello, al momento de identificar esos síntomas, más en los hombres, incluso se quieren imitar o ser modelos a seguir. Ello es una forma androcéntrica de continuar con la cultura patriarcal.

Otra manifestación de una forma misógina es el micro machismo en el trato diario hacia las mujeres, que sufren por parte de los hombres. En determinados casos este es invisible, no solo para la sociedad, sino que, inclusive, para las mujeres que lo están sufriendo. Es evidente que este se va quedando arraigado en el inconsciente de ellas, produciendo heridas invisibles que poco a poco disminuyen o anulan la autoestima de las mujeres, y posteriormente, también, esto es un obstáculo para el desarrollo integral de la mujer.

3.10.1 Niñez y adolescencia

Es hasta en el siglo XX en donde se visibiliza al niño. En la actualidad, la importancia de la educación a la niñez ha tomado relevancia, por lo que es a través de ella que se visibiliza al niño como un sujeto independiente mediante el cual puede desarrollarse a través de la educación. En cuanto a su desarrollo integral,



así como a situaciones de vulnerabilidad en todos los ámbitos, ingresar al sistema judicial, es hasta la actualidad en que el niño ha sido reconocido como un sujeto de derechos.



No hace mucho tiempo se le negaba el acceso a la justicia ya que únicamente era atendido si iba con un adulto, aunque ese adulto fuese el que lo había violentado. Por medio de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de Viena y posterior a ella por la Convención de Derechos del Niño (de la Organización de las Naciones Unidas, 1989). El Decreto del Congreso número 27-90, del 10 de mayo 1990 con fecha de ratificación: 22 de mayo de 1990M con fecha de depósito: 6 de junio de 1990, (ONU). Fecha de publicación: 25 de febrero de 1991, es que universalmente se reconoce al niño como sujeto de derechos, y en Guatemala por medio de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal.

3.10.1.1 El niño, niña y adolescentes en la actualidad

A partir de 1989 es por medio de la Convención de los Derechos del Niño que se ha protegido a los niños y adolescentes. Mediante dicha convención se han generado una serie de normativas como la ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, que garantizan a este grupo vulnerable de la población como sujeto de derechos.

Luego de la evolución de la sociedad y las relaciones sociales, surgen diferentes fenómenos sociales, entre otros, la violencia, la drogadicción, la prostitución, del cual tanto los adolescentes como los niños no se escapan, ya que constantemente son utilizados por grupos de la delincuencia organizada. Es por ello que, además, tanto la Constitución Política de la República de Guatemala, los Convenios Internacionales de Derechos Humanos como la normativa ordinaria nacional, son la base para la protección, el respeto y garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Por consiguiente, en materia procesal no es la excepción, ya que posee un procedimiento específico.

Dichas garantías, que se han desarrollado también para los pueblos indígenas, los adultos mayores y las personas con capacidades diferentes, también se van generando, evolucionando y emergiendo constantemente como derechos específicos para cada uno de los grupos vulnerables.



Capítulo IV

4.1 Derechos constitucionalizados y derechos no constitucionalizados e incidencia a la tutela judicial efectiva



Como se señaló en el desarrollo del presente trabajo, y para evidenciar el contexto del tema a desarrollar en el presente capítulo, es necesario establecer la hipótesis respecto a si los derechos humanos, los nuevos y/los emergentes que no se encuentren constitucionalizados, sea un obstáculo para garantizarlos por parte del sistema judicial.

En relación con el fundamento axiológico de los derechos fundamentales, este es el elemento esencial en relación con la constitucionalización de los derechos y la observancia de los derechos no constitucionalizados. En estos la dignidad del individuo es una condición intrínseca, irrenunciable e inalienable de todos los seres humanos como lo refiere Nogueira (2000, p.13) “constituyendo un elemento que cualifica al individuo como tal, siendo una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana”.

Como lo señala Gutiérrez (2005, p.93), la dignidad humana es inherente a la persona y es la que la individualiza y diferencia al ser humano de los demás seres vivientes del planeta, lo que genera que se desarrollen garantías para su cumplimiento las cuales deben observar todos los Estados, así como crear políticas públicas para su efectiva garantía: la inclusión, atención y el acceso a servicios públicos y privados de personas con discapacidad, por ejemplo, por medio de la obligatoriedad de recurso humano especializado, infraestructura adecuada, rampas, guías luminosas y sonoras de acceso a edificios, transporte público y privado etcétera.

Es por ello que a la dignidad también se le considera un derecho fundamental por lo cual se encuentra fuera de discusión y tiene sustento jurídico, toda vez que es reconocida en varias declaraciones y tratados internacionales como lo son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, entre



otras. Ello, a través y en sintonía con la doctrina alemana, el contenido de la dignidad humana puede ser conculcado cuando se instrumentaliza a la persona. Este hecho que puede tomar distintos ámbitos: la patrimonialización, que se refiere a la consideración del trabajador como mero factor de producción, lo que conlleva a considerarlo un instrumento de diversión y entretenimiento, su conversión en mero objeto en actos como la agresión o acoso sexual, entre muchas otras situaciones que ven a la persona como una “cosa” y no en su condición humana.

Este concepto de observar a la persona como una cosa y no como sujeto de derechos trastocó diferentes grupos sociales como a las mujeres, a la niñez y a la adolescencia, a los adultos mayores, a los pueblos indígenas así como a las personas con capacidades diferentes. No obstante, se han evidenciado pequeños avances al respecto, al promulgar diferentes leyes específicas para la protección de sus derechos.

También nos referimos a este concepto a través del autor Truyol y Sierra quien lo advierte desde el punto de vista filosófico y señala (1999): “Decir que hay derechos humanos en el contexto histórico, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que, lejos de nacer de una concepción de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados” (p.30). Lo que manifiesta el autor citado es respecto a la importancia de observar y reconocer los derechos humanos y que estos son los que se encuentran constitucionalizados como una garantía para ser observados por los Estados.

Por el contrario, Peris (2007) lo describe desde otro punto de vista y afirma: “Los derechos humanos no se fundan en la naturaleza humana, si no que en las necesidades humanas y en la posibilidad real de satisfacerlas dentro de una sociedad. Por lo que la temática de los derechos humanos estará en función de los valores constituidos en una sociedad histórica concreta y de los fines que ella pretende realizar, siempre que se respete como principio básico la esencia de la dignidad humana como el fin de sí misma” (p.40).



En cuanto que Bobbio (1982, p.35) considera que: “Los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos naturales”.

De los conceptos vertidos por los autores citados se puede establecer que coinciden en la universalidad de los derechos humanos, así como en que son intrínsecos al ser humano. Lo cual, de acuerdo al momento histórico en que se producen o analizan, se establece que estos señalamientos iban dirigidos como principio fundante a la universalidad y a que todos los seres humanos son iguales, una igualdad formal no material, sin tomar en consideración que en la historia han existido diferentes grupos sociales con distintas necesidades de protección.

Con este desarrollo del ser humano, del derecho que es cambiante, también los derechos humanos han evolucionado. A partir del 10 de diciembre de 1948 fecha en que la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó solemnemente la Declaración Universal de Derechos Humanos, también hemos advertido que este progreso se ha producido a través de cambios políticos, sociales, ideológicos, culturales, económicos, tecnológicos y científicos. Estos han incidido de manera profunda en el conocimiento de los derechos humanos, en los mecanismos para su garantía y en la fuerza e impacto de las exigencias de cada uno de los movimientos que desde la sociedad civil reclaman su respeto, lo que ha provocado que los Estados revisen la normativa interna para equipararla a la normativa internacional en relación con los derechos humanos de sus habitantes.

De ello surge la necesidad de constitucionalizar los derechos, que no es más que sistematizarlos en las Constituciones y por consiguiente desarrollarlos por medio de las demás leyes ordinarias como garantía de los derechos de las personas.

Se advierte, pues, que existe un claro objetivo, el cual es el fortalecimiento del sistema democrático; pero también se ve que en la actualidad está sintonía ya no se da en cuanto a una democracia de élites, sino que en relación con una clara e incluyente participación popular; lo que en consecuencia se hizo al incorporar en

todas las Constituciones analizadas lo relativo al Estado social de derecho que en definitiva se convierte en justicia social, lo que conlleva al pleno reconocimiento y las garantías de los derechos constitucionales, a una democracia participativa y al ineludible y preponderante control de los poderes del Estado.



También se advierte que este sistema se encuentra en proceso. Ello por medio del esfuerzo de las diferentes normativas constitucionales citadas (la Constitución Política de la República de Guatemala, Venezuela, Bolivia y Ecuador) que, si bien el aprendizaje fue a través de acierto y error, permitieron adecuar el derecho constitucional y la justicia constitucional. Es por ello que se considera imperante que deben generarse las reformas atinentes para equiparar la Constitución a la realidad de las sociedades, tomando en cuenta que las relaciones sociales son cambiantes y por consiguiente el derecho. Sin permitir que el grupo dominante y que detenta el poder, lo haga por medio de formas estratégicas.

Aunque este proceso de implementación y desarrollo de los nuevos sistemas constitucionales tenga obstáculos porque existe resistencia al cambio, es necesario y una exigencia al cambio de paradigma, ya que la globalización, las ideologías tienen un papel importante pues una corriente liberal se impone sobre la conservadora, esta última ideología imperante e instaurada en la sociedad. Por consiguiente, y en contraposición a ello, el activismo de quienes se denominan minorías, quienes han demostrado ser una gran mayoría tienen un papel preponderante para exigir la observación y garantía de sus derechos fundamentales, por parte del Estado y a través de sus funcionarios, específicamente los que ejercen jurisdicción que son los llamados de acuerdo a su función constitucional de ser garantes de los sujetos y que de manera imperativa deben ordenar restituirlos o protegerlos si se encuentran en riesgo de ser vulnerados.

4.2 La constitucionalización de los derechos en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985

En Guatemala la constitucionalización de los derechos fue mediante la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 y vigente en 1986 y con los antecedentes de las Constituciones que las precedieron y de acuerdo al derecho internacional sobre derechos humanos.

El texto Constitucional concentra los derechos humanos dentro del Título II, diferenciando en el capítulo I, bajo el párrafo de Derechos Individuales. Estos son los que la doctrina divide en civiles y políticos, en cuanto que en el capítulo II, denomina derechos sociales, contienen los derechos humanos conocidos como económico sociales-culturales.

La doctrina constitucional indica que la dignidad es el presupuesto jurídico, el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. En el caso guatemalteco, en el Preámbulo y el artículo 4° de la Constitución reconoce que:

“Preámbulo:

Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente el Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; [...]”

“Artículo 4°.- Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí”.

Y, en complemento de dicha consideración, se encuentra el artículo 44°, que dispone:





“Artículo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. 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”.

Por lo que es por medio de este contexto jurídico que se establece y reconoce que los derechos fundamentales no son únicamente los que se refiere en el texto constitucional, sino que, además, pueden surgir aún más, no obstante, no estar constitucionalizados o garantizados, que a través del debido proceso se garantizaran. Los nuevos derechos, entonces, y los derechos emergentes deben garantizarse por el hecho mismo de ser derechos fundamentales, no obstante, no estar constitucionalizados o sistematizados en la Constitución actual. El ideal es ese, pero la Constitución es semirígida, motivo por el cual no es posible reformarla a cada momento, una vez se adviertan nuevos derechos fundamentales, el hecho que no estén codificados no es excusa para no garantizarlos, pero sí es posible observarlos mediante los convenios internacionales sobre derechos humanos, así como, equiparando la normativa interna ordinaria para resguardar estos derechos.

4.3. Función del Poder Judicial en el ejercicio de garantía de los derechos humanos

La constitucionalización de los derechos de hoy, es el producto de una serie de prácticas que han desarrollado particularmente los tribunales constitucionales o las cortes supremas a través de la primacía de la Constitución Política y sus principios, dando lugar al fenómeno de constitucionalización de los derechos, que no es ajeno al contexto guatemalteco. En ese sentido, los principios generales del derecho pueden ser definidos como los elementos de integración e interpretación de las normas jurídicas.

Así también, como lo han sido los principios constitucionales en que se basa la normativa constitucional. Por ello es trascendental citar que la importancia del análisis de estos principios, deviene que son estos, algunas de las fuentes del



derecho en orden lógico. En consecuencia, la doctrina considera en la actualidad el reconocimiento principal del interés humano en el orden de los valores y por consiguiente, uno de los principios constitucionales del nuevo orden internacional, la obligación de los Estados de hacer de dicho interés, manifestado en las concepciones de dignidad y derechos fundamentales de la persona, universales e indivisibles.

De esta manera, se ha producido así un cambio de paradigma en el derecho internacional contemporáneo tal como lo señala Rodríguez Carrión (1999, p.161): "El hombre, la persona humana ha comenzado a aparecer como sujeto de derecho internacional".

Por lo que los principios constitucionales, sí se consideran como fuente formal directa, ya que es evidente que intervienen en los legisladores o legisladoras y los jueces o juezas cuando emiten las normas de forma individual, respectivamente, o en las resoluciones según el caso, para argumentar y justificar.

Lo que deviene que a través de estos se debe realizar una interpretación extensiva y amplia sobre los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados, como un ejercicio y práctica en garantía de los derechos de la población con el objeto de garantizarlos sin perjuicio que estén o no constitucionalizados dichos derechos.

4.4 La función del juez o jueza en el ejercicio como garante de los derechos humanos

En cuanto a la función del juez o jueza constitucional como garante de los sujetos debe asumirla de acuerdo a un Estado democrático de derecho tal como lo refiere la doctrina Ferreres (2010): "El juez constitucional creador permanente de derechos, avala la ley de acuerdo con la Constitución, con lo cual, reinterpreta, actualiza y refresca la Constitución en armonía con los derechos humanos. Cabe resaltar que la democracia no es solo el respeto de los derechos fundamentales; se consolida únicamente si los fallos de los tribunales constitucionales aportan un beneficio democrático" (p.22).



A los que ejercen jurisdicción la Constitución Política de la República de Guatemala les asigna la función de ser garantes de los sujetos procesales, por consiguiente, ejerce la función de resguardar los derechos fundamentales, los cuales juran cumplir y respetar a través de las leyes del país. Por consiguiente, los tratados internacionales, que también son una fuente formal de la normativa porque forman parte de las fuentes directas y constituyen la consecuencia de un acto jurídico mediante el cual se genera normas asumidas voluntariamente por los Estados que luego de aceptarlos y ratificarlos, incluso, están en la obligatoriedad de ser observados, citados, aplicados y fundarse en ellos por los órganos jurisdiccionales al resolver las controversias. Así, se garantiza a los usuarios el acceso a la justicia, en respeto a los derechos fundamentales, lo que conlleva la democracia en un Estado de derecho.

De esta manera, se garantizan todos los derechos constitucionalizados o no, por lo que no existe ninguna excusa para no garantizarlos por medio de las resoluciones de todos los juzgadores y juzgadoras, sean constitucionales u ordinarios.

De acuerdo a Canivet (2006, p. 2) la legitimidad de los jueces, si bien no son elegidos por voto popular, cuentan con dicho poder de la nación y lo ejercen de conformidad a la Constitución y las leyes. Afirma, además, que, del mismo modo, la legitimidad se predica del respeto y la confianza que ellos generan, su independencia, su valor, la firmeza y la dignidad en sus decisiones (p.11). Esta circunstancia generó serios debates, por ejemplo, el que planteó el juez Raymond de Ryckère de la resistencia belga en la Primera Guerra Mundial. Señaló que Ryckère hizo serias reflexiones sobre la legitimidad de los jueces, y manifestó que todos los poderes provienen de la nación y, por ende, el poder de los magistrados, no es una excepción (p.7-29).

La legitimidad de los jueces y juezas constitucionales es lo que proporcionará la seguridad jurídica de sus resoluciones, toda vez que para optar a dichos cargos recorrieron el proceso establecido en que han de ser electos, así como interpretan

la Constitución, los tratados y convenciones sobre derechos humanos que los jueces proporcionan esta legitimidad.



La legitimidad de los jueces y juezas ordinarias también se centra en el método de selección y de acceso a la función judicial.

El método de selección en otros Estados es de la siguiente manera:

El nombramiento de los jueces de la Alta Corte, en el Reino Unido (Fromont, 2009, p.92-102) (la Supreme Court of the United Kingdom). Esta función de elección la realiza la reina de manera vitalicia, con propuesta del canciller a través de la lista de los barristers, que corresponden a los abogados que han cumplido de manera ejemplar su función, y desde 1994 la selección se hace también, entre los solicitors que tengan más de diez años de antigüedad (Legeais, 2008, p.52.60). Se reforma esta forma de elección por medio del nombramiento de los jueces con la Constitutional Reform Act de 2007, que creó una comisión que interviene en su nombramiento.

En Alemania, de acuerdo a (Fromont, 2009, p.18-31) son elegidos los miembros de la Corte Constitucional Federal por una mayoría de votos en la comisión electoral del Bundestag y del Bundesrat. La designación de los 16 jueces les corresponde a las dos cámaras del Parlamento Federal, la mitad al Bundestag que se elige por sufragio universal, y la otra mitad al Bundesrat que se compone por los representantes de los Länder. Se requiere la mayoría de dos tercios, lo que hace que sean los dos grandes partidos quienes comparten el poder de designar en perjuicio de los partidos con poca representación.

En Estados Unidos según Zoller (1998, p.34-53), el presidente nombra a los jueces de la Corte Suprema y el Senado con la mayoría de votos, y ratifica los nombramientos que son vitalicios mientras los jueces demuestren un buen comportamiento. La garantía de transparencia, inevitablemente legitima la función judicial al igual que el juez, porque el nombramiento no es exclusivo del Ejecutivo, o del Órgano Legislativo o del Parlamento.



Este procedimiento de elección se encuentra regulado en el artículo 1 de la Constitución de los Estados Unidos. En cuanto a los requisitos de la Constitución no exige ninguna calificación específica para ejercer la función de juez de la Corte Suprema, no obstante, el presidente por lo general escoge un candidato del partido que lo eligió (Zoller, 1998, p.34-53). Ello no es garantía de que el juez dentro de sus decisiones siga esa filiación política, por ejemplo, los casos de los jueces Brennan o Warren que fueron seleccionados por el presidente Eisenhower y mantuvieron posiciones liberales que transforman esa idea que el juez o jueza inclinará la balanza por la filiación política.

En Guatemala, de acuerdo a la Constitución Política de la República en los artículos 203 al 210, y los requisitos en el artículo 207, se refiere a la forma de elección de los jueces, juezas comunes, de los artículos 214 al 216 requisitos y elección de Magistrados y Magistradas de Corte Suprema de Justicia y en el artículo 217 al 218 la elección y requisitos de Magistrados y Magistradas de Salas de Corte de Apelaciones, y en los artículos siguientes los demás integraciones de Magistrados de cuentas de Económico Contencioso Administrativo, Tribunal Militar, etcétera. Así como de los artículos 268 al 272 la creación de la Corte de Constitucionalidad, cómo se integra, sus funciones, requisitos de sus integrantes, la forma en que se eligen a los Magistrados y Magistradas de la Corte de Constitucionalidad.

Es importante señalar que de esta manera también se legitima a los demás jueces, juezas ordinarias, magistrados, magistradas de sala que en determinado momento por ser nuestro sistema constitucional mixto, mediante el cual se ejerce jurisdicción constitucional concentrado por medio de la actividad jurisdiccional constitucional que ejerce los magistrados y magistradas de la Corte de Constitucionalidad y el sistema difuso que se ejerce por los jueces, juezas comunes cuando se integran como jueces, juezas, magistradas y magistrados constitucionales, revestidos de potestad jurisdiccional para revisar la constitucionalidad de las normas en caso concreto, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley y esta sobre cualquier otra norma de rango inferior.



Aunado a ello, para garantizar de manera objetiva y legítima la elección para magistrados de Corte suprema de Justicia y de Salas de Corte de Apelaciones y de Constitucionalidad, por medio de un mandato constitucional deben elegirse a través de Comisiones de Postulación ya que mediante un proceso establecido en la Ley de Comisiones de Postulación Decreto 19-2009 del Congreso de la República de Guatemala, se elige a dichas autoridades.

En cuanto a la elección de los demás jueces y juezas se encuentra normado en lo que para el efecto regula la Ley de la Carrera Judicial Decreto 32-2016 del Congreso de la República de Guatemala, mediante la cual también tiene su proceso específico para la selección e ingresar a la carrera judicial y para movilizarse dentro del ámbito judicial.

Por lo tanto, por medio de estas acciones se garantiza los derechos constitucionalizados y los no constitucionalizados, derechos fundamentales que el Poder Judicial tiene la obligación de observar a efecto de resolver de acuerdo a estos lineamientos, si en caso no lo hiciere procede la revisión de sus resoluciones las diferentes instancias e incluso por parte de la Honorable Corte de Constitucionalidad.

4.5. Interpretación constitucional por parte del Poder Judicial

Los jueces y juezas pueden tener interpretaciones diversas del contenido de una norma y por ello generar consecuencias diferentes.

De lo que no se deben apartar es respecto a la supremacía de la Constitución que prevalece sobre cualquier ley, y sobre otros tratados internacionales. Que, además, estos derechos fundamentales están preceptuados en las constituciones, los cuales se han desarrollado por medio de garantías que son procedimientos plasmados en leyes ordinarias y constitucionales, así como en convenios internacionales sobre derechos humanos, y que se debe advertir que en materia de derechos humanos, se debe interpretar de manera extensiva, así como realizar una ponderación de derechos respecto a qué derecho debe aplicar en determinado caso concreto cuando existan dos derechos fundamentales en



riesgo. Además, observar tomando en consideración y de acuerdo a las relaciones sociales de las personas, así como lo referente a la evolución del derecho como ya se analizó que existen derechos emergentes que también se deben garantizar.

Es así que, de esta manera, es como se da origen a la constitucionalización de los derechos, y en qué medida se logra ese ideal democrático a través de la justicia constitucional y del activismo judicial dentro de su capacidad creadora de derecho. Es evidente que esta Constitucionalización de los derechos es un mecanismo de transformación del sistema jurídico, donde la Constitución es la ley primaria, cuyas interpretaciones por parte de los jueces y juezas conllevan a la interpretación extensiva de las normas constitucionales sobre derechos humanos de validez que deben tener todas las normas jurídicas y su adecuación a la Constitución Política, así como en atención a los convenios internacionales sobre derechos humanos.

La justicia constitucional y ordinaria se enfrenta a condiciones variadas que requieren fallos equitativos, que deben ser duraderos y no agotan el contenido de la Constitución, como lo señala Sager (2007, p.149), “constituye una parte importante de la justicia política en general y de la justicia constitucional en particular”.

Lo anteriormente citado se relaciona a la discrecionalidad de los jueces y juezas, que depende de los lineamientos que determine el derecho. Porque los juzgadores y juzgadoras no tienen mínimo para justificar sus decisiones, ya que en realidad no poseen una obligación precisa de aplicar determinada disposición. Resuelven de acuerdo a lo estipulado por la ley, se apoyan en la discrecionalidad o en sus conocimientos sobre la mejor solución para un conflicto. Es decir, que la actividad judicial será en cuanto se encuentre ante un asunto concreto y de acuerdo a los principios constitucionales que se pretende aplicar, interpretar y desarrollar y, en consecuencia, la solución del juez o jueza es según si está resolviendo con fundamento a una ley, Constitución o convención.

En relación con las decisiones de las juezas y los jueces en la creación del derecho frente a la Constitución, es más extenso, debido a que las disposiciones

constitucionales no son precisas, lo que requiere un mayor esclarecimiento por su parte, a diferencia de las leyes que son más concretas y amplias.



En cuanto a los tratados, las decisiones de los jueces y juezas en relación con la creación del derecho, se advierte desde dos perspectivas: si se trata de una corte internacional, el juez o jueza debe definir si hay o no violación del instrumento internacional suscrito por el Estado y en ese caso, no debe fundamentarse en él y este no tiene intervención en la creación interna del derecho. En caso contrario, si es un juez o jueza nacional quien debe realizar un control de convencionalidad, debe resolver apartar la disposición interna del ordenamiento jurídico, debido a que violenta una convención internacional firmada por el Estado. Por medio de estas actividades jurisdiccionales en el espacio interno e internacional se puede observar el poder creador del juez o jueza relacionado.

En resumen, las decisiones de los jueces y juezas se instituyen en juicios normativos en el sentido que las mejores resoluciones no son consideradas como una auditoría popular, sino con base en juicios normativos propios de la justicia constitucional. Como lo señala Canivet Geoffroy (2006, p.7-29): “Una constitución puede mejorar el juicio político sobre aspectos esenciales de la justicia solo, si se ciñe a pretensiones de justicia que sean básicas y perdurables, de manera que, en general, puedan operar razonablemente como pretensiones predominantes e innegociables”.

En esa sintonía, Hesse, Konrad. En Pedro Cruz Villalón & Miguel Azpitarte Sanchez (2011), consideran que "la función de interpretación constitucional por parte del juez constitucional, consiste en definir los parámetros normativos para ejercer el control de constitucionalidad que es garantía y límite de otros poderes" (p.19).

Por lo que en relación con el tema de la doctrina Troper (1994, p.35) refiere: “Si bien el juez constitucional no se elige por la vía popular, legitima la ley mediante el estudio de conformidad a la Constitución y con ello, contribuye a la democracia” (Rousseau, 1995, p.40). Complementa la idea y señala, "una nueva democracia, en el que el juez sí tiene un poder político, porque crea derecho. En efecto,

mediante un acto de voluntad el juez define el contenido y el alcance de la Constitución, y ese trabajo de interpretación sí es un acto de creación del derecho”.



Cuando existe una separación de poderes como forma de organizarse el país, mediante la cual es incluyente el juez o jueza respecto al ámbito jurídico estamos frente un Estado democrático de derecho. Por lo que ello es consecuencia de un sistema democrático, como resultado el poder creador del juez constitucional y su legitimación a través de los diversos mecanismos jurídicos y procesales establecidos para ello, la forma de ser designado y respecto a la carrera judicial etcétera.

De acuerdo a los autores citados el juez o jueza toma un papel político cuando emite sus resoluciones que, en realidad, además de la decisión y análisis jurídico, esta resolución tiene impacto político ya que de acuerdo a dicha decisión así es como será la consecuencia en la sociedad. Aunado a ello, debe anteponer resolver de acuerdo a la justicia, por ello es que en dichas decisiones es evidente que en determinado momento esta disposición para algunos será justa y para otros no.

En consecuencia, las herramientas que utiliza el juez o jueza en el ejercicio no tienen legitimidad si no se estableciera la discrecionalidad en la interpretación que se establece por medio de las lagunas del derecho que requieren de esa revisión e interpretación permanente que se materializa al llenar y completar los vacíos jurídicos.

Esta responsabilidad sobre la interpretación de los derechos fundamentales originarios, nuevos derechos y derechos emergentes no solo son asignados o son responsabilidad del juez o jueza constitucional, es responsabilidad de todos los jueces y juezas constitucionales y ordinarios debido a que, sin excepción, deben resolver de acuerdo a los principios constitucionales tanto nacionales como internacionales de protección de los derechos humanos.

4.6 La constitucionalización de los derechos y lo relativo a los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados



La solución justa es el ideal a alcanzar, ese ideal sustentado en un principio de la Constitución que solo requiere ser precisado por el juez. Por lo que la doctrina por medio de García (2010, p.369-405) relaciona que: “El activismo judicial legitima la democracia siempre y cuando se interprete de modo correcto la Constitución, y dicha interpretación se sujete a los preceptos de la ponderación”.

El sistema de justicia no puede evadir resolver asuntos puestos a su conocimiento de forma equitativa con la justificación que algunos derechos fundamentales no están constitucionalizados, así como la función de garantizar los derechos humanos constitucionalizados, de igual manera debe garantizar de forma extensiva aún y cuando no se encuentren sistematizados, el derecho al acceso a la justicia no se puede negar al ciudadano, así como la garantía de hacer justicia de acuerdo a dicho valor. Es por ello que la juzgadora o juzgador deben poseer sensibilidad respecto a qué es garante de los sujetos procesales, con el objeto que, al administrar justicia, lo haga de forma independiente, objetiva e imparcial, así como resolver de manera extensiva en relación con la protección o resguardo de los derechos de la población.

4.7 Justicia formal en los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados

Como ya se definió, esta justicia formal se refiere a los diferentes criterios considerados como una característica distinta, única que ha de tomarse en cuenta para la aplicación de la justicia y la igualdad como un elemento común denominador. Por ello, en el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala lo define que todos los habitantes de la República son iguales, a lo que llamamos una igualdad formal, porque se encuentra preceptuado en la norma constitucional, que para llevarlo a la práctica ya es otro ejercicio mediante el cual el Poder Judicial debe garantizar por medio de la solución de los conflictos en sintonía con garantizar los derechos humanos constitucionalizados.



En este ejercicio de garantía de igualdad de trato debe ser la aplicación correcta de interpretación de una norma de justicia concreta que determina como deben ser tratados los diferentes grupos de habitantes de un Estado, ya que esta igualdad no es precisamente la base de la justicia formal, lo es la práctica realizada por los jueces y juezas al aplicar la norma a todos superando estos obstáculos como son las asimetrías existentes. Lo que es incluyente y se extiende a los derechos que no están constitucionalizados.

4.8 Justicia material en los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados

Se puede establecer que los criterios que instituyen las igualdades esenciales en el derecho positivo, deben corresponder al modelo o visión imperante en la sociedad; a partir de estos es que se garantiza esta justicia material. Estos corresponden a los valores socialmente vigentes y son los que instituyen cuál es la visión y qué es lo importante en una sociedad y, por consiguiente, qué no lo es, qué es lo esencial y qué es lo secundario, qué es lo beneficioso y qué es lo perjudicial a los habitantes. Así como la obligatoriedad de observar los derechos emergentes de las relaciones sociales, que al igual que los derechos y el sistema jurídico, están en constante evolución.

Es la cosmovisión y la vida social admitida que se tenga, la que va a establecer la manera de cómo se comprende entre lo valioso y lo que no es valioso. Lo que determinará en relación con los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados, la que sugerirá cuáles son los criterios de justicia material que permitan la formación de la justicia formal.

4.9 Los valores objetivos de la realidad social en relación con los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados

Como parte constitutiva de la realidad social se instituye la actividad humana en el caso atinente del rol del juez o jueza en dicha realidad esto se establece mediante sus tendencias, los objetos, fenómenos, procesos y los sujetos adquieren una u otra significación social, en la medida en que favorece o no el

desarrollo de la sociedad por medio de la garantía de los derechos constitucionalizados y no constitucionalizados, que de forma extensiva se analicen y se apliquen en reguardo a la dignidad de la población.



Es por ello que el juzgador y juzgadora deben poner en práctica estos valores considerando cada caso concreto, encuadrándolo a la norma y por consiguiente a la realidad, no solo material, sino que además social del individuo. Es decir, que de acuerdo a ello, debe resolver de manera tal que garantice los derechos fundamentales a cada uno de los grupos vulnerables anteriores, nuevos derechos y los derechos emergentes, avalando de esta manera el derecho de igualdad mediante resoluciones incluyentes. Por ello que es imperativo, de acuerdo a los principios y valores, garantizar ese derecho real y material de igualdad, por lo cual debe superar las asimetrías, así como los obstáculos que se presentan en resoluciones sin metodología de género por ejemplo, o la del niño que debe considerarse como sujeto de derechos, los adultos mayores y los pueblos indígenas.

Lo anterior en armonía de lo que de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Política de la República de Guatemala citado de manera reiterada en el presente trabajo.

Este es uno de los obstáculos a que se enfrenta la juzgadora o el juzgador. Aunado a ello, las instituciones relacionadas a la administración de justicia no poseen el recurso económico, ni los recursos materiales de infraestructura, con el objeto que en sintonía con estos se pueda concretizar la función constitucional de las juezas y jueces de resolver de manera incluyente, con una interpretación extensiva de los derechos, los existentes, los nuevos derechos y los derechos emergentes.

Lo anterior se relaciona con lo manifestado por Diego Valadés: “Pero no se trata de una actitud voluntarista. No se trata de decir que los honestos no van a prevaricar y van a actuar bien. De lo que se trata es de construir un sistema institucional que permita que existan como parte de la vida misma de las instituciones, formas de adjudicación de responsabilidades a aquellos que ejerzan



funciones públicas. Y eso se llama democracia y está todavía muy lejos de nuestra estructura constitucional, no tenemos, por ejemplo, la obligación de que quienes ejercen el poder respondan por el poder”.

El sistema de justicia no se escapa, por ello, es importante que la juzgadora o juzgador posea principios y valores con el objeto que al administrar justicia, lo haga de forma independiente, objetiva e imparcial, lo cual reflejará la ética en sus resoluciones. Ello sin responder a intereses particulares o de conveniencia.

Es decir, que la actividad judicial será en cuanto se encuentre ante un asunto concreto y de acuerdo a los principios constitucionales que se pretende aplicar, interpretar y desarrollar, y en consecuencia la solución del juez o jueza es según si está resolviendo a una ley, Constitución o convención.

Esta responsabilidad sobre la interpretación de los derechos fundamentales no solo es asignada o son únicamente responsabilidad del juez constitucional. Es compromiso de todos los jueces constitucionales y ordinarios, debido a que, sin excepción, deben resolver de acuerdo a los principios constitucionales tanto nacionales como internacionales de protección de los derechos humanos.

Es por ello, que en Guatemala, se ha adoptado lo ordenado en las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, mediante la cual, en sus resoluciones, ha señalado que al conocer un asunto concreto debe realizar un control de convencionalidad con el objeto de efectivamente, ser garante de los sujetos, tal como lo señaló en la Sentencia del Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (el resaltado es nuestro).



En el mismo sentido, el caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Resoluciones Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.1732 (N. del E. Enfatizado no está en el texto original)”. Enfatizado

En cuanto el control de convencionalidad (concentrado) es competencia de la Corte Interamericana, es decir, la CIDH únicamente puede conocer de violaciones a la Convención y no puede resolver sobre el fondo de los asuntos presentados a su consideración. En la actualidad, dada la creación de un derecho común de los derechos humanos la Corte Interamericana reconoce el control difuso de la convencionalidad. En consecuencia, si la Convención es derecho nacional de los Estados Parte, todos los jueces deberán vigilar que este sea cumplido en términos de la propia Convención (artículos 1 y 2 de la CADH).

En el caso Boyce y otros vs. Barbados, la Corte IDH explica de manera concreta de qué forma debe ser implementado el control de convencionalidad en el ámbito interno. Explica y analiza que la actividad de los tribunales nacionales no solo debe limitarse a realizar un examen de constitucionalidad de sus resoluciones, sino que también de convencionalidad y señala:

77. La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe,



deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que [:]

“El Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124; Cfr. Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162, párr. 173.

De tal manera, que estos son los lineamientos mediante los cuales los jueces y juezas del Estado deben realizar el control de convencionalidad el cual es imperativo para observar y garantizar los derechos fundamentales, nuevos derechos y los derechos emergentes.

La Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el año 2012 sentó precedente en relación con la obligatoriedad de los que ejercen jurisdicción cuando resuelvan casos concretos realicen el control de convencionalidad, en sentencia dictada el día 17 de julio de 2012 el expediente número 1822-2011 señaló que:

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 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: —Artículo 44. Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana. El interés social prevalece sobre el interés particular. 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. || —Artículo 46. Preeminencia del Derecho interno. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. || Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano.

El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquel son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.

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. En orden 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 comisión legislativa parcial en la creación de la figura tipo de —tortura—.

Por lo que este es el parámetro jurídico nacional e internacional mediante el cual las juzgadoras y juzgadores deben realizar el Control de Convencionalidad, así como en materia de derechos humanos resolver de manera extensiva, realizando la ponderación de derechos correspondientes, en cada caso concreto u conflicto que se le presente.

Advirtiéndose que efectivamente a partir de la promulgación de la Constitución de la República de Guatemala de 1985, se han generado nuevos derechos y continúan generándose derechos emergentes que mediante esta observación aplicación y práctica judicial se han observado y garantizado los derechos fundamentales. No obstante, aunque no se encuentran convencionalizados, los nuevos derechos y los derechos emergentes en Guatemala, estos, a través del control de convencionalidad, se deben garantizar por medio de interpretación extensiva y mediante una ponderación de derechos deben observarse de manera integral.

De acuerdo a dicha interpretación extensiva la Corte de Constitucionalidad resolvió en un caso concreto respecto al Derecho de no Discriminación de personas en relación con su identidad sexual en contra de la disposición siguiente:

“Sírvase tomar nota, por antecedentes relacionados o fugas a partir de la presente fecha los privados de libertad homosexuales deberán vestir en todo



momento la vestimenta según su género natural (hombres homosexuales como hombres con el cabello recortado, mujeres lesbianas como mujeres) conforme corresponde, debiendo supervisar constantemente, el cumplimiento de dicho normativo, para evitar incidentes que puedan manifestarse aprovechando el horario de visitas” -acto reclamado- y, b) dicha circular se hizo de su conocimiento, el ocho de octubre de dos mil doce, como consecuencia de una llamada realizada desde la Granja Modelo de Rehabilitación Pavón, en donde los privados de libertad Rony Antonio Corado Paniagua y Julio Alberto Pérez Gutiérrez a quienes mediante coacción se les cortó el pelo, con base en la mencionada circular. D.2) Agravios que se reprochan al acto reclamado: la entidad accionante afirma que la circular que constituye el acto reclamado, viola los derechos humanos de las personas identificadas como homosexuales, en virtud que se pretende limitar sus derechos de libertad de expresión e igualdad...

...esta Corte encuentra que efectivamente el Estado tiene el deber de velar por la integridad y seguridad de los reclusos dentro de los propios centros penitenciarios; y además velar por la seguridad penitenciaria a efecto que las personas condenadas cumplan efectivamente dichas condenas, lo cual conlleva la adopción de medidas de seguridad que eviten las fugas u otro tipo de situaciones fácticas que alteren el cumplimiento de la condena. Sin embargo, este deber, debe cumplirse dentro de los parámetros que la propia Constitución ha establecido en el artículo 19: “El sistema penitenciario debe atender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir con el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas: a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, ni podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos; (...) El Estado deberá crear y fomentar las condiciones para el exacto cumplimiento de lo preceptuado en este artículo”. Lo anterior implica que el deber de mantener la custodia y seguridad de las personas reclusas en resguardo de la sociedad, que los apelantes manifiestan como parte de las funciones que les

otorga la Ley del Régimen Penitenciario, Decreto número 33-2006 de la República, debe ser ponderado ante el respeto y cumplimiento lo establecido en artículo 19 constitucional. En el presente caso, considera que las medidas adoptadas por la autoridad impugnada dentro que constituye el acto reclamado, no se enmarcan dentro de una política integral de seguridad de los centros penitenciarios, situación que no permite encontrar una fundamentación de racionalidad y necesidad de la medida, por lo que la misma resulta ser arbitraria. Adicionalmente, por no encontrarse contenida dentro de un marco normativo que contenga o desarrolle una política coherente de seguridad o higiene dentro de los centros penitenciarios, las medidas adoptadas no están dirigidas a la totalidad de la población reclusa, situación que las torna discriminatorias y, en tal sentido, esta Corte concuerda con el tribunal de primer grado en cuanto a que se produce la violación al derecho de igualdad contenido en el artículo 4 constitucional y que ha sido denunciado por los postulantes.

(Expedientes acumulados 635-3013 Y 636-2013 Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Sentencia de fecha 28 de agosto de 2013).

Si bien es cierto, la Honorable Corte de Constitucionalidad resuelve garantizando de manera general en relación con el derecho de igualdad, no hace ningún razonamiento, argumento ni se fundamenta sobre el derecho a la identidad sexual de las personas, este nuevo derecho fundamental, además, se invisibiliza incluso, por parte del solicitante al indicar que los derechos que se violentaron y violaciones que denuncia: a los derechos de igualdad, de libertad de expresión e integridad de las personas; no se refiere en concreto que además y de forma preponderante es al derecho a la identidad sexual.

Se propone que los nuevos derechos y los derechos emergentes deben observarse, cuando se originen o se adviertan, para que inmediatamente se proceda a motivar a que se sistematicen, constitucionalizándolos de acuerdo al procedimiento establecido para reforma de la Constitución, para conocimiento general y como una efectiva garantía de estos derechos a través de procedimientos de libre acceso y de trámite sencillo, en garantía de estos nuevos



derechos y de los derechos emergentes, que no se encuentran constitucionalizados, es decir, que la población en general pueda accionar ante la autoridad que ejerce jurisdicción con conocimiento que le asisten derechos humanos, no obstante, es deber de dichos funcionarios garantizar los derechos humanos se encuentren o no sistematizados, debido que además tiene como fundamento legal en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

He allí la importancia de la función del Poder Judicial de Guatemala de garantizar los derechos fundamentales, no solo luego de la constitucionalización de los derechos, sino que también como de los nuevos derechos y de los derechos emergentes que, aunque no se encuentran constitucionalizados ni convencionalizados, deben observarse a efecto de garantizarlos con una interpretación extensiva de protección.

Además, desde el punto de vista jurídico, es imperativo que se base la atención en el principio de responsabilidad, así como el principio de precaución, cuando se refiera a la utilización de las nuevas tecnologías, lo que es evidente que en Guatemala no se cumple, ya que todavía existen agendas pendientes para garantizar los nuevos derechos y en todos los ámbitos de protección con el objeto que de esta manera se superen las asimetrías existentes para que, en un plano de igualdad real no solo formal, se garanticen los derechos e intereses de todos los sujetos interesados y muy especialmente en los tratamientos de reproducción asistida incluyendo a la hija o hijo. Así, no se puede jugar a ser Dios, es decir, como creador y formador de vida, así como las nuevas tecnologías. El derecho a la alimentación, no se garantiza cuando se ordena los desalojos, no se es considerado al resolver, aunado, a ello, la identidad sexual, etcétera.

En materia procesal penal es importante que se establezcan las medidas de coerción a través de los estándares internacionales sobre derechos humanos mediante la cual debe decidirse en los casos concretos y de acuerdo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad en específico de la prisión preventiva a través de idoneidad, necesidad y ponderación, con el objeto de garantizar que la regla general es la libertad y la prisión preventiva la excepción.





Asimismo, cuando se conozca de un caso concreto cuando el acusado o acusada esta privada de su libertad y se ha excedido en el plazo razonable de resolver el asunto, de oficio la juzgadora o juzgador debe revisar la medida de prisión preventiva, y realizar una observación del control del convencionalidad difuso con el objeto de cumplir con dictar medidas sustitutivas a la privación de libertad como la regla general y muy excepcionalmente la de privación de libertad, debido a que nos encontramos que al dictar la medida de coerción de prisión preventiva esta se convierte en el cumplimiento de una pena anticipada, violentando de esta manera el derecho a la libertad y al derecho de estado de inocencia de los acusados toda vez que, cumplen una pena sin haber sido citado, oído y vencido en juicio.

De tal manera que los juzgadores y juzgadoras al conocer un proceso que esté a disposición, en primer lugar deberá de realizar el control de convencionalidad y al percatarse que, encontrándose el procesado o procesada privados de su libertad, supero la pena establecida al delito que se le imputa y que supuestamente cometió, debe resolver dejarlo en libertad, con fundamento a los principios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a instancia de su relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad, mediante la cual adopta Los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas (OEA/ser/l/v/ii.131 doc. 26), así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José mediante el cual señala que se debe juzgar a una persona en un plazo razonable en ese sentido, es evidente que ya se sobre paso dicho plazo, motivo por el cual debe decidir su libertad por medio de medidas sustitutivas a la prisión, ya que cumplió la pena de manera anticipada.

Se advierte que el ideal es que los derechos humanos estén constitucionalizados, no obstante, a ello podemos verificar que en la realidad no todos se encuentran inmersos en la Constitución, por diferentes causas, porque al momento de la promulgación de la Constitución no se habían generado nuevos derechos, o por qué era incipiente la doctrina al respecto. Además, de acuerdo a

la evolución de las relaciones sociales, los derechos humanos se encuentran en un continuo desarrollo, es por ello que no se encuentran codificados en su totalidad ello no exime que no se garanticen a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.



La Constitución Política de la República de Guatemala es el ejemplo de un texto jurídico vanguardista porque se proyectó a la tutela de los derechos humanos. Y, al afirmar en el artículo 44 que en materia de derechos humanos estos derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana, de tal manera que el artículo 46 del mismo cuerpo legal establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Este es el fundamento y razón suficiente para que las interpretaciones de dichos derechos deben ser de forma extensivas en relación con los derechos humanos y los nuevos derechos que emergen estos deben ser garantizados por el compromiso adoptado por el Estado. Para ello se toma como base los convenios internacionales sobre derechos humanos y por medio del control de convencionalidad, porque estos instrumentos y procedimientos son las herramientas para garantizar los derechos fundamentales que no estén convencionalizados.



Conclusiones

En el presente trabajo se ha comprobado la hipótesis que postula que es posible garantizar los nuevos derechos humanos y especialmente los Emergentes. Ello, aunque no se encuentren plasmados dentro de la Constitución, pues este hecho no es un obstáculo para su observación y garantía tal como lo señala el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala, pues, a través del bloque de constitucionalidad y la revisión del Control de Convencionalidad y la interpretación extensiva por parte de las juezas y jueces, se cumplen.

Se estableció que en Guatemala se han garantizado, de manera parcial, los derechos fundamentales constitucionalizados por medio de una interpretación extensiva, y de unos pocos derechos, tal como se advirtió por medio de las sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad citadas y analizadas en el presente trabajo, así como en observación a la convencionalidad.

Se determina que aún no se garantizan de forma eficiente y eficaz los nuevos derechos fundamentales, así como los derechos emergentes para una tutela judicial efectiva por parte de los poderes del Estado. Entre estos, el poder judicial al resolver en garantía de unos pocos derechos; no se ha observado un lenguaje incluyente; además, es necesario que se resuelva con perspectiva de género.

Se concluyó que el Estado de Guatemala debe ser garante de que sus funcionarios, a través de los que ejercen jurisdicción, sean los primeros en respetar, promover y proteger efectivamente los derechos humanos, estén o no constitucionalizados. Ello por medio de una interpretación extensiva a través de la normativa nacional e internacional. Por tal razón se debe realizar una revisión respecto a la Convencionalidad en cada caso concreto y, sobre todo, de su efectivo cumplimiento para una convivencia en un verdadero Estado de derecho en una sociedad democrática.

Se establece que es ideal que todos los derechos sean constitucionalizados. Sin embargo, por su desarrollo no es posible, motivo por el cual deben garantizarse como imperativos constitucionales y a través del bloque constitucional, por medio del control de convencionalidad y de manera extensiva.



Referencias

- Acosta Romero, Miguel y Alfonso Pérez Fonseca. (2000). "Derecho jurisprudencial mexicano". México, Ed. Porrúa.
- Alexy, R. (2000). "Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios", Viena 2000, AA. VV. B, Schilcher et al. Eds., p.32-35, 352, 1997, 31, 352, p.162.
- Alexy, R. (2010). "La construcción de los derechos fundamentales", Ad Hoc, Bs.As., p.20.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, España, págs. 419 a 501.
- Abramovich, V. & Courtis Ch. (2004). Los derechos sociales como derechos exigibles, Editorial Trotta, Madrid, España.
- Barberis, M. (2002). El neoconstitucionalismo Ferrajoli, o el neoconstitucionalismo no tomado en serio (Ferrajoli 2002:43 DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) ISSN: 0214-8676 pp. 10, 11, 89-93.
- Basterrechea, M. (2012). Estado del agua en Guatemala. En B. Jiménez, & T. Galizia, Diagnóstico del agua en las Américas (pp. 281-307). México, D.F.: Foro Consultivo Científico y Tecnológico, AC. CONAMA (2001). Estrategia Nacional para la Conservación y el Uso Sostenible de la Biodiversidad y Plan de Acción Guatemala. Guatemala: Serviprensa.
- Bobbio, N. (1981). Presente y porvenir de los derechos humanos. Madrid: Anuario de derechos humanos.
- Bobbio, N. (1982). Anuario de derechos humanos. Madrid: Instituto de Derechos Humanos.
- Bobbio, N. (1989). La era de los derechos, en La edad de los derechos, Einaudi, Torino. Madrid España: Sistema.





- Bobbio, N. (1991). "Derechos humanos presentes y futuros", en La era de los derechos.
Madrid España: Sistema.
- Buergenthal; Thomas; Doehrig; Karl Kokott, Juliane, Mair, Harold, Grundzüge des
Völkerrechts (2001). (Conceptos básicos del derecho Internacional público).
Edición Hüithin. C.F. Müller. Heidelberg, p.115.
- Canivet, G. (2006). Activismo judicial y prudencia interpretativa. Archives de Philosophie
du Droit, 50, pp. 7, 10, 11-29.
- Cea Egaña, J. L. (1999). "El sistema constitucional de Chile. Síntesis Crítica". (Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Austral de Chile, en el Campus
Isla Teja de Valdivia, el 15 de abril de 1999.
- De León Carpio R. (1990). Catecismo constitucional, 2a. ed.; Guatemala, Ed. Instituto de
Investigación y Capacitación Atanasio Tzul, p. 37.
- Domínguez Águila, R. (1996). "Aspectos de la constitucionalización del derecho civil
chileno", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCII - N° 3 - Año 1996. 4
supra nota 1, p. 65.
- Donas, J. B. mayo-agosto (2007). Los nuevos derechos humanos: gobierno electrónico
e informática comunitaria. Revista Venezolana de Información, Tecnología y
Conocimiento Año 4: No. 2, pp. 13-27.
- Eisenmann, Ch. (1972). "La teoría de las bases constitucionales del derecho
administrativo", RDP, pp. 1345-1441. 1345-1422.
- Fabelo Corzo, J. R. (1989). En práctica, Conocimiento y valoración. La naturaleza del
reflejo valorativo de la realidad. - La Habana: ED. Ciencias Sociales, 12, 21,68. 7.
Marx Carlos.
- Favoreu, L y L. Philip. (1978). El Consejo Constitucional, PUF, p. 120.
- Favoreu, L. J. (2001). La constitucionalización del Derecho, Revista de Derecho volumen
XII, pp.32, 33, 34, 39.



- Fe., C. p. (1988); 80: “Y sobre la defensa de la dignidad de la procreación de la vida humana de su nacimiento, hacia el cumplimiento de la Instrucción sobre el Acta Apostolicae Sedis 1988; pp. 70-102. Roma. Italia: Sedis.
- Ferrajoli, L. (2005). Derechos y garantías. La ley del más débil. Italia: Trotta, 2a Edición, pp. 25, 63, 65.
- Ferreres, V. (2010). El control judicial de la constitucionalidad de la ley. En M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.). El canon neoconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Flores Juárez, F. (2013). Ponencia: "Régimen guatemalteco de protección de los derechos fundamentales". Corte de Constitucionalidad.
- Friedrich C. von Savigny. (1879). Sistema de derecho privado romano (trad. J. Mesia y Manuel Poley), t II. Madrid, p. 63.
- Fromont, M. (2009). Grandes sistemas legales extranjeros (6a ed.). París: Dalloz, pp. 18-31, 92-102.
- Fromont, M. (1974). Estudio sobre “Los derechos fundamentales en el orden jurídico de la RFA”, publicado en los *Mélanges Eisenmann* en 1974,
- Gallagher, J. (1987). Invasiones e intervenciones prenatales: lo que está mal con los derechos fetales, 10 *Harvard Women`s Law Journal* pp.9, 37, 57.
- García, J. (2010). “Neoconstitucionalismo, ponderación y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia; pp. 369-405.
- Genevois, B. (1988). Jurisprudencia del Consejo Constitucional, principios rectores, París, STH 1988, p. 389; P. BON, *Revue Française de Droit Constitutionnel* 5-1991, p.35.
- Guastini, R. (2009). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En neoconstitucionalismos (4a ed.). Madrid: Trotta. pp.49.



Gutiérrez, I. (2005). "Dignidad de la persona y derechos fundamentales". (Módulo Judicial Pons, 2005) pp.93- 97.

Háberle, P. (2000). El Estado constitucional europeo. *Cuestiones Constitucionales*. Ed. Gallego pp. 126.

Held, David; Mc Grez, Anthony; Goldblatt, David; Perraton, Jonathan; (1999) "Transformaciones globales, política, economía y cultura" ed. Polity Press., pp 16.

Hesse, Konrad. En Pedro Cruz Villalón & Miguel Azpitarte Sánchez 2011. (Eds.). Escritos de derecho constitucional. España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

II, J. P. 1995. Carta encíclica *Evangelium Vitae* de 25 de marzo de 1995. *Acta Apostolicae* (pp. 87: 401-522). Roma, Italia: Sedis.

Jelin E. (1993). *¿Ante, De, En, ¿Y? Mujeres, derechos humanos. Entre Mujeres*. Perú, s. e.

Kelsen, H. (1926). "Informes del sistema entre el derecho nacional y el derecho internacional" en conferencias recogidas Couses recopilados de La Haya Adademy de derecho internacional Londres Martinus Nijhoff Publishers, vol. 14, p.150.

Laguna, M. Á. (1999). Las bases constitucionales del derecho del trabajo. *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna*. Nº 16, 4.

Legeais, R. (2008). Principales sistemas actuales de derecho: un enfoque comparativo París: Lexis Nexis SA. pp.52-60.

Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel 2a. Edición, tr. A Gallego. pp. 30.

Martín Casares, A. (2008). *Antropología del género culturas, mitos y estereotipos sexuales*, segunda edición, Ediciones Cátedra Universitat de Valencia Instituto de la Mujer. Madrid, España. Pág. 52.



- Nogueira, H. (2000). "Derechos fundamentales y garantías constitucionales", p. 13.
- Peraza Parga, L. (2004). "Las reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Ed. La Insignia, México, octubre.
- Peris, M. (1976). Juez, Estado y derechos humanos. Valencia: Ed. Fernando Torres.
- Pouvoirs; (1979). "La influencia de la jurisprudencia del Consejo Constitucional en las diversas ramas del derecho", Mélanges Léo Hammon, pp. 235-245 (estos dos estudios habían sido redactados en 1979). Los 12 y 13 de febrero de 1982, N° 13, p. 23.
- Prats, J. E. (2005). "Derecho constitucional". Gaceta Judicial, Volumen II, Santo Domingo, p. 28.
- Quiroga Lavié, H. (1995). Curso de derecho constitucional. Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, pp. 15, 40.
- Rodríguez Carrión, A. (1999). El nuevo derecho internacional: la cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia. En: Transformaciones del Derecho en la mundialización. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. p. 161 y ss.
- Rousseau, D. (1995). Derecho de litigio constitucional (4a ed.). París: Montchrestien.
- Sáez, A. y Urdaneta. (2014). J. Manejo de residuos sólidos en América Latina y el Caribe. *Omnia*. 20 (3): 121-135, [Fecha de consulta: 7 de febrero de 2018]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73737091009>.
- Sager, L. (2007). Juez y democracia. Barcelona: Marcial Pons, p. 149.
- Stavenhagen, R. (2007). Los derechos humanos en las Américas: nuevos desafíos Derechos Humanos y justicia, los derechos humanos en las sociedades contemporáneas. Fondo Editorial de Nuevo León Fórum Universal de la Culturas Monterrey pp. 22-23.
- Troper, M. (1999). Para una teoría legal del Estado. París: PUF.



Troper, M. (1994). Para una teoría legal del Estado. París: PUF.

Truyol y Serra, A. (1979). Los derechos humanos. Madrid.; Ed. Tecnos.

Turpin, D. (1992). "Derecho constitucional," 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 9.

Vedel. (1954). "Las bases constitucionales del derecho administrativo", EDCE, pp. 21-53.

Velásquez Turbay, C. (2008). Derecho constitucional. 3a. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pág. 127.

Zagrebelsky, G. (2003). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003), pp.112, 117, 121, 125, 156.

Zoller, E. (1998). El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América. Los Cahiers du Droit Constitutionnel, 5, pp. 34-53.

Revistas

Tribunales Constitucionales y derechos fundamentales, París, Economica y Presses Universitaires de Aix-Marseille, 1988, p. 55.

Revista, 2010, APC Asociación para el Progreso de las Comunicaciones, Temas Emergentes Derechos Humanos y protocolos de internet: comparación de procesos y principios Joy Liddicoat and Avri Doria p. 3.

Senado. (27 de diciembre de 1999). Senado. Serie I. Núm. 812. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, págs. 1 y ss. En especial las pp. 46-48.

RFC 3233 Defining the IETF. Disponible en línea: http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc3233.txt#_blank RFC 3935 A Mission Statement for the IETF Disponible en línea: http://www.ietf.org/rfc/rfc3935.txt#_blank

RFC 3935 A Mission Statement for the IETF. Se puede ver en línea: http://www.ietf.org/rfc/rfc3935.txt#_blank



Legislación

Constitución Política de la República de Guatemala.

Carta constitutiva de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ONU).

Cartilla de Naciones Unidas “Libres e Iguales” Ficha de datos de Derechos de las personas, LGBTI: Algunas preguntas frecuentes.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT.

Guatemala depositó el instrumento de ratificación el 25 de mayo de 1978, y aceptó la competencia de la Corte Interamericana el 9 de marzo de 1987. Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

Adopta los siguientes Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las américas (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26).

Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas

Convenio Iberoamericano de Cooperación sobre Investigación, Aseguramiento y Obtención de Prueba en materia de Ciberdelincuencia, suscrito en Madrid el 28 de mayo de 2014,

Recomendación de la COMJIB relativa a la tipificación y sanción de la ciberdelincuencia, hecho en Madrid, el 28 de mayo de 2014.

Convenio sobre la ciberdelincuencia, suscrito en Budapest.

Recomendación número 12 del comité (DESC) de la ONU.



Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protocolo de San Salvador.

Convención sobre Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará).

Ley de protección al consumidor y usuario Decreto 6-2003 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley para el reconocimiento de las comunicaciones y firmas electrónicas, Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Propuesta de la ley de protección de datos personales inciativa 4090 de fecha 20 de agosto de 2009 esta de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala (Ver artículo 35).

El Código Penal de Guatemala Decreto No. 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Acceso a la Información Pública Decreto 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, Decreto número 68-86 del Congreso de la República, reformada por el Decreto Número 75-91 el 23-11-1991, Decreto Número 1-93 el 05-03-1993. Decreto Número 90-2000 el 19-12-2000, todos, del Congreso de la República de Guatemala.

Código Municipal, Decreto Número 12-2002, del Congreso de la República de Guatemala.

Código de Salud Decreto Número 90-97 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley Marco de Cambio Climático. Decreto Número 7-2013, del Congreso de la República de Guatemala.

Reglamento Orgánico Interno del Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales.
Acuerdo Gubernativo Número 50-2015.

Creación la Mesa Coordinadora para la Gestión y Manejo Integral de los Residuos y los Desechos Sólidos. Acuerdo Ministerial Número 666-2013.

Creación del Departamento para el Manejo Integral de los Residuos y Desechos Sólidos. Acuerdo Ministerial Número 51-2015.

Código Procesal Penal Decreto 51-92 del Congreso de la República de Guatemala y sus reformas.

Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra las Mujeres, Decreto 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala.

Ley contra la Violencia Sexual, Explotación, y Trata de Personas, Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Páginas de Internet

<http://www.campusmilenio.com.mx/index.php/template/reportaje-y-ensayo/entrevistas/item/992-responsabilidad-politica-a-quienes-ejercen-el-poder-diego-valades>. Recuperado 15 de agosto de 2015.

MARN-URL/IARNA-PNUMA, Informe Ambiental del Estado, Guatemala, 2016, disponible en <http://www.marn.gob.gt/documentos/novedades/geo.pdf>, consultado el 25 de julio de 2018.

www.ohchr.org www.unfe.org PDF. Consultado enero de 2018.

www.ohchr.org www.unfe.org, Consulta 10 de diciembre de 2017.

<http://www.elpais.com.co/familia/diccionario-de-la-diversidad-que-significa-lgtbiq.html>, consultado, 11 de noviembre de 2017.

<https://www.plannedparenthood.org/es>, consultado, 11 de noviembre de 2017.

<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>, consultado 5 de noviembre 2017.



<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>,
noviembre 2017.

<https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>,
noviembre 2017.

<http://vidapluscm.com/es/Diccionario>. Guatemala, 20 de noviembre de 2017.

RFC 3233 Defining the IETF. Disponible en línea: http://www.rfc-editor.org/rfc/rfc3233.txt#_blank.

RFC 3935 A Mission Statement for the IETF Disponible en línea: http://www.ietf.org/rfc/rfc3935.txt#_blank.

<http://tools.ietf.org/html/rfc4677>, consultado 5 de noviembre 2017.

http://www.consumer.es/web/es/solidaridad/derechos_humanos/2009/06/02/185699.php#sthash.useYFhNa.dpuf, consultado 5 de noviembre 2017.

http://www.consumer.es/web/es/solidaridad/derechos_humanos/2009/06/02/185699.php#sthash.useYFhNa.dpuf, consultado 5 de noviembre 2017.

<http://www.uv.es/cefd/5/squella.html>, consultado 5 de noviembre 2017.

<http://www.campusmilenio.com.mx/index.php/template/reportaje-y-ensayo/entrevistas/item/992-responsabilidad-politica-a-quienes-ejercen-el-poder-diego-valades>. Recuperado 15 de noviembre 2017.

