

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



TESIS DOCTORAL

**INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS**

MSc. ESTUARDO CÁRDENAS

GUATEMALA, JUNIO DE 2019

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

**INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS**

TESIS DOCTORAL

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

M. Sc. ESTUARDO CÁRDENAS

Previo a conferírsele el Grado Académico de

DOCTOR EN DERECHO

Guatemala, junio de 2019

**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: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez
VOCAL II: Lic. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III: M. Sc. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González
VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia
SECRETARIO: Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

**CONSEJO ACADÉMICO
DE ESTUDIOS DE POSTGRADO**

DECANO: Lic. Gustavo Bonilla
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Jorge Roberto Taracena Samayoa
SECRETARIO: Dr. Víctor Manuel Valverth Morales

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

Guatemala, 01 de marzo de 2019

**Señor DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.**

Su Despacho.

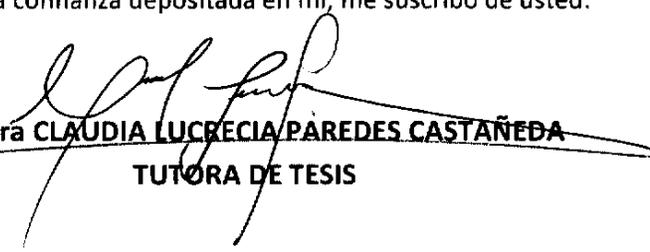
Honorable Señor Director, respetuosamente me dirijo a usted en mi calidad de **"TUTORA DE TESIS"**, con el objeto de dar cumplimiento a la designación que se me hiciera, a efecto de instruir, orientar, revisar, corregir, etc., el trabajo de la Tesis Doctoral del **Maestro ESTUARDO CÁRDENAS**, titulada: **"INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS"**. Por lo que, en cumplimiento del cargo que me fuera conferido, por este acto procedo a **INFORMARLE** lo siguiente:

- a) Que la investigación realizada es de carácter jurídico y científico, con un contenido que llena los requisitos técnicos, de forma y fondo, basados en la realidad jurídica actual;
- b) Que velé por el cumplimiento de los principios, procedimientos, métodos y técnicas que se exigen en la investigación científica; y, en especial, aquellos concernientes a los trabajos de investigación en el nivel de postgrados, especialmente de doctorado;
- c) Que procedí a realizar las recomendaciones necesarias, con la finalidad de cuidar la calidad y los altos requerimientos que se exigen para este tipo de trabajos de investigación;
- d) Que las conclusiones formuladas llenan los requisitos satisfactorios de la investigación;
- e) Que la bibliografía se refiere a temas tratados en la presente tesis que tuve a bien revisar;
- f) Que, asimismo, el presente trabajo desarrollado, tiene un contenido de suma importancia científica y académica, en relación al desempeño de la función jurisdiccional tanto dentro como fuera de nuestro país, específicamente en el ámbito del orden constitucional y de los derechos humanos; puesto que se centra concretamente en la observancia estricta de las instituciones jurídicas de la inconstitucionalidad y de la inconventionalidad, en dichos ámbitos, como el producto de sus correspondientes controles de constitucionalidad y de convencionalidad; y que, no obstante tener como fin principal resguardar, en el respectivo orden, la supremacía constitucional y la supremacía convencional, tienden a evidenciar sus analogías y divergencias, lo cual resulta de relevante importancia conocer y, en efecto, es lo que el postulante de la tesis permitió advertir, a través de su investigación y resultados.

Por lo que, en base a lo ordenado por el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado, realicé el análisis, estimaciones, correcciones, etc., correspondientes a la tesis que se presenta; y, considero que el trabajo desarrollado por el referido proponente sí llena los requisitos exigidos para este tipo de investigaciones de carácter científico; por lo que procedo a emitirme mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

Sin otro particular, y esperando haber cumplido satisfactoriamente con el cargo delegado en mi persona, y agradeciéndole la confianza depositada en mí, me suscribo de usted.

Muy atentamente,


Doctora CLAUDIA LUCRECIA PAREDES CASTAÑEDA
TUTORA DE TESIS

Guatemala, 28 de mayo de 2019

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria, zona 12

Señor Director:

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

INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

Esta tesis fue presentada por el Msc. Estuardo Cárdenas, estudiante del Doctorado en Derecho de la Escuela de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

En tal sentido considero que, después de realizada la corrección indicada, el texto puede imprimirse.

Atentamente,


Dra. Gladys Tobar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450
Gladys Tobar Aguilar
LICENCIADA EN LETRAS
Colegiada 1450

c.c. archivo



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, 3 de junio del dos mil diecinueve.-----

En vista de que el MSc. Estuardo Cárdenas aprobó examen privado de tesis en el **Doctorado en Derecho** lo cual consta en el acta número 42-2019 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD SIMILITUDES Y DIFERENCIAS”**. 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

A mis padres:

Al *Eterno*, por su gracia y favor.

A Don *Julio Adolfo* (+) y a Doña *Aurora*,
por su gran amor, apoyo y enseñanzas.



ÍNDICE

Introducción.....

CAPÍTULO I

1. JERARQUÍA NORMATIVA

1.1. Generalidades.....	1
1.2. Jerarquía ordinaria.....	7
1.3. Jerarquía Constitucional.....	9
1.3.1. Constitución.....	10
1.3.2. Supremacía constitucional.....	16
1.4. Jerarquía convencional.....	25

CAPÍTULO II

2. DERECHOS HUMANOS

2.1. Precisiones conceptuales.....	35
2.2. Naturaleza, rasgos y propiedades.....	37
2.3. Evolución en su protección.....	40
2.4. Características.....	46
2.5. Objeto y fin del control de convencionalidad.....	56



CAPÍTULO III

3. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

3.1. Generalidades, antecedentes y origen.....	67
3.2. Relación con el sistema universal.....	68
3.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	70
3.3.1. Aspectos subyacentes próximos.....	70
3.3.2. Promulgación, aprobación y vigencia.....	74
3.3.3. Interpretación.....	77
3.4 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	80
3.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	87

CAPÍTULO IV

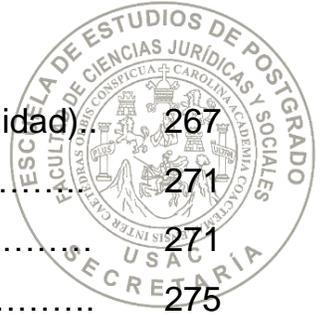
4. LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

4.1. Antecedentes y generalidades.....	103
4.2. Los denominados “bloques”.....	138
4.2.1. De constitucionalidad.....	138
4.2.2. De convencionalidad.....	142
4.3. Interpretación constitucional y convencional.....	146
4.4. Parámetros para su ejercicio.....	169
4.4.1. Principio y test de proporcionalidad.....	169
4.4.2. Juicio o test de igualdad.....	181
4.4.3. Margen de apreciación nacional.....	194
4.5. Generalidades sobre su ejercicio en Guatemala.....	206

CAPÍTULO V
5. INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD
SIMILITUDES Y DIFERENCIAS



5.1. Prolegómenos.....	219
5.2. Antecedentes generales.....	220
5.3. Precisiones conceptuales.....	221
5.3.1. Inconstitucionalidad.....	221
5.3.2. Inconvencionalidad.....	222
5.4. Modelos.....	223
5.4.1. De constitucionalidad.....	223
5.4.1.1. Difuso.....	224
5.4.1.2. Concentrado.....	227
5.4.1.3. Otros.....	232
5.4.1.3.1. Mixto (híbrido).....	233
5.4.1.3.2. Dual (paralelo).....	234
5.4.2. De convencionalidad.....	237
5.4.2.1. Concentrado.....	238
5.4.2.2. Difuso.....	244
5.4.2.3. Otros.....	254
5.5. Clases.....	256
5.5.1. Abstracta.....	256
5.5.2. Concreta.....	258
5.5.3. Subclases.....	260
5.5.3.1. Sobrevenida.....	260
5.5.3.2. Por omisión.....	261
5.5.3.3. Por vetustez.....	263
5.5.3.4. <i>Ex officio</i>	264



5.5.3.5. Otras (formas de controlar una eventual incompatibilidad).....	267
5.6. Órganos competentes.....	271
5.6.1. En cuanto a la inconstitucionalidad.....	271
5.6.2. En cuanto a la inconvencionalidad.....	275
5.7. Trámite general.....	277
5.7.1. De la inconstitucionalidad.....	277
5.7.2. De la inconvencionalidad.....	279
5.8. Efectos.....	280
5.9. Similitudes y diferencias.....	281
5.9.1. Analogías.....	283
5.9.2. Divergencias.....	287
5.10. El caso de Guatemala.....	296
CONCLUSIONES.....	319
BIBLIOGRAFÍA.....	321

INTRODUCCIÓN



A través del presente trabajo de investigación, se aborda lo concerniente a instituciones jurídicas de relevancia y actualidad: la inconstitucionalidad y especialmente la inconvencionalidad; tratándose, como tema principal y de fondo, lo correspondiente a las similitudes y las diferencias que existen entre estas.

Ahora bien, para realizar al estudio de ambas instituciones jurídicas, ha sido menester partir de aspectos generales que, a su vez, les resultan subyacentes y cuya comprensión previa es del todo necesaria para los efectos de poder determinar, de manera objetiva, las analogías y las divergencias que constituyen el aspecto toral de la investigación.

En este orden de ideas, en el primer capítulo de la tesis se trata lo relativo a la llamada jerarquía normativa, partiendo de las generalidades de dicha institución, para después abordar las distintas clases de jerarquías normativas cuyo conocimiento le es aplicable a la investigación realizada; partiéndose de la alegoría a la pirámide kelseniana.

Así, nos encontramos con lo relativo a la jerarquía ordinaria, jerarquía constitucional y la jerarquía convencional; y, dentro de la segunda categoría tratada -la constitucional- se aborda lo concerniente a la Constitución, como ley suprema y parámetro directo para el control de constitucionalidad, partiendo del concepto de la supremacía constitucional y,

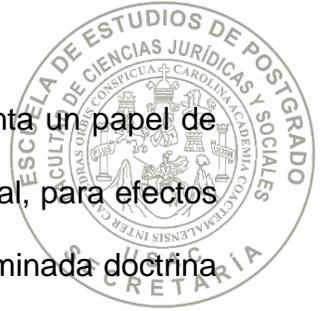


a la vez, norma que legitima la incorporación y ratificación de convenios internacionales de derechos humanos, en su caso, por medio del llamado bloque de constitucionalidad.

En el capítulo segundo, se consigna el resultado de la investigación, relativa a los derechos humanos, precisándolos conceptualmente, a partir de su confrontación con el concepto de derechos fundamentales; señalando su naturaleza, rasgos y propiedades. Así como la evolución que han tenido en cuanto a su protección; determinándose sus características y, un aspecto de suma relevancia, estableciendo que estos son y deben ser el objeto y fin del control de convencionalidad, abordado en otros capítulos.

El capítulo tercero de la tesis trata sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, dentro del cual se trata sus generalidades, antecedentes y origen, así como su relación con el sistema universal y, a la vez, se aborda de manera específica y directa, como un subtema, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada Pacto de San José.

Del Pacto de San José, de Costa Rica, se examinan sus antecedentes más próximos, lo referente a su promulgación, aprobación y vigencia; y, muy especialmente, lo relativo a su interpretación; al igual que los órganos que integran el sistema interamericano, como: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sus competencias y desempeño de sus funciones delegadas a través del propio Pacto, así como en sus reglamentos y estatutos internos.



Teniéndose en cuenta que el Tribunal Interamericano en mención ostenta un papel de preponderancia dentro del sistema, al ser el órgano internacional del cual, para efectos del presente trabajo de investigación, ha surgido y desarrollado la denominada doctrina del control de convencionalidad; y, la Comisión Interamericana, por su papel de órgano previo y de depuración de las acciones incoadas por violación de derechos humanos.

En el decurso de la tesis, en su cuarto capítulo se asume el examen de los controles de constitucionalidad y convencionalidad, con sus aspectos generales y sus antecedentes, así como los denominados bloques, de constitucionalidad y de convencionalidad -este último también es denominado *corpus iuris* de protección de derechos humanos-, igual que la interpretación jurídica concerniente a los mismos, con sus particularidades, que también tienen connotación en el ejercicio de los mismos, en lo interno de Guatemala.

Estableciéndose que, para el adecuado ejercicio de tales controles, entre otros tantos, se cuenta con parámetros de objetividad y razonabilidad, tales como: el principio y test de proporcionalidad; el juicio o test de igualdad y el margen de apreciación nacional.

Por último, en el quinto capítulo analiza el tema de fondo: inconstitucionalidad e inconvencionalidad, las similitudes y diferencias. Partiendo de un breve prefacio al respecto, así como de sus antecedentes generales y la precisión de dichos conceptos; tomándose en cuenta, como elementos subyacentes, los modelos que del control de constitucionalidad y de convencionalidad existen a la presente fecha.



Dentro de los modelos de constitucionalidad, a los que normalmente se ajusta el control de convencionalidad, y de los cuales eventualmente puede surgir la declaratoria de una inconstitucional o inconvencionalidad, se encuentran el difuso, así como el concentrado y en Latinoamérica, los cuales reflejan divergencias que hacen que surjan otros que, en esencia, pueden circunscribirse al modelo mixto o híbrido y al modelo dual o paralelo; y, a la vez en su caso resultan aplicables para el ejercicio del control de convencionalidad.

A su vez, se tratan las clases de inconstitucionalidad e inconvencionalidad existentes, al igual que los órganos competentes para su conocimiento y decisión, y el trámite general al que se encuentran sujetas así como los efectos que producen de ser acogidas; y, por último, las analogías y divergencias concurrentes entre ambas instituciones jurídicas, lo cual también repercute en el caso de Guatemala; tomando en cuenta sus antecedentes, y su sistema de justicia constitucional vigente que, de acuerdo con lo analizado, tiende a emplearse analógicamente en cuanto al control judicial difuso de la convencionalidad.

Siendo así como se aborda el estudio teórico, doctrinal y jurisprudencial de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad, como el resultado del ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad que, a la vez, garantizan la supremacía normativa tanto de rango constitucional, así como también convencional en materia de derechos humanos; determinándose las analogías y divergencias entre ambas instituciones. Con el entendido de que, partiendo de su identificación, se expedita su mejor comprensión, así como el adecuado, razonable y objetivo ejercicio de sus controles subyacentes.



CAPÍTULO I

1. JERARQUÍA NORMATIVA

1.1. Generalidades

A manera de exordio en relación con lo que, como pretensión de fondo, se persigue con el presente trabajo de tesis doctoral y para los fines que se alcanzarán con este, se hace necesario partir de lo que, en términos generales, debe entenderse desde el concepto de jerarquía normativa; presuponiendo el conocimiento previo y subyacente necesario para su esencial comprensión, en cuanto a los conceptos, propiamente dichos, sobre la jerarquía como tal así como lo que significa y entraña una norma jurídica, para que en su conjunto se conciba el sentido substancial resultante de la concatenación de los términos.

En ese sentido, el autor René Arturo Villegas Lara, en su libro *Teoría de la Constitución*, expresa lo siguiente:

La conocida pirámide normativa que jerarquiza toda la estructura de un ordenamiento jurídico, ha servido y sirve para explicar el principio de jerarquía normativa que informa a toda la legalidad de un Estado. Este principio es de suma utilidad para entender cómo funciona todo lo jurídico como sistema y para eso, no hay más asidero teórico que recurrir a la teoría de Hans Kelsen, la cual es de obligada enseñanza en los centros en que se estudia y enseña ciencia jurídica, a pesar del desdén que manifiestan algunos juristas por su teoría; y aun cuando su rigorismo metódico y su formalismo se enfrente a nuevas corrientes de pensamiento que señalan sus puntos débiles dentro de la teoría jurídica y de la justicia, especialmente por no preocuparse de los temas de la justicia, de los valores, de los principios jurídicos o de la moral, como pautas de conducta que tienen que ver con el Derecho, este es el argumento más utilizado en contra de la teoría de Kelsen, sin reparar que este, al formular su teoría pura del derecho, dejó bien claro que su tesis era ajena a lo sociológico, a lo filosófico o a lo axiológico como puntos de vista para explicar los fenómenos jurídicos, porque esos son temas de otras ciencias especiales, como la sociología, la filosofía o la axiología, pero no de la Teoría Pura. (2007: 100, 101).



Efectivamente es así como el autor precitado lo menciona, porque independientemente de las críticas y oposiciones actuales a la teoría pura del derecho propugnada por Hans Kelsen, cuyo conocimiento –al menos general– también es de presuponerse para los fines específicos de la presente tesis es precisamente esa idea que los estudiosos del Derecho tienen con respecto a la denominada pirámide normativa y/o también como pirámide kelseniana -independientemente de que ahora pueda entenderse mutada-, lo que nos permite visualizar dentro de un ordenamiento jurídico dado, en nuestro caso, especialmente el guatemalteco, tangiblemente esa jerarquización de las distintas normas promulgadas dentro de este; partiendo del vértice y culminando en la base piramidal.

En ese mismo orden de ideas, Lassalle concluye lo siguiente:

Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder: la verdadera Constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social, de ahí los criterios fundamentales que deben [...] retener. (2013: 87).

Coligiéndose que, para este último autor -al igual que para el anteriormente citado-, por constitución no debe entenderse únicamente el texto escrito en la Ley Suprema de un Estado, sino más bien -como ya se refirió- además, los aspectos axiológicos y teleológicos que, subyacentemente, fundamentan este. Al extremo de que, inclusive, podría no tenerse dicho texto y, sin embargo, reconocerse y aceptarse la existencia de dicha Ley; tal como -a manera de ejemplo- sucede en Gran Bretaña, en donde no existe formalmente un texto llamado Constitución, sin embargo, a partir del año 1215, con la famosa *Charta Magna* es incuestionable -en cualquier ámbito- su existencia, legitimidad y validez, al punto de que dicho concepto, por antonomasia, se utiliza para referirse a la Constitución.

Siguiendo con el desarrollo del concepto que nos ocupa –constitución- resulta que, por su parte, Flores refiere lo que sigue: “cabe evocar la reflexión de Carl Schmitt [...] La

Constitución es el Estado en su concreta existencia política. El Estado es Constitución. Su Constitución es su alma, su vida concreta y su existencia individual” (2009: 73).



Asimismo, el multicitado Kelsen, en relación con el término ‘constitución’, nos ilustra de la siguiente manera: “Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos; es decir, mediante un acto legislativo... se suele hablar de una constitución ‘escrita’, para distinguirla de la constitución no escrita producida por la costumbre[...] corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado ‘constitución’ que, como constitución escrita, no solo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones , según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino solo en condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial[...]; es decir, la constitución tiene que instaurar a la costumbre, constituida por el comportamiento habitual de los individuos -ciudadanos o súbditos- sometidos al orden jurídico estatal, como un hecho productor de derecho” (2000: 232, 233).

Así, se advierte que, sobre el concepto de constitución, existe un generalizado consenso entre los estudiosos del Derecho en cuanto a entender, comprendidas en este, una naturaleza material y, en su caso una formal; distinguiéndose ambas, esencialmente, en atención a que la primera normalmente no aparece escrita o positivizada, se presupone y, por ende es subyacente a la segunda; que sí figura por escrito y la cual, en ocasiones, puede contener, en su texto, como porción de su contexto, parte de la naturaleza material precitada; debiéndose, para los efectos del presente trabajo, al referirnos a ese concepto de constitución, entender comprendidas en este ambas naturalezas.



Por su parte, Medina manifiesta que constitución es:

ley fundamental o norma suprema y de mayor jerarquía, de un Estado soberano, cuyo origen proviene del pueblo a través de un poder constituyente: Asamblea General Constituyente y su contenido: impone el respeto a los derechos humanos y organiza el funcionamiento del Estado, sujetando a los poderes públicos y a los gobernados a un orden constitucional, con absoluto apego al Derecho, siguiendo el pensamiento de Hans Kelsen. Fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de estos con sus ciudadanos. Busca garantizar al pueblo sus derechos y libertades. La Constitución, recoge principios y valores ciudadanos que organizan la sociedad política, desde la idea de un pacto de paz que favorece el desarrollo. (2015: 11).

Observándose que, como el propio autor lo señala, para expresar su definición sobre el concepto de Constitución, parte de las ideas centrales que, al respecto, fijara el jurista Hans Kelsen, especialmente en su obra comentada; lo que revela una vez más que como se dijera: “se puede estar con Kelsen o contra Kelsen, pero no se puede estar sin Kelsen” (2016: 9).

Al respecto, Pereira-Orozco y Richter indican que, de las distintas definiciones existentes sobre el concepto de Constitución, se desprenden como sus características principales las que se individualizan a continuación:

1) Suma de factores reales y efectivos de poder. 2) Es un principio de organización. 3) Conjunto de normas jurídicas. 4) Regula los poderes. 5) Regula los órganos del Estado. 6) Establece las obligaciones y derechos con respecto al Estado de las autoridades y de los ciudadanos. 7) Está formada por tres segmentos o estructuras: la costumbre constitucional, la ideología constitucional y la normativa constitucional. 8) Objetivo: pretende modelar la sociedad. 9) Función: Regula la organización, funcionamiento y atribuciones del poder. 10) Es sancionada y proclamada por el órgano autorizado para ello (Convención o Asamblea Constituyente). (2012: 121).



El jurista Miguel Carbonell, citado por los autores referidos en el párrafo que antecede y en esa misma obra, sobre el concepto de Constitución, manifiesta que:

Se trata de un concepto que ha tenido y tiene un sinfín de formulaciones, muchas de ellas incompatibles y contradictorias entre sí. Tal diversidad de conceptos, se estima, derivan de dos causas: 1. A que el concepto de Constitución se refiere a la sustancia de la existencia política de un pueblo, por lo que está particularmente dedicado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad del conocimiento, sino en la adecuación instrumental para la controversia con el adversario [cargado de significación política interesada] y 2. A que la Constitución no se agota en su significación jurídica, sino que comprende diversas esferas de la vida humana objetivada, vinculando por su contenido a sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc. (2012: 118).

A su vez, Guastini, citado por Villegas, distingue cuatro significados del término Constitución de la siguiente forma:

a) en una primera acepción, ‘Constitución’ denota un ordenamiento político de tipo ‘liberal’; b) en una segunda acepción, ‘Constitución’ denota un cierto conjunto de normas jurídicas: grosso modo, el conjunto de normas -en algún sentido fundamentales-, que caracterizan e identifican todo ordenamiento; c) en una tercera acepción, ‘Constitución’ denota -simplemente- un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente); d) en una cuarta acepción, en fin, ‘Constitución’ denota un particular texto normativo dotado de ciertas características ‘formales’, o sea de un peculiar régimen jurídico” (2017: 46).

Villegas, sobre el particular, concluye: “se puede decir que la Constitución: es el instrumento jurídico fundamental y de jerarquía superior de un Estado, en el cual se encuentran establecidos los derechos esenciales de las personas, la organización del poder público y el control de su ejercicio” (2017: 47).

Es decir, por Constitución, se debe entender no solo aquel cuerpo normativo formal y escrito que actualmente se posee, como en la mayoría de los Estados de derecho y que contiene las bases fundacionales del Estado, sino también, a su vez, como aquel

cúmulo de valores, principios y normas generales subyacentes que, en las palabras de Kelsen: “deben presuponerse”. Que van más allá de lo simplemente escrito y que, por su parte, autorizan y legitiman al poder constituyente que, como función principal, tendrá a su cargo la promulgación de la respectiva Constitución formal con sus poderes derivados.

Por último, Marmor nos manifiesta lo siguiente: “Hay seis rasgos principales de las constituciones que son característicos y moralmente. Permítaseme enumerarlos brevemente. (i) supremacía normativa[...] (ii) Control de constitucionalidad[...] (iii) Longevidad[...] (iv) Rigidez[...] (v) Dos tipos de contenido[...] (vi) Generalidad y abstracción” (2015: 39-41). Refiriendo dicho autor, de manera individual, sus ideas con respecto a las características que –, según él– son esenciales y principales en todas las Constituciones contemporáneas, con un enfoque especial en las formales.

Es así como, en los términos anteriores, se puede advertir la importancia que reviste el estudio del concepto de constitución, y no solamente desde un punto de vista de la Teoría General del Derecho, sino, como se sabe, también de la Filosofía del Derecho; habiendo –en ambos ámbitos– grandes exponentes al respecto. Partiendo de la relevancia jurídica, pero también política, que el tema reviste, al llevarlo a un contexto de Teoría del Estado; en atención a la esencia misma del concepto, sea forma o material.

Por lo que, a guisa de colofón y para los efectos integrales del presente capítulo, entender el concepto de Constitución, especialmente dentro de una esfera jurídica, partiendo de que lo que se pretende, como fin dentro de este es la comprensión básica de lo que es e implica la jerarquía normativa, con sus diversas connotaciones; a efecto de que, en los capítulos posteriores, se pueda entrar a abordar sustancialmente el tema de fondo, como es: inconstitucionalidad e convencionalidad -analogías y divergencias-; teniendo como punto de partida el concepto de Constitución, al igual que el de derechos humanos.



1.2. Jerarquía ordinaria

Entonces, si bien es cierto, la esencia del presente trabajo está contextualizada dentro del marco constitucional, así como del derecho internacional de los derechos humanos, ello no implica que, a su vez, dicha jerarquía normativa también tenga aplicación dentro de todo el ordenamiento jurídico; es decir, no solo partiendo de nuestra Ley Fundamental sino también, a su vez, del ordenamiento normativo de índole ordinario, que la desarrolla, en relación a las demás disposiciones que, a su vez, se encuentran por debajo del mismo.

Lo anterior se entiende de mejor manera siguiendo lo afirmado, al respecto, por el ilustre doctor René Arturo Villegas Lara, en el mismo libro mencionado, y en el siguiente orden: "...Debe aclararse que el principio de jerarquía normativa también tiene efectos en el derecho ordinario; así, un reglamento no puede contrariar a la ley que le sirve de sustento" (2017: 102).

En ese mismo sentido, César Landa, en su artículo contenido en la obra denominada *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales/Fuerza Normativa de la Constitución* sobre el particular, nos refiere lo siguiente: "...Ahora bien, cuando se alude a la jerarquía sucesiva o en cascada del ordenamiento jurídico no se piensa únicamente en la Constitución o en las leyes, tratados, ordenanzas, decretos o reglamentos de un determinado país; por el contrario, se piensa en algo mucho más dinámico y vital..." (2010: 25).

Es decir, la jerarquía alcanza todos los niveles del ordenamiento jurídico de que se trate, a nivel nacional e, inclusive, internacional; sea en forma implícita o expresa.

La jerarquía a la que nos estamos refiriendo, o sea, la ordinaria, también es conocida como "legal", partiendo de la equiparación que se hace del concepto "Ley" con las normas jurídicas que se encuentran inmediatamente por debajo de la Constitución de



un país determinado, en nuestro caso de la Constitución Política de la República de Guatemala; y que son producto de un Poder Constituido –como lo es el Parlamento, o Congreso en nuestro caso, correspondiente al Poder Legislativo–, el cual, para efectos prácticos puede ser comprendido partiendo de lo que, al respecto, refiere el autor Juan Francisco Flores Juárez, en su obra denominada *Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos*:

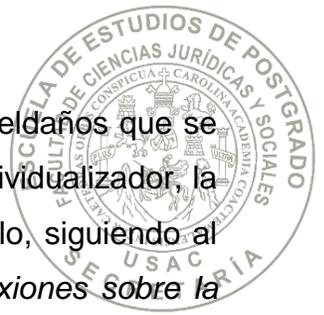
El poder constituido funda su existencia en la propia Constitución y por tanto es derivado y sujeto a límites, extremo que lo diferencia del poder originario que, como ya se dijo, es superior al orden que crea y a los poderes por él creados... Realmente los llamados poderes constituidos son los instrumentos que posibilitan el cumplimiento de las funciones del estado y permiten concretar los fines y propósitos de la sociedad organizada. (2009: 79).

Para la oportuna comprensión y diferenciación del Poder Constituido y el Constituyente, en cuanto a este último el referido autor, en su misma obra, nos ilustra en este sentido:

Conclusivamente puede afirmarse que el Poder constituyente opera en un nivel singular y sobre el mismo no prevalece ninguna potestad y es el que insufla vida a los poderes constituidos (Poder legislativo, Poder ejecutivo y Poder Judicial), a los cuales, a través del texto constitucional, crea, determina y limita. (2009: 80).

En ese sentido, como diferencia total entre la Ley, en los términos relacionados, y la Constitución, debe tenerse su génesis, o sea, la naturaleza del Poder que la origina; en el caso de esta última lo es el Poder Constituyente y, en el caso de la primera, un Poder Constituido –Parlamento–.

Aclarado lo anterior, puede afirmarse, en cuanto a la jerarquía legal u ordinaria, que esta parte de un escalón infraconstitucional, en la pirámide jurídica que hemos tomado como referencia para efectiva comprensión del tema principal de este capítulo; y, en ese orden, resulta que, las normas jurídicas ordinarias se originan en el Poder –“Organismo”, en nuestro caso– Legislativo (“Parlamento”, en otros países). Es decir, como ya antes hemos visto, de un Poder Constituido -distinto del Poder Constituyente Originario, que resulta de una Asamblea Nacional Constituyente como producto de la democracia representativa-.



Es decir, la jerarquía legal, originada de las leyes ordinarias hacia los peldaños que se hayan subordinados a las mismas, tiene como elemento primordial e individualizador, la diferencia entre tales normas jurídicas y las constitucionales; y, para ello, siguiendo al autor Héctor Fix-Zamudio, quien al respecto, en su obra *Breves Reflexiones sobre la Interpretación Constitucional*, nos ilustra refiriendo que: “...existen tres elementos que distinguen las normas constitucionales respecto a las normas ordinarias: su fuente u origen, su estructura lógica y su contenido...” (1993: 99).

Evidenciándose que, si bien es cierto, todo el ordenamiento jurídico debe encontrarse en congruencia y armonía con la Constitución -como Norma Fundamental-, así también lo es que, a su vez, verbigracia: los reglamentos, sentencias y, en general, todos aquellos actos de ejecución emanados del poder estatal, deben encontrarse, de la misma forma, en concordancia con la ley ordinaria que los autoriza y legitima, por virtud de esa misma jerarquía -en este caso, legal-; la que, por su parte, deberá necesariamente encontrarse en esa misma sintonía para con la Carta Magna, tanto formal como materialmente, pues ésta es la que, al final, se encuentra en la cúspide de la precitada pirámide normativa.

1.3. Jerarquía constitucional

Acotadas las generalidades precedentes, importa, para los fines ahora pretendidos con este trabajo, abordar lo relativo a la jerarquía constitucional, puesto que ésta será la que, *a posteriori*, nos permitirá arribar al tema total de la presente investigación. Y, al respecto, nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 175, nos señala lo siguiente: “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”.



En ese *iter*, y para los fines de la investigación concreta, se estima que la mejor manera de adentrarnos en el subtema es a través de la denominada “Supremacía Constitucional”, cuyo concepto es más utilizado y conocido en el medio forense y que, en este trabajo, se utilizará como término equivalente de “Jerarquía Constitucional”, asentándose la presente salvedad para efectos prácticos y metodológicos que permitan la debida comprensión de lo tocante a este tópico de la pirámide que, mediante alegoría, nos ilustra dicha jerarquía.

Iniciando, para ello, con unas breves y simples notas sobre lo que es la “Constitución”, propiamente dicha, entendida como la Norma Fundamental de todo Estado de Derecho; para, posteriormente, referirnos a la citada supremacía de la misma, con respecto al resto del ordenamiento jurídico, es decir, en relación a las leyes ordinarias, reglamentos, etc.

1.3.1. Constitución

Al respecto, el insigne jurista alemán Otto Bachof, en su famosa conferencia pronunciada como lección inaugural en la Universidad de Heidelberg en 1951, intitulada “¿Normas Constitucionales Inconstitucionales?”, nos ayuda a comprender la amplitud y complejidad del concepto de mérito, al referir sobre el particular lo siguiente: “...dentro del... delimitado concepto de Constitución, resulta necesario distinguir todavía entre la Constitución escrita o Constitución en sentido formal y la Constitución en sentido material...” (2010: 58). Lo cual, *per se*, nos advierte sobre la existencia subyacente de una Constitución material que, a su vez, debe coexistir simultáneamente con la Constitución formal -escrita-.

Continúa indicando el precitado jurista -Otto Bachof-:

Constitución en sentido formal es, en esencia, una ley caracterizada por ciertos elementos formales -particularidades en su aprobación, su denominación y su



reforma agravada-, o también la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente el contenido completo -que es, con frecuencia, en mayor o en menor medida circunstancial- de las disposiciones del texto constitucional. Por su parte, con el concepto de Constitución en sentido material se alude, en general, al conjunto de normas que regulan la constitución, las funciones y las competencias de los órganos superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado...” (2010: 58, 59).

Es decir, para dicho jurisconsulto, lo cual a su vez se comparte, el término “Constitución”, desde un punto de vista jurídico, no alude exclusivamente al texto escrito de la misma que, actualmente, se tiene en la mayor parte de los Estados; sino más allá de eso a aquel conjunto de normas, principios, valores, etcétera que, aunque no consten por escrito, se presuponen concurrentes y, por ende, constituyen el fundamento material del cual deriva el sistema jurídico correspondiente, incluyéndose en este a la Constitución formal misma; y que, de hecho, legitima y autoriza el llamado Poder Constituyente que se reúne para la promulgación de esa Constitución escrita; es decir, consiste en un concepto metapositivo.

En ese mismo orden de ideas, el jurista Ferdinand Lassalle en la obra *intitulada ¿Qué es una Constitución?*, sobre dicho particular concluye en lo siguiente:

Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder: la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen, y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social, de ahí los criterios fundamentales que deben... retener. (2013: 87).

Coligiéndose que, para este último autor -al igual que para el anteriormente citado-, por “Constitución” no debe entenderse únicamente el texto escrito en la Ley Suprema de un Estado, sino más bien -como ya se refirió- además los aspectos axiológicos y teleológicos que, subyacentemente, fundamentan el mismo. Al extremo de que, inclusive, podría no tenerse dicho texto y, sin embargo, reconocerse y aceptarse la existencia de dicha Ley; tal como -a manera de ejemplo- sucede en Gran Bretaña, en donde no existe formalmente un texto llamado Constitución, sin embargo, a partir del año 1215, con la famosa “*Carta Magna*”, es incuestionable -en cualquier ámbito- su



existencia, legitimidad y validez, al punto de que dicho concepto, por antonomasia, se utiliza para referirse a la Constitución.

Siguiendo con el desarrollo del concepto que nos ocupa –“Constitución”- resulta que, por su parte, el autor Juan Francisco Flores Juárez, en su obra denominada *Constitución y Justicia Constitucional/Apuntamientos*, al respecto refiere lo que sigue: “...cabe evocar *la reflexión de Carl Schmitt...* La Constitución es el Estado en su concreta existencia política. El Estado es Constitución. Su Constitución es su alma, su vida concreta y su existencia individual...” (2009: 73).

Asimismo, el multicitado Hans Kelsen, en su obra cumbre *Teoría Pura del Derecho*, en relación al término

Constitución”, nos ilustra de la siguiente manera: “...Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esa constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo... se suele hablar de una constitución ‘escrita’, para distinguirla de la constitución no escrita producida por la costumbre... corresponde distinguir la constitución en sentido formal, esto es, el documento denominado ‘constitución’ que, como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas o modificadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial... Es decir, la constitución tiene que instaurar a la costumbre, constituida por el comportamiento habitual de los individuos -ciudadanos o súbditos- sometidos al orden jurídico estatal, como un hecho productor de derecho. (2000: 232, 233).

Así, se advierte que, sobre el concepto de constitución, existe un generalizado consenso entre los estudiosos del Derecho en cuanto a entender, comprendidas en el mismo, una naturaleza material y, en su caso una formal; distinguiéndose ambas, esencialmente, en atención a que la primera normalmente no aparece escrita o positivizada, se presupone y, por ende, es subyacente a la segunda; que sí figura por escrito y la cual, en ocasiones, puede contener, en su texto, como porción de su contexto, parte de la naturaleza material precitada; debiéndose, para los efectos del

presente trabajo, al referirnos a ese concepto de “Constitución”, entender comprendidas en el mismo ambas naturalezas.

Por su parte, el autor Juan Carlos Medina Salas, en su obra intitulada *Supremacía del Orden Constitucional en Guatemala*, sobre el particular, manifiesta que Constitución es:

Ley fundamental o norma suprema y de mayor jerarquía, de un Estado soberano, cuyo origen proviene del pueblo a través de un poder constituyente: Asamblea General Constituyente, y su contenido: impone el respeto a los Derechos Humanos y organiza el funcionamiento del Estado, sujetando a los poderes públicos y a los gobernados a un orden constitucional, con absoluto apego al Derecho, siguiendo el pensamiento de Hans Kelsen. Fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado y de estos con sus ciudadanos. Busca garantizar al pueblo sus derechos y libertades. La Constitución, recoge principios y valores ciudadanos que organizan la sociedad política, bajo la idea de un pacto de paz que favorece el desarrollo...” (2015: 11).

Observándose que, como el propio autor lo señala, para expresar su definición sobre el concepto de Constitución, parte de las ideas centrales que, al respecto, fijara el jurista Hans Kelsen, especialmente en su obra comentada; lo que revela una vez más que como se dijera: “se puede estar con Kelsen o contra Kelsen, pero no se puede estar sin Kelsen...” (2016: 9).

Al respecto, los autores Alberto Pereira-Orozco y Marcelo Pablo E. Richter, en su libro: *Derecho Constitucional*, en su séptima edición, indican que, de las distintas definiciones existentes sobre el concepto de Constitución, se desprenden como sus características principales las que se individualizan a continuación:

- 1) Suma de factores reales y efectivos de poder.
- 2) Es un principio de organización.
- 3) Conjunto de normas jurídicas.
- 4) Regula los poderes.
- 5) Regula los órganos del Estado.
- 6) Establece las obligaciones y derechos con respecto al Estado de las autoridades y de los ciudadanos.
- 7) Está formada por tres segmentos o estructuras: la costumbre constitucional, la ideología constitucional y la normativa constitucional.
- 8) Objetivo: pretende modelar la sociedad.
- 9) Función: Regula la organización, funcionamiento y atribuciones del poder.
- 10) Es sancionada y proclamada por el órgano autorizado para ello (Convención o

Asamblea Constituyente). (2012: 121).



El jurista Miguel Carbonell, citado por los autores referidos en el párrafo que antecede, y en esa misma obra, sobre el concepto de Constitución, manifiesta que:

Se trata de un concepto que ha tenido y tiene un sinnúmero de formulaciones, muchas de ellas incompatibles y contradictorias entre sí. Tal diversidad de conceptos, se estima, derivan de dos causas: 1. A que el concepto de Constitución se refiere a la sustancia de la existencia política de un pueblo, por lo que está particularmente dedicado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su ratio no en la voluntad del conocimiento, sino en la adecuación instrumental para la controversia con el adversario [cargado de significación política interesada], y 2. A que la Constitución no se agota en su significación jurídica, sino que comprende diversas esferas de la vida humana objetivada, vinculando por su contenido a sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc.” (2012: 118).

A su vez, el tratadista italiano Riccardo Guastini, citado por el autor René Arturo Villegas Lara en su obra ya mencionada: *Teoría de la Constitución*, distingue cuatro significados del término Constitución de la siguiente forma:

a) en una primera acepción, ‘Constitución’ denota un ordenamiento político de tipo ‘liberal’; b) en una segunda acepción, ‘Constitución’ denota un cierto conjunto de normas jurídicas: grosso modo, el conjunto de normas -en algún sentido fundamentales-, que caracterizan e identifican todo ordenamiento; c) en una tercera acepción, ‘Constitución’ denota -simplemente- un documento normativo que tiene ese nombre (o un nombre equivalente); d) en una cuarta acepción, en fin, ‘Constitución’ denota un particular texto normativo dotado de ciertas características ‘formales’, o sea de un peculiar régimen jurídico... (2017: 46).

Y, en ese mismo libro y con respecto al mismo jurista italiano, el autor en mención - René Arturo Villegas Lara-, sobre el particular, concluye: “...podemos decir que la Constitución: Es el instrumento jurídico fundamental y de jerarquía superior de un Estado, en el cual se encuentran establecidos los derechos esenciales de las personas, la organización del poder público y el control de su ejercicio...” (2017: 47).



Es decir, por *Constitución*, debemos entender no solo aquel cuerpo normativo formal y escrito que actualmente se ostenta, como en la mayoría de los Estados de Derecho y que contiene las bases fundacionales del mismo Estado; sino también, a su vez, como aquel cúmulo de valores, principios y normas generales subyacentes que, en las palabras de Kelsen: “deben presuponerse”. Que van más allá de lo simplemente escrito y que, por su parte, autorizan y legitiman al Poder Constituyente que, como función principal, tendrá a su cargo la promulgación de la respectiva Constitución formal con sus Poderes derivados.

Por último, el autor y filósofo Andrei Marmor, en su artículo intitulado “¿Son legítimas las Constituciones?”, contenido en el libro *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones Fundamentales*, con respecto al subtema ahora bajo análisis, nos manifiesta lo siguiente: “Hay seis rasgos principales de las constituciones que son característicos y moralmente. Permítaseme enumerarlos brevemente. (i) Supremacía normativa... (ii) Control de constitucionalidad... (iii) Longevidad... (iv) Rigidez... (v) Dos tipos de contenido... (vi) Generalidad y abstracción...” (2015: 39-41).

Refiriendo a dicho autor, de manera individual, sus ideas con respecto a las características que –según él– son esenciales y principales en todas las Constituciones contemporáneas, con un enfoque especial en las formales.

Es así como, en los términos anteriores, podemos darnos cuenta de la importancia que reviste el estudio del concepto de “Constitución”, y no solamente desde un punto de vista de la Teoría General del Derecho sino, como ya hemos visto, también de la Filosofía del Derecho; habiendo –en ambos ámbitos– grandes exponentes al respecto. Partiendo de la relevancia jurídica, pero también política, que el tema reviste, al llevarlo a un contexto de Teoría del Estado; en atención a la esencia misma del concepto, sea forma o material.



Por lo que, a guisa de colofón y para los efectos integrales del presente capítulo, entender el concepto de Constitución, especialmente dentro de una esfera jurídica, partiendo de que lo que se pretende, como fin dentro del mismo, es la comprensión básica de lo que es e implica la jerarquía normativa, con sus diversas connotaciones; a efecto de que, en los capítulos posteriores, se pueda entrar a abordar sustancialmente el tema de fondo, como es: inconstitucionalidad e inconventionalidad -analogías y divergencias-; teniendo como punto de partida el concepto de Constitución, al igual que el de Derechos Humanos.

1.3.2 Supremacía constitucional

Partiendo de la comprensión previa de lo constitucional, para complementar el concepto que ahora se aborda, cabe mencionar que Cabanellas define el término supremacía así: “Grado superior. | Dominio. | Superioridad. | Jerarquía más elevada. | Ventaja en lucha o guerra. | Hegemonía” (2005: 364). Evidenciando, con ello, que entre otras connotaciones del concepto, para los intereses de esta investigación, importan las primeras cuatro acepciones dadas, porque, en efecto, al concatenar este con la segunda parte del concepto ahora abordado; es decir, con constitucional, precisamente nos proyecta la idea pretendida, en el sentido de que toda Constitución -formal y/o material-, especialmente aquellas que ya se han positivizado por escrito (valga la redundancia, si la hay), implica: un grado superior, dominio, superioridad y, especialmente, una jerarquía más elevada; concepto este último que, precisamente, se correlaciona perfectamente con el de la jerarquía normativa en general, partiendo de la pirámide kelseniana antes tratada. Villegas, en cuanto a la supremacía constitucional, nos expresa lo siguiente:



La pirámide kelseniana se refiere a una graduación de las normas en un ordenamiento jurídico. Y, como ese esquema se representa por una pirámide, en la cúspide se coloca a la Constitución Política de un Estado, formada por un conjunto de normas que ocupan el grado superior con respecto a las leyes ordinarias, grado que, conforme al artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, también lo ocupan las normas de los tratados y convenciones de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado[...] la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, en la que este filósofo y jurista de Viena, creó la teoría que postula la supremacía de la norma constitucional y la consiguiente sujeción de cualquier norma ordinaria o infra-constitucional, a lo que dicte la Constitución[...] Kelsen[...] con la 'pirámide jurídica' contribuyeron a la estructuración de la teoría Pura del Derecho y a partir de ella se explica que el ordenamiento jurídico de un Estado se encuentra vertebrado desde una ley suprema y fundamental que se conoce como Constitución Política. (2017: 99-101).

Partiendo, nuevamente, del esquema piramidal al que se equipara la jerarquía normativa colegida de la teoría pura del derecho del jurista Hans Kelsen y sin entrar a analizar por el momento lo relativo a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, porque ello se abordará a posteriori, resulta que, efectivamente, tal como el último autor citado lo señala concretamente, en el vértice de dicha pirámide debe entenderse ubicada la Constitución, de cualquier país que se jacte de ser un Estado de derecho; y, desde esa perspectiva, entenderse legítima y jurídicamente válida toda disposición normativa que sea congruente con esta, en su forma así como en su contenido; y, por el contrario, ilegítima e inválida y, más precisamente, inconstitucional -o inexecutable, en terminología de la Corte Constitucional Colombiana-, a toda aquella norma -del rango que sea- que, en lo formal o en lo material, contradiga de modo alguno los preceptos de la Constitución. Siendo ello, en síntesis, lo que garantiza esa superlegalidad que, doctrinariamente, se le reconoce a la ley fundamental de un Estado.

Cordón en cuanto a la supremacía constitucional nos manifiesta que:

La Constitución es la norma suprema, la ley fundamental del sistema jurídico y político del Estado[...] Es así como se destaca la noción de supremacía constitucional, como elemento determinante que precisa la superlegalidad que caracteriza a la Constitución; superlegalidad que lo es tanto formal como material[...] Cabe acotar que la supremacía que caracteriza a la Constitución,

aunado a que reconoce en esta el parámetro de validez del resto de normas, determina también la rigidez de sus disposiciones, exigiéndose un procedimiento agravado para su modificación o reforma. (2009: 14, 19, 20).



Por su parte, Pereira-Orozco y Richter, sobre el derecho constitucional manifiestan lo siguiente:

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. Dicho principio es contemplado en los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución [guatemalteca][...] Por lo general, las normas que forman parte del ordenamiento jurídico se encuentran, ya sea supraordinadas (en situación de mayor jerarquía) o contrario sensu subordinadas (en situación de menor jerarquía) con respecto a otras normas, o se encuentran en ambos casos[...] El ordenamiento jurídico posee un límite superior y un límite inferior. ‘El primero denominase norma fundamental; el segundo está integrado por los actos finales de ejecución, no susceptibles ya de provocar ulteriores consecuencias’ [...] Así, dentro del ordenamiento jurídico se suceden un conjunto de grados [...] desde las normas de mayor jerarquía[...] A mayor jerarquía[...] mayor es su generalidad; a menor jerarquía, menor generalidad” (2012: 8-10).

Con lo anterior, se evidencia que la característica fundamental del subtema abordado en este apartado de la investigación, lo constituye el hecho de que, en aquella pirámide de la que se ha hablado anteriormente –en alegoría a la jerarquía jurídica-, en su parte más alta (el vértice) se encuentra y debe necesariamente encontrarse, la constitución, ahora ya concebida no solamente en su componente formal, sino también material, en congruencia con lo antes relacionado sobre el concepto; es decir, que la ley fundamental del Estado -Constitucional de Derecho- es su Constitución, independientemente de que en este se acepte la existencia y validez del denominado Bloque de Constitucionalidad, o no, lo cual –por estimarse pertinente– se abordará someramente con posterioridad; es la norma (la *grundnorm*, como la denominara Kelsen), más relevante y, por ende, la que a su vez legitima y autoriza las disposiciones normativas relacionadas con esta, estructurando el Estado y sus instituciones, así como garantizando los derechos de sus ciudadanos y preestableciendo los valores, principios y reglas que regirán la vida en su comunidad.

A la vez, nuestro Tribunal Constitucional -la Corte de Constitucionalidad de Guatemala-, entre otros tantos fallos, por citar uno a manera de ejemplo, en la sentencia de fecha uno de octubre de dos mil quince, dictada en el expediente número 4822-2014, nos expresa:



El principio de supremacía de la Constitución y su fuerza normativa vinculante para todo el ordenamiento jurídico implica, por una parte, que la ley debe adecuarse a las normas constitucionales y, por la otra, que los tribunales tienen el deber de observar en toda resolución o sentencia el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley. Del principio de supremacía se deriva el de jerarquía normativa, que impone la coherencia del ordenamiento jurídico, de manera que la norma superior determina la validez de la inferior. (p.: 8).

Pero además, en ese mismo fallo, dicha Corte nos refiere otros aspectos de relevancia para nuestra investigación, en los siguientes términos: “Así, esta Corte ha sostenido que la interpretación jurídica en un Estado Constitucional de Derecho debe realizarse de forma sistemática, teniendo presente la necesaria sujeción del orden jurídico interno a los preceptos de la Constitución, lo que implica que tanto los órganos del Estado, como los particulares o gobernados, están obligados a interpretar las normas jurídicas en coherencia con los principios y postulados que emanan de la ley fundamental y del resto de normas que conforman el bloque de constitucionalidad. El mandato anterior, de trascendental importancia es de observancia obligatoria para los órganos jurisdiccionales, conforme a lo regulado en el artículo 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que prevé: ‘Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley [...]’ Por otra parte” (pp.: 8-9).

Del fallo ya relacionado, surgen aspectos que, a mi criterio como postulante de esta tesis, devienen relevantes; entre estos, especialmente: el hecho de que, para dicha Corte: “del principio de supremacía se deriva el de jerarquía normativa (sic)”, puesto que, a mi juicio, lo que sucede es exactamente lo contrario; atendiendo a que, el principio de la jerarquía normativa es precisamente el que permite entender y visualizar, a través de la pirámide kelseniana, los distintos escalones o peldaños de que se compone esta y, por ende, el ordenamiento jurídico que alegóricamente representa; y,



en ese orden de ideas, como ya se ha señalado, la Constitución comprendida como norma fundamental suprema que se encuentra en la cúspide de esta es la que, a su vez -como también lo señala el tribunal constitucional-: “determina la validez de la inferior”, y, así, sucesivamente.

Además, otro aspecto relevante señalado en el fallo en cuestión, lo constituye el concepto de “fuerza normativa” de la Constitución, el cual la Corte de Constitucionalidad introduce en su sentencia aludida, como coadyuvante de la supremacía de la que goza. Y, sobre el particular, Landa ilustra de la siguiente manera:

La fuerza normativa de la Constitución es el instituto dinamizador del fortalecimiento de los derechos fundamentales y de la transformación jurídica de la Constitución en una norma exigible judicialmente de su cumplimiento. Ello solo ha sido posible en el Estado democrático constitucional, en la medida que ha incorporado las lentas y progresivas transformaciones políticas, sociales y económicas de la comunidad, expresada en los viejos y nuevos derechos y libertades, mediante su razonable protección; en la medida que no hay derechos absolutos, sino relativos; es decir, dentro del supremo orden jurídico-constitucional” (2010: 17).

Es decir, el principio de fuerza normativa de la Constitución tiene como función básica el dotar a esta de esa imperatividad necesaria que permita que, judicialmente, pueda ser exigible, a manera de dinamizarla y/o optimizarla a los cambios políticos, sociales así como económicos que se vayan dando en la comunidad, privilegiando una interpretación que precisamente ayude en tales sentidos, con el propósito toral de obtener su máxima eficacia integral, partiendo de las situaciones concretas de cada asunto en particular y obviamente sin necesidad de acudir a la reforma de esta, sino más bien partiendo de los valores y principios que, desde el punto de vista material, inspiraron su promulgación; o sea, haciendo viva y vigente la normativa contenida en su esencia, a efecto de que esta no sea solamente catálogo de esos aspectos axiológicos y epistemológicos subyacentes.

Otro elemento interesante del fallo de marras es que intencionalmente se trunque el texto del artículo 204 de la Constitución Política de la República, atendiendo



a que, como puede apreciarse al inicio y final del extracto transcrito de este, la Corte de Constitucionalidad convenientemente evade indicar que, según esa norma, nuestra Constitución “prevalece sobre cualquier ley o tratado”; lo cual, aisladamente, no se comprende prima facie; sin embargo, -como se verá posteriormente- el artículo 46 de dicho texto constitucional aclara que esa es la norma general porque la especial - contenida en este- refiere que dicha preeminencia es sin perjuicio de la prevalencia que, sobre el derecho interno, tendrán los tratados suscritos por el Estado de Guatemala , pero en materia de derechos humanos. O sea, en dicha materia, debe entenderse, que la Constitución no prevalece, aunque vale decir oportunamente que tampoco sucumbe ante estos, sino más bien se haya en una relación de armonía y optimización que encuentra su fundamento jurídico y político en el denominado Bloque de Constitucionalidad, al que también el tribunal constitucional se refiere en su fallo mencionado, cuyo concepto se tratará con detenimiento a posteriori.

También, otro de los aspectos fundamentales cuando sobre la supremacía constitucional se discurre es lo concerniente a la llamada rigidez de esta -aunque no es universal-que en términos concretos se refiere a la dificultad de su reforma, a diferencia de las leyes infraconstitucionales, tales como las ordinarias y las demás disposiciones subordinadas; lo cual es producto mismo de dicha supremacía y funciona como un mecanismo para su defensa, estabilidad y, en palabras de Marmor -en el artículo antes citado-: longevidad; permitiendo que esta -la reforma- se produzca a través de mecanismos que precisamente tiendan a resguardar esa supremacía de que se encuentra investida, a pesar de las circunstancias -inclusive caóticas- en las que se pudiera estar atravesando.

Ahora bien, así como en lo relativo al tema central abordado, no se puede dejar de aludir a Hans Kelsen y, especialmente, a su teoría pura del derecho, así también lo es que no es factible tratar lo tocante a la supremacía constitucional sin referirse a la Judicial Review y su enigmática sentencia emitida por el juez estadounidense John Marshall, en el caso conocido como Marbury contra Madison, en el cual, en 1803, este recurrió al denominado control de constitucionalidad y, en un caso concreto, declaró la



inconstitucionalidad de una disposición y acto de autoridad que contrariaba la Constitución de los Estados Unidos de América, sentando el criterio de que todos los jueces estaban obligados -y ostentaban la facultad- a examinar que las normas inferiores a la Constitución no contraríen esta, so pena de declarar su oposición a dicha Ley Suprema y, por ende, su inaplicabilidad en el caso concreto; es decir, surgiendo así el llamado control difuso de constitucionalidad, que, a diferencia del control concentrado -propugnado por Kelsen a través de Tribunales Constitucionales-, podía y debía, ser ejercido por todos los jueces del poder judicial.

Del caso judicial estadounidense en mención, se tratará más adelante si el desarrollo de la investigación así lo requiere, bastando en este apartado con mencionar en cuanto a la llamada lógica de Marshall, referida por el autor Jorge Alejandro Amaya, en su obra denominada *Marbury V. Madison*. (Origen, argumentos y contraargumentos del control Judicial de Constitucionalidad), que:

Su importancia es reconocida también por haber sido la primera sentencia en declarar la inconstitucionalidad de una ley federal[...] De esta manera, tres notas sobresalen de la decisión: 1) el poder normativo y la supremacía de la Constitución; 2) la aplicabilidad directa del texto constitucional por todos los jueces y tribunales y; 3) la posición del Tribunal Supremo como el guardián y el máximo intérprete de la Constitución” (2017: 86).

Estableciendo que, no obstante, que –en ese caso- la Constitución de los Estados Unidos de América no le confería expresamente esa facultad y potestad a la Suprema Corte de Justicia, esta fue del criterio que partiendo precisamente de esa supremacía de la que gozaba, esa delegación taxativa no era indispensable cuando de preservar su hegemonía se trataba, puesto que ese era un deber irrestricto de todos los jueces, por virtud de que, como poder constituido, también estaban sujetos a esta y debían proteger que los demás órganos y poderes derivados de ella también observaran y cumplieran con esto, en especial, el poder legislativo, como emisor primario de las leyes ordinarias del país.

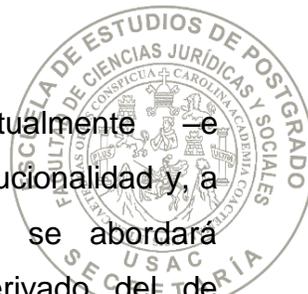


Resultando razonable, que obstante no existir una norma constitucional que directamente habilite declararse la inconstitucionalidad de una disposición legal que se oponga a dicha Constitución, ello solo puede ser producto de la preexistencia de una constitución material que, como tal, debe entenderse anterior al acto mismo de creación de la formal y que, ante ello, sin perjuicio de su falta de positivización en esta, conlleve tal fuerza normativa que resulte incuestionable; partiendo obviamente de su aneja supremacía constitucional.

Y, en dicho sentido, ¿cuánto no más relevancia debe tener dicho principio en un sistema jurídico en el cual -como en el nuestro- dicha preponderancia se encuentra expresamente reconocida y declarada en sus propias normas constitucionales?; a saber: entre otros, los artículos 44, 175 y 204 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por último, en cuanto al subtema abordado -supremacía constitucional como integrante de la jerarquía constitucional-, Rodríguez menciona lo siguiente:

Este rasgo cualitativo es inherente a todo texto constitucional, porque el hecho de que sea suprema es precisamente lo que la hace ser una Constitución verdadera[...] Esto significa que la expresión 'supremacía constitucional' evoca la noción de que la Constitución es el parámetro único de legitimación y validez en todo sistema jurídico[...] Se considera que las normas constitucionales son jerárquicamente superiores desde dos perspectivas: lógica y axiológica. Desde una perspectiva lógica, la Constitución se entiende como ley jerárquicamente suprema, cuando existe un reconocimiento expreso de la primacía que posee dentro de la estructura normativa de un Estado, teniendo como consecuencia lógica que todo acto jurídico se adecue a su contenido. En cambio, una Constitución será jerárquicamente suprema desde una vertiente axiológica, cuando se asume como depositaria de los principios fundamentales y derechos humanos de las personas" (2014: 1198, 1199).



Determinándose, como corolario de lo anterior, que actualmente –e independientemente de la existencia del ya precitado Bloque de Constitucionalidad y, a su vez, del llamado Bloque de Convencionalidad, que también se abordará ulteriormente- dicha supremacía constitucional –como principio derivado del de jerarquía normativa- es un rasgo esencial de la Constitución misma, y no simplemente por su ubicación en la pirámide jurídica, sino más bien, a su vez, por su derivación directa del poder constituyente -en el caso de la formal- y, especialmente, por contener la positivización de los valores y principios que se consideran fundamentales para la convivencia social de la población que forma parte del Estado en el que esta rige; teniendo, como parte coadyuvante de esa hegemonía, la rigidez de la que está revestida así como su fuerza normativa, en cuanto a sus preceptos, estén estos contenidos formalmente en esta o formen parte de su contenido material.

Siendo oportuno, en ese sentido e independientemente de que se aborde a continuación, traer a colación el que, según Manili, se denomina “El bloque de constitucionalidad” (2017: 327). el principio de supremacía constitucional: “ha sido extraído por la doctrina de las normas constitucionales que establecen su superioridad jerárquica respecto de las leyes” (2017: 327).

Y, en efecto, sucede que, normalmente, las Constituciones de los Estados se limitan a establecer la preeminencia normativa de estas con respecto a las demás normas, inclusive, muchas de ellas, en relación con los tratados internacionales y, en extremo, sin discriminación de aquellos que versan sobre los derechos humanos; lo cual, a la presente fecha podría considerarse superado, ya sea por vía legislativa, por la del llamado bloque de constitucionalidad o bien simplemente por jurisprudencia constitucional; sin embargo, aún existen resabios constitucionales que se resisten a aceptar y/o reconocer que, en dicha materia, necesariamente deben tener prevalencia los tratados internacionales; o, como mínimo, compartir la supremacía con la Constitución Nacional.



Lo anterior, mediante una interpretación armónica -especialmente, en relación con la teoría monista y la dualista, en relación con el derecho internacional-, puede permitimos entender que la proclamada supremacía constitucional más allá de su simple comprensión literal, debe llevarnos a entender que, en todo caso es esa misma característica la que a estas; es decir, a las Constitucionales Nacionales, les permite colocarse en el escalón que se considere pertinente, cediendo en ocasiones ante tal derecho internacional, en concreto el concerniente a los derechos humanos y colocándose en un infra nivel, o bien, a la vez, compartiendo su supremacía con estos, a través del aludido bloque de constitucionalidad.

1.4. Jerarquía convencional

Sin perjuicio de que posteriormente se aborden de nuevo y con más detenimiento, los temas tratados en este apartado, atendiendo a las exigencias de la presente investigación y al contexto de esta, lo que en concreto se trata –por el momento– es visualizar la posición que los tratados, pactos y/o convenios internacionales ostentan dentro de esa pirámide normativa antes relacionada, en general y especialmente cuando estos tratan sobre derechos humanos, con especial énfasis a lo que sucede en nuestro país.

Lo anterior no ha sido tarea fácil, porque a lo largo de nuestra reciente historia, originada con la Constitución Política vigente -promulgada en 1985 , pero en vigencia desde 1986-, se han tenido diversos criterios al respecto; partiendo, especialmente, de temas como los anteriores; a saber: la supremacía constitucional; la preeminencia de la Constitución ante cualquier otro cuerpo normativo, independientemente de lo que regule; si la Constitución es o no derecho interno; si reconocerle preponderancia a los convenios internacionales implica vulnerar la soberanía nacional; si los tratados están al mismo nivel que la propia Constitución y si estos pueden ser objeto de acciones de inconstitucionalidad; etcétera.

Y más recientemente, también se ha suscitado la complejidad por establecer si el llamado Bloque de Constitucionalidad es o no aplicable en el Estado de Guatemala y, a su vez, si como consecuencia de ello, deben atenderse las directrices existentes en relación con lo denominado control de convencionalidad, o no; o si, por el contrario, dicho control debe ejercerse y podría hacerse, con independencia de que se reconozca dicho bloque, o no.

Así las cosas, sin entrar a profundizar sobre las precitadas divergencias, sino únicamente circunscribiéndonos, por el momento, a lo que de ello nos pueda servir para determinar el lugar que, dentro de la pirámide jurídica que –como alegoría– se utiliza para efectos prácticos del tema que en general se aborda en este capítulo, ocupan tales convenciones; es evidente que, fuera de la complejidad del asunto, resulta de trascendental importancia el sentar las bases necesarias en cuanto a ello, para posteriormente contar con el soporte indispensable que nos permita abordar los puntos centrales de la investigación planteada.

En ese orden de ideas, Kelsen sostiene en cuanto a la jerarquía del derecho internacional; y, al respecto este nos ilustra, en dicha obra, de la siguiente manera:

Si se admite que no hay un orden estatal único, sino muchos órdenes estatales coordinados, cuyos ámbitos respectivos de validez están jurídicamente delimitados y si se considera[...] que el derecho internacional positivo tiene por función, precisamente, coordinar y delimitar los diversos órdenes estatales, se puede definir al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes de los Estados y que constituye con ellos una comunidad jurídica universal. El conjunto del derecho forma, entonces, para la ciencia jurídica, como un sistema único de normas situadas en diferentes estratos y jerárquicamente relacionados. (2009: 121).

Inclusive, el jurista precitado, páginas antes y en su misma obra, en cuanto a la naturaleza subyacente de la Constitución –en relación con el tema aquí tratado– nos señala:

Si la norma fundamental de los diversos órdenes jurídicos nacionales es una norma del derecho positivo, tal como sucede si el derecho internacional es



concebido como un orden jurídico válido, no hay ya en la base de los diversos órdenes nacionales, norma fundamental en el sentido específico; es decir, puramente hipotético, que se le ha dado. Dicha norma se encuentra solamente en la base del derecho internacional. Siendo una regla del derecho internacional, el principio de efectividad no es, sino de un modo relativo la norma fundamental de los órdenes jurídicos nacionales. En tanto se admita la primacía del derecho internacional, el problema de la norma fundamental se convierte en el del fundamento último de un orden jurídico total que comprende todos los órdenes jurídicos nacionales. (2009: 115).

Lo anterior nos sirve de basamento para comprender, de mejor manera, como confluyen, o deben confluir, los órdenes jurídicos nacionales e internacionales que, en todo caso, deben entenderse como una Unidad Jurídica; para los efectos de complementarse antes de excluirse; es decir, su interpretación conjunta debe ser armónica, y no discordante.

Entrando en materia es evidente que no todos los tratados, pactos o convenciones de los que un Estado es Parte y que se han adoptado en el Concierto de Naciones, versan sobre derechos humanos; y, en ese sentido es notorio que, entre estos mismos, deben tenerse en cuenta ambas categorías; es decir: los tratados internacionales que no tratan sobre derechos humanos y aquellos, cuya esencia efectivamente se refiere a estos.

Entonces, con respecto a la primera subcategoría en mención, aunque no reporta mayor discusión al respecto, el consenso generalizado y lógico es situar a las convenciones, pactos y/o tratados que no se refieren a los derechos humanos, una vez aceptados y ratificados por el Estado –específicamente por Guatemala, a través de sus autoridades-, en un escalón por debajo de la Constitución; es decir, su rango es infraconstitucional; con independencia de que se pretenda ser escrupulosos en cuanto a la ubicación específica dentro de ese amplio peldaño, que entre otras, bien puede contener a las leyes que se les otorga -por la propia Constitución- la categoría de Leyes Constitucionales, así como también con respecto a aquellas leyes ordinarias específicas de la materia de que se trate en el pacto respectivo -lo cual no es de relevancia para los efectos del presente trabajo-.



Valdeavellano indica:

Los tratados que no regulen materias de derechos humanos tienen una posición infraconstitucional, pero supra legal. Vale decir, con fundamento en el principio de supremacía constitucional, la 'norma prima' ocupa el vértice de la pirámide legislativa y por lo consiguiente, los tratados guardarían un estrato inferior. Sin embargos (SIC), estos estarían, según la voluntad constituyente de 1985, por encima de las leyes ordinarias, de los reglamentos y de las demás normas derivadas. Privan pues en Guatemala, con toda imperatividad, los principios 'pacta sunt servanda' y 'bona fide', según se desprende indubitadamente del artículo 149 constitucional. De esa cuenta, los eventuales choques o conflictos que haya entre la Constitución y los tratados –que por supuesto no sean de derechos humanos– se resolverán siempre por una preeminencia indiscutible de aquella sobre estos. Ese no es el caso del conflicto entre un tratado y una ley, porque esta tiene una posición inferior a aquel” (2011: 87).

Si bien es cierto, no se comparte del todo lo antes mencionado por el autor referido, así también lo es que ello, para los fines de la investigación en ciernes, nos sirve para poder comprender, básicamente, que los tratados internacionales de los cuales Guatemala es Estado Parte y que no se refieren a derechos humanos, tienen grado infraconstitucional; y, a criterio del postulante del presente trabajo asimilado a las leyes ordinarias que versan especialmente del tema de que se trata el Pacto respectivo, y no superior a estas, como lo señala el jurista aludido; con la única diferencia, si es que cabe, en cuanto a las citadas Leyes Constitucionales, con respecto a las cuales, Villegas señala lo siguiente:

A partir de la reforma constitucional del año de 1921, en Guatemala se ha seguido la práctica de calificar como constitucionales a determinados cuerpos legales que se juzgan importantes: Ley de Orden Público, Ley de Emisión del Pensamiento, Ley de Partidos Políticos y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad[...]el calificativo de constitucionales es simplemente eso, un calificativo, sin efectos jerárquicos superiores, pues las normas de esas leyes no se equiparan a las de la Constitución ni a las de los tratados y convenciones sobre derechos humanos[...] sostenemos que las llamadas leyes constitucionales son leyes ordinarias, con procedimientos especiales para su derogación o abrogación. Y que el calificativo de constitucionales solo sirve para recordar en parte la tesis kelseniana: que todas las leyes son constitucionales si han sido

producidas conforme a la Constitución. (2002: 104-105).

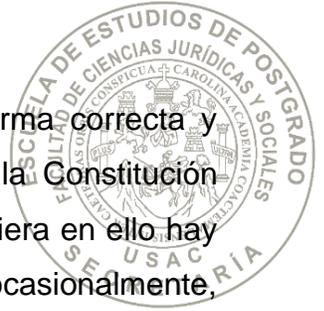


Por lo que, en cuanto a esa primera categoría de los tratados internacionales, como punto total independientemente a la discusión que pueda darse sobre lo anterior es notorio que su posición jerárquica, sin lugar a duda, es de subordinación ante nuestra Constitución.

Ahora bien, en cuanto a la segunda categoría de los pactos internacionales, que sí versan sobre derechos humanos, resulta que la ubicación jerarquizada de estos, al menos en nuestro sistema jurídico, dista totalmente de aquellos que no se refieren a estos; toda vez que, independientemente de lo señalado en los artículos 44, 175 y 204 de nuestra Constitución, resulta que el artículo 46 de esta, específicamente, señala lo siguiente: “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”.

Aunque, de igual manera, también existe divergencia de criterios en cuanto a la verdadera intención del Legislador Constituyente al establecer dicha norma constitucional es obvio que ello no constituye el objeto de estudio en el presente trabajo de investigación, al menos no en este apartado de esta, sino más bien: únicamente establecer el lugar que tales tratados o convenciones ocupan conforme a la jerarquía normativa y de acuerdo con la pirámide jurídica que nos sirve de representación para la comprensión de esta. Y, en ese orden de ideas, Villegas refiere:

graduación de las normas en un ordenamiento jurídico. Y, como ese esquema se representa por una pirámide, en la cúspide se coloca a la Constitución Política de un Estado, formada por un conjunto de normas que ocupan el grado superior con respecto a las leyes ordinarias, grado que, conforme al artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, también lo ocupan las normas de los tratados y convenciones de derechos humanos aceptados y ratificados por el Estado. Después de este grado supremo y en forma descendente, ocupan el segundo lugar las leyes ordinarias y los demás tratados internacionales” (2017: 99).



La disquisición anterior, nos ilustra magistralmente en cuanto a la forma correcta y simple en la que debería interpretarse dicha norma –artículo 46 de la Constitución guatemalteca- sin embargo, como se ha advertido anteriormente ni siquiera en ello hay consenso; puesto que mucha controversia se ha originado de estimar, ocasionalmente, superiores tales instrumentos internacionales con respecto, inclusive, a la propia Constitución de la República; o, en su caso, también en la vertiente de considerarlos inferiores a esta.

Y, al respecto, la Corte de Constitucionalidad –independientemente de que se comparta su criterio y postura al respecto, o no, en sentencia de fecha 17 de julio de 2012, dictada dentro del expediente número 1822-2011, aceptó y reconoció, incorporándolo al sistema jurídico guatemalteco, la figura e institución del llamado Bloque de Constitucionalidad que, en términos generales –y sin perjuicio de ampliar su análisis con posterioridad–, se circunscribe, según el último autor citado, en su misma obra relacionada, en lo siguiente:

bloque de constitucionalidad o núcleo de constitucionalidad, para autores como Ricardo Haro. Este bloque o núcleo nació de la doctrina del Consejo Constitucional de Francia y se explica como un conjunto de normas que tienen jerarquía suprema, a la par de las que formalmente están contenidas en el texto constitucional[...] , según la teoría del bloque de constitucionalidad, repetimos, existe un conjunto de disposiciones normativas que forman el llamado derecho convencional, las que, junto a las que contiene el documento formal que conocemos como Constitución Política, integran un ordenamiento jurídico de rango constitucional que goza de preeminencia y jerarquía suprema, de manera que, en conjunto, constituirían una unidad formal de naturaleza constitucional, siendo ellas las normas o reglas contenidas en los tratados y convenciones de derechos humanos[...]” (2017: 103, 105, 107).

Es así como, independientemente de que autores de renombre como el insigne Profesor Villegas Lara, en su obra mencionada, no comparta la aceptación y reconocimiento del denominado bloque de constitucionalidad en Guatemala y sin formular en este momento pronunciamiento propio en cuanto a ello -por la naturaleza y fines del presente capítulo es una realidad innegable su existencia e incorporación a nuestro sistema jurídico, dado a la aplicación expresa que hiciera y constantemente ha hecho a partir de aquel fallo, la propia Corte de Constitucionalidad guatemalteca, en su

jurisprudencia y doctrina legal.

Manili refiere que: “Paralelamente al concepto de Constitución, varios países utilizan el de bloque de constitucionalidad, el cual designa y engloba distintas realidades, según el país de que se trate. Pero en todos los casos la nota común es que hay normas fuera de la Constitución que comparten con ella el primer escalón en la pirámide jurídica de ese país y que se utilizan en conjunto para evaluar la constitucionalidad de las normas de inferior jerarquía” (2011: 122).

Por su parte, Rohrmoser menciona lo siguiente: “El legislador constituyente de 1985[...] confirió a los tratados sobre derechos humanos una categoría especial, estableciendo al respecto un principio general, en el sentido de que, en esa materia, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala gozarían de preeminencia sobre el derecho interno” (2011: 88). Pereira-Orozco y Richter opinan de forma distinta, léase:

Artículo 46 de la Constitución [...] de la lectura del diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, que lo formuló, se infiere que la intención de esta fue la de conceder carácter supraconstitucional a los Tratados y Convenios sobre derechos humanos ratificados por Guatemala; sin embargo, la Corte de Constitucionalidad no abrazó dicha postura, porque consideró que esta la colocaría en pugna con las demás normas contenidas en la Constitución y el ordenamiento jurídico guatemalteco. Criterio que no compartimos, en virtud de que consideramos, en congruencia con los postulados y principios que inspiran a los derechos humanos y las doctrinas que anteponen el ejercicio de estos al ejercicio de la soberanía por parte de los estados, que estos son superiores a la Norma Constitucional. (2012: 168).

A mi criterio y como el responsable de la presente investigación doctoral, el que por parte de la Corte de Constitucionalidad se haya aceptado y reconocido, para su aplicación en Guatemala, el Bloque de Constitucionalidad, tiene como ventaja primordial a resaltar, al menos en cuanto a su identificación con el escalón respectivo, el que evita y hasta torna inocua la discusión antes mencionada, en cuanto a la jerarquía de la Constitución con respecto de dichos tratados y las convenciones internacionales en materia de derechos humanos y viceversa; toda vez que, en virtud de la aplicación vinculante de dicho bloque, la distinción es inexistente, puesto que se





entienden en un mismo plano horizontal dentro de la pirámide jurídica y con la misma supremacía en relación con el resto del ordenamiento. Es decir, en Guatemala, tales tratados –como parte de ese bloque de constitucionalidad- junto a la Constitución, gozan de supremacía con respecto a las demás normas jurídicas.

A manera de colofón, en cuanto a los aspectos abordados en este capítulo introductorio, todos ellos relacionados con la jerarquía normativa y sus respectivas variantes, se puede concluir que este concepto debe comprenderse de forma general; y, dentro de este, que concreta y específicamente existen una serie de escalones o peldaños que visualizan las distintas normas jurídicas que conforman o integran un sistema determinado; todo lo que, por alegoría, puede ser debidamente representado mediante la pirámide Kelseniana, en la cual, en su vértice, se encuentra la Constitución y, en nuestro caso en particular, los tratados o convenciones en materia de derechos humanos -formando el denominado bloque de constitucionalidad- y, en su base, las normas individualizadas y/o los actos de ejecución particulares. Habiendo, inclusive, autores que proponen que dicha pirámide se visualice en forma invertida, lo cual tampoco deja de tener cierta racionalidad y que en la base de esta –, pero siempre en su parte alta– se encuentre la Constitución, junto a las demás normas citadas y, por ende, en su vértice -visualizado también en una forma invertida- las demás normas ya citadas –individualizadas o meros actos de ejecución–.

Siendo así como, para los efectos de fondo perseguidos con la presente investigación, se han abordado los temas sustanciales que servirán de basamento total a esta; porque es precisamente la comprensión de esa jerarquía, así como en especial, lo relativo a la supremacía constitucional y la de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, lo que nos permitirá a posteriori, entender la congruencia formal y material que el resto del ordenamiento jurídico deberá mantener con estos; porque, en caso contrario, como se abordará oportunamente, estos contienen sus mecanismos que garantizan dicha hegemonía; surgiendo así, con ello: la inconstitucionalidad e la inconventionalidad, como medios que, en su caso, permiten resguardar, en efecto, tal supremacía normativa.



Deviniendo, en ese sentido, es interesante observar cómo hace alusión al tema el argentino Pablo Luis Manili, en su mencionada obra *El bloque de Constitucionalidad*; porque, entre otros tantos aspectos, señala que los instrumentos internacionales de derechos humanos -que sería la jerarquía convencional que se aborda en el presente apartado- pueden ser una pauta interpretativa de las normas constitucionales, también puede conferírseles una jerarquía constitucional, una supralegal, pero infraconstitucional o, en su caso, de fuentes colaterales de derechos y garantías, o bien conferirles esa jerarquía constitucional, pero subordinada, supeditada y condicionada a la observancia del Principio *Pro Homine*.

La última clasificación es la que me interesa resaltar, precisamente para concluir con este subtema y, a la vez, con el presente capítulo; puesto que, a mi juicio es la tendencia más contemporánea en cuanto a la supremacía que se les reconoce, de manera sistemática, a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, con respecto a la norma fundamental de los Estados; es decir, la Constitución de cada uno de estos, como siempre con sus respectivas excepciones. Y a través de la implementación de dicha pauta de interpretación, directriz o principio, como sea que se le acepte a lo interno del Estado, al final de todo, la supremacía se determinará a partir de la mejor protección a la persona.

Sobre el punto concreto, el referido autor nos ilustra de la siguiente manera:

Algunas constituciones consagran la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, pero de manera relativa; es decir, subordinada al principio pro hominí. En ellas, las normas provenientes de la fuente internacional se aplicarán a la par de la Constitución, siempre y cuando contengan normas más favorables para el sistema de derechos de la persona humana. (2017: 143, 144).

No obstante se abordará con más detenimiento con posterioridad, para su mejor comprensión, cabe señalar que, en concreto y en términos propios, el principio pro persona –como también se le denomina– conlleva e implica que, ante una eventual colisión normativa, de la clase, naturaleza y categoría que sea, siempre se privilegiará a la norma jurídica que proteja de una mejor manera a la persona, en su condición de ser

humano, sin importar que, ante ello, se deje de aplicar una norma de rango superior.



La referida prevalencia normativa, actualmente ya aparece contenida expresamente en algunas Constituciones, por ejemplo, en la de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1; sin embargo, como en la mayoría de los casos, no es así y ello se ha regulado mediante sendas interpretaciones judiciales, especialmente por parte de los tribunales con competencia para dirimir controversias constitucionales a lo interno de los Estados.

Con ello, se establece el criterio orientador y de interpretación extensiva, que determina una supremacía relativa de la Constitución e, inclusive, podría ser hasta de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dadas las circunstancias; y, más relevante aún es que, como antes se indicó, tal preeminencia normativa puede ser inclusive con respecto a una norma inferior, verbi gratia: una reglamentaria, para llevar el asunto a su extremo.

Claro está que, si bien es cierto, la aplicación de ese principio permite una aplicación de carácter objetivo, en cuanto a la máxima protección de los derechos humanos de todas las personas, así también lo es que, a su vez, conlleva a que habiéndose interpretado en tal sentido una norma inferior jerárquicamente, ya no podría quedar fácilmente supeditada a la voluntad derogatoria de su creador, por la irreversibilidad de los derechos humanos.



CAPÍTULO II

2. DERECHOS HUMANOS

2.1. Precisiones conceptuales

Al respecto, existen un sinnúmero de doctrinas, teorías y demás que buscan definir el concepto de derechos humanos, cuya enunciación no es propia del presente trabajo; sin embargo, menester resulta hacer mención de que, en la doctrina, aún es un debate vigente el delimitar si los términos derechos humanos y derechos fundamentales -entre otros- son sinónimos o si estos se refieren a cuestiones diferentes.

Para efectos prácticos, basta con decir que los derechos fundamentales son, a su vez, derechos humanos reconocidos, como tales, por los Estados; es decir, aquellos que ya se han positivizado. Y, en ese sentido, el tratadista Javier Jiménez Campo, en su obra intitulada *Derechos Fundamentales: Concepto y Garantías*, al respecto manifiesta que:

la diferencia se acentúa en el ámbito constitucional y político, toda vez que un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución. Por esa razón, debe ser considerada la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa” (1999: 24).

Y ello, tiene sentido, partiendo de que, en todo caso, las normas jurídicas –sean de derecho interno o internacional- solo reconocen y aseguran derechos humanos, pero no los constituyen ni los crean.

Por su parte, Ferrajoli señala lo siguiente: “son «derechos fundamentales» 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” (2009: 19). Es decir, en esa línea de pensamientos, dicho jurista no se detiene a hacer una distinción formal entre derechos humanos y derechos

fundamentales, sino, antes bien, acepta y reconoce una, sinonimia entre ambos conceptos, para su análisis de fondo, en cuanto a su naturaleza y efectos en relación con “todos los seres humanos”.



A su vez, Nogueira refiere que la distinción entre dichos términos surge especialmente de diferencias semánticas, por lo que manifiesta:

El concepto de derechos humanos, en el contexto contemporáneo, se reserva generalmente para denominar a los derechos de la persona, reconocidos y garantizados por el derecho internacional, sea este consuetudinario o convencional (derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario). Muchas veces el concepto se extiende a los derechos constitucionales”; agregando, al respecto, que: “El concepto de derechos fundamentales o derechos constitucionales se reserva generalmente a los derechos de la persona, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de un Estado en la carta fundamental”; y, concluyendo en que: “En todo caso, los conceptos de derechos humanos, derechos esenciales o derechos fundamentales pueden utilizarse alternativamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional y que vinculan a las personas y a los estados. (2003: 58).

Por lo que, en ese orden de ideas, si bien es cierto, puede abordarse con profundidad la discusión relativa a la distinción de tales conceptos básicos, así también lo es que esta tesis no versa directamente sobre estos, sino más bien únicamente es necesario abordarlos en sus términos generales puesto que, como se verá posteriormente, estos constituyen el objeto y fin mismo del llamado control de convencionalidad; de donde surge a su vez la inconvencionalidad que, como se abordará a posteriori, implica una violación de normas reguladoras de protección de derechos humanos, integrantes del denominado *corpus iuris* internacional en tal materia, o también bloque de convencionalidad; sin dejar pasar desapercibido que, de la misma forma, muchas veces en la inconstitucionalidad la violación que eventualmente se advierte se origina precisamente por la infracción de tales derechos, en cuanto derechos fundamentales por ya encontrarse constitucionalizados.



Más allá de la distinción o, sinonimia de los conceptos relacionados, resulta relevante el advertir que, en todo caso, el fundamento toral de estos lo constituye la categoría de “dignidad humana”; al respecto, Conde señala lo siguiente:

los derechos humanos son aquellos ‘derechos que protegen la dignidad humana del abuso de poder de los estados y de otros actores sociales’[...] Conde define la dignidad humana como aquel ‘valor innato del ser humano que se toma como base jurídico-filosófica de los derechos humanos’; el fundamento de estos derechos radica últimamente en el valor moral que los seres humanos poseen por el solo hecho de ser humanos[...] el concepto de dignidad humana, definido como el valor innato del ser humano, juega el papel fundamental” (2010: 18, 20).

2.2. Naturaleza, rasgos y propiedades

Al respecto, Borowski, en su artículo, *Propiedades clasificantes y cualificantes de los derechos fundamentales*, incluido en *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales* refiere que:

Los derechos fundamentales son (1) derechos consagrados en Derecho positivo que (2) representan el resultado de transformar derechos humanos en Derecho; son, además, (3) derechos individuales, (4) derechos que se poseen frente al Estado, (5) derechos abstractos, y, (6) derechos substancialmente básicos; es decir, derechos, cuyo contenido es substancial y que tienen (7) prioridad dentro del sistema jurídico” (2015: 393).

En ese sentido, en cuanto al primer aspecto, cabe resaltar -como antes ya se ha hecho- que los derechos humanos son inherentes al ser humano e innatos a su dignidad y que doctrinariamente tiende a denominárseles derechos fundamentales, cuando ya han sido positivizados y, especialmente: constitucionalizados. Por lo que, para efectos prácticos y fines del presente trabajo de tesis doctoral, se entenderá que ambos términos e, inclusive, eventualmente de Derechos Constitucionales, sobre derechos humanos, son sinónimos; lo cual, a su vez, conlleva a la segunda propiedad relacionada, puesto que una vez que los derechos humanos se han positivizado, surge la necesidad de



garantizar su respeto, a través de mecanismos preferentemente constitucionales que permitan su cumplimiento y la debida observancia de su naturaleza material, subyacente al reconocimiento formal; aunado a los mecanismo internacionales que, a su vez, también existen en esa materia.

Por su parte, la naturaleza de derechos individuales deviene de su objeto sustancial de protección, como la persona humana; implicando ello que, en principio, las personas morales no pueden –directamente– ser titulares de estos, pero sin perjuicio de que, a lo particular, los individuos que las conforman e integran gocen de su total protección; resultando, que las también llamadas personas ficticias, eventualmente sí podrían gozar de dicha titularidad , pero como un medio para prestar la protección efectiva a los intereses de los individuos, en especial de aquellos que constituyan parte integral de estas.

Y, si bien es cierto, que los derechos humanos -en cuanto derechos fundamentales- se tienen y ejercen específicamente frente al Estado, no puede dejarse pasar desapercibida su naturaleza y característica de observancia y aplicación con efectos erga omnes; lo que necesariamente conlleva que, no solo el Estado y, en su caso, las entidades de derecho público, estén obligados a respetarlos, sino más bien dicha propiedad implica que estos pueden ejercerse frente a todos y que, a su vez, todos - Estados y demás personas- deben velar por su irrestricta observancia. En tal sentido, el referido autor Jorge Mario Rodríguez en su obra mencionada, al respecto, expresa:

El respeto a la concreta humanidad del Otro, a la espiritualidad carnal de nuestro prójimo, nos sugiere que los derechos humanos no pueden concebirse únicamente en relación con el vínculo que une al individuo con el Estado. Este está compuesto por gente de carne y hueso, con virtudes, intereses, limitaciones, deformaciones. El Estado no puede tornarse en una red de instituciones que logren el bien común, si las personas que trabajan en él no toman conciencia de sus acciones. Pero esto exige una sociedad civil vigilante, que también haya alzado sus criterios éticos, respetando al diferente, al inmigrante, al excluido, al pobre.



Los derechos humanos se perfilan como ese conjunto de derechos que protegen la dignidad del ser humano concreto a través de la apelación generalizada a las bases socioéticas de la comunidad humana[...] La plena vigencia de los derechos humanos exige, pues, el respeto en los ámbitos público y privado de ese mundo de posibilidades que anida en la carnalidad pensante que radica en cada miembro del género humano" (2010: 131, 134).

Asimismo, en la cita que se ha tomado como referencia, se indica que estos son derechos abstractos y ello debe entenderse partiendo del alto grado de generalidad con el que, normalmente, se encuentran regulados; sea material y/o formalmente, como una propia nota característica de su naturaleza esencial. Puesto que, por el contrario, la concreción de estos, especialmente a nivel constitucional, lejos de garantizar su observancia y respeto a futuro, podría resultar contraproducente, en virtud de su propia progresividad, lo cual los distingue e identifica; haciendo nugatoria y hasta defectuosa su positivización.

Por último, en cuanto a sus propiedades de ser substancialmente básicos y, a la vez, una prioridad dentro del sistema jurídico de que se trate. Borowski menciona que:

es característico de los derechos fundamentales la naturaleza sustancialmente básica del asunto que regulan; es decir, la protección de los intereses fundamentales y la satisfacción de necesidades fundamentales"; que: "son derechos que se encuentran en el nivel más alto de la jerarquía de normas jurídicas, todos los poderes gubernamentales están comprensivamente comprometidos con ellos y ellos deben ser efectivamente aplicados" (2015: 401, 402).



2.3. Evolución en su protección

Como antes se advirtió, el presente capítulo no pretende constituir una monografía sobre los derechos humanos; y, por ende, para abordar lo atinente a estos, se parte de generalidades y, a la vez, se da por sentado el conocimiento previo de las instituciones básicas relacionadas con estos, así como el conocimiento general de sus orígenes.

No obstante, lo anterior, una idea central de la que se puede partir en cuanto al presente subtema es la concerniente a que si se afirma -como se ha hecho- de que los derechos humanos son inherentes a todo Ser Humano, por su condición de tal y que estos le son innatos al mismo, debe entenderse también, a su vez, que tales derechos existen desde el inicio de la vida misma del ser humano -hombre y/o mujer-, desde el origen de la propia humanidad. Aunque, al respecto es oportuno acotar que, a pesar de aceptarse tal existencia, su reconocimiento no se ha dado de una manera simple y natural a lo largo de la historia y muchos menos su positivización y correspondiente constitucionalizarían.

Entonces, a manera de una simple y breve reseña histórica que, a la postre, evidencie la evolución de que se trata, menester resulta recordar la existencia de determinados actos, documentos e instrumentos que, a lo largo de nuestra historia, han contribuido en cada época a la aceptación y reconocimiento de los derechos humanos, antes de que estos fueron positivizados en Constituciones y pasara a llamárseles: derechos fundamentales.

A manera de ejemplo, sin que ello implique desconocer avances y regulación anterior, al respecto en textos ancestrales, se puede citar la famosa *Charta Magna* promulgada el 15 de junio del año 1215, en Inglaterra, durante el reinado de “Juan sin Tierra”, mediante la cual se otorgan una serie de concesiones en el orden político, económico, judicial, etc.; y todos estos ítems relacionados con la libertad, la seguridad y el bienestar

de los súbditos, lo cual es alcanzado a expensas de los Nobles, al condicionar su ayuda para el Monarca.

Siempre en Inglaterra, en el marco de la cultura occidental, surgen dos instrumentos más que, a su vez, también pueden considerarse como antecedentes del reconocimiento de los derechos humanos en la historia; habiéndose emitido el primero de estos; es decir, La Petition of Rights en 1628, cuyo redactor principal fue Edward Coke y sobre el particular el autor Nazario González, en su obra *Los derechos humanos en la Historia*, señala lo siguiente: “Y en cuanto a su contenido concreto, lo antiguo, lo acumulado en documentos intermedios y lo más específicamente nuevo derivado de los problemas planteados por la actitud del monarca, vienen a confluir en este texto” (2002: 39).

El otro instrumento relacionado, lo constituye *El Bill of Rights*, de 1689, con respecto al cual el autor precitado, en su obra aludida, al respecto refiere:

Es en ese vacío de poder cuando el parlamento, ante la inminente venida de los nuevos monarcas, redacta un documento que estos han de aceptar antes de ocupar el trono. //Será el célebre Bill of Rights. Bill, porque no pasará de ser un proyecto de ley. No será un Act. Quiere esto decir que su valor no será tanto legal cuanto de toma de posición, de compromiso entre las partes, se puede también decir, ideológico. (2002: 41).

Asimismo, en historia más reciente y ya en el continente americano, específicamente en los Estados Unidos de América, se puede citar la llamada *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, mediante la cual, en el año 1776, las trece colonias establecidas hasta ese momento en dicho país, mediante una Convención reunida con ese propósito, proclaman: su Independencia de Inglaterra; y, posteriormente, promulgan



la Declaración de Derechos, la cual fue aprobada concretamente el 12 de junio de 1776, previamente a la emisión de la Constitución estadounidense del año 1787.



En la Declaración en alusión, se introducen temas relacionados a los derechos humanos, específicamente en materia penal, el *habeas corpus*, libertad, igualdad, propiedad, vida, salud, desde el concepto de libertades fundamentales. Todo lo cual, posteriormente y como ya se ha señalado, será retomado con especial énfasis al promulgarse la propia Constitución de los Estados Unidos de América, adoptada el 17 de septiembre de 1787, por la Convención Constitucional de Filadelfia, Pensilvania.

De regreso al viejo continente -Europa-, dentro de este contexto, se cuenta con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, correspondiente a la primera fase de la llamada Revolución francesa, inspirada en las ideas de Robespierre. Esta última Declaración, también es conocida como la segunda declaración formal, en el tiempo, relativa a los derechos humanos, dándoseles prioridad a estos, atendiendo a su contenido intrínseco; y, al igual que en el caso de los Estados Unidos de América es previa y a la vez fundamental para la ulterior promulgación de la Constitución francesa de 1791, emitida por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de ese año.

Al respecto, Casal indica:

Los derechos humanos y su protección”, manifiesta lo siguiente: “Tales declaraciones de derechos sirvieron para justificar las acciones políticas en desarrollo, unas orientadas a defenestrar al antiguo régimen absolutista, otras a ejercer el derecho a darse, libremente, la forma de gobierno que mejor conviniera a los intereses del pueblo. Aunque existen diferencias entre la declaración francesa y las norteamericanas, coinciden en su intento por proclamar los derechos fundamentales que corresponden a la persona en su condición de tal, sin importar su estatus social, su raza o su posición ideológica. De ahí que estas declaraciones representen el primer paso decisivo en el proceso de reconocimiento y protección de los derechos humanos” (2014: 21).



En otras palabras, independientemente que la primera declaración en mención se de en territorio americano, específicamente en los Estados Unidos, trece años antes y que la segunda tiene lugar en el continente europeo, concretamente en Francia, en el año 1789, lo que no puede negarse es su coincidencia total en cuanto a la determinación de libertades y/o derechos que, en ambos supuestos, se consideraron fundamentales para toda persona.

Posteriormente a las declaraciones precitadas, se promulgan otras igualmente relevantes, pero que, por el propósito y sentido del presente trabajo doctoral, no es posible ahondar; bastando con referir que en el año 1793 se proclama una nueva declaración de derechos humanos, siempre en Francia, en lo que se ha dado por denominar, en la historiografía: *Revolución sobre su propia Revolución*. Además, a partir del año 1848 se dan a lo largo de Europa una serie de revoluciones que conllevan a que, nuevamente en Francia, se emita una Declaración de Derechos más, teniéndose en cuenta la de 1793, pero a su vez siendo más específica y amplia en la protección y garantía de los derechos humanos; incluyéndose, en esta tercera declaración, como derechos -entre otros-, especialmente: abolición de la pena de muerte, libertad de enseñanza, así como la de invocación a Dios.

No es, sino hasta un siglo después -en 1948- que se pronuncia una nueva declaración de derechos, siendo esta la denominada *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, promulgada después de una grave crisis humanitaria originada de las dos guerras a las que se les ha llamado *mundiales*, a saber: a) Primera: que abarca el periodo de 1914 a 1918; y, b) Segunda: que va de 1939 a 1945. Obviamente cabe recordar que, durante la primera de estas, se da la conocida “Revolución Bolchevique”, o sea, la Revolución Rusa de 1917, que conllevó a la implantación de un régimen comunista primero en dicho país y posteriormente en amplios territorios de los cinco Continentes, hasta su finalización en 1989, que trajo una reforma económica conocida como “Perestroika”, que ulteriormente provocó la disolución definitiva de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS); teniendo como telón de fondo la “Caída del

Muro de Berlín” que, después de la Segunda Guerra Mundial, había dividido a Alemania en oriental y occidental, de 1961 hasta 1989.



Y así, surgen una serie de actos, instrumentos, documentos, etc., cuya pretensión total es la garantía de reconocimiento y protección de los derechos humanos, entre las cuales también, a nivel latinoamericano, se puede citar, de ese mismo año 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que inclusive es anterior en fecha a la Declaración Universal de los Derechos Humanos; reconociéndosele a aquella como el primer acuerdo internacional sobre tales derechos y a través de esta se dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

La relevancia de la Declaración Universal de derechos humanos surge, precisamente, por su carácter de universal, al haber sido adoptada por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 -siete meses ex post de la emitida a nivel del continente americano, antes mencionada-; cuya Organización surgiera al haber concluido la Segunda Guerra Mundial -en 1945-, en la cual se habían evidenciado graves violaciones a tales derechos, especialmente originadas por el régimen nacional socialista.

En su texto, dicha Declaración Universal contiene los derechos humanos que se fueron considerados básicos por la generalidad de los países signatarios de esta, a nivel mundial; habiéndose desarrollado posteriormente en los Pactos Internacionales que se aprobaran en el mismo contexto internacional de las Naciones Unidas -y adoptados en el año 1966 y también denominados “Pactos de New York”- y que junto a los Protocolos de estos, comprenden lo que se ha dado en denominar la *Carta Internacional de derechos humanos*; y que, en su conjunto, constituyen instrumentos vinculantes para los países.



De acuerdo con lo anterior, se advierte que, si bien es cierto la Declaración Universal de derechos humanos supuso un gran avance en materia de protección de esos derechos, así también lo es que, por su carácter de mera “declaración”, no resultaba vinculante para los efectos pretendidos y urgentes que el momento ameritaba; y es precisamente por ello que se adoptan las dos Convenciones -Pactos- antes relacionados, con los cuales se da el carácter obligatorio necesario a sus disposiciones, que prácticamente desarrollaban el articulado de aquella, precisaban y ampliaban sus conceptos, haciéndola eficaz.

Con antelación a la propia Declaración Universal citada, se adoptó la Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio, como respuesta al exterminio judío y al llamado Holocausto, llevado a cabo por órdenes de Adolf Hitler, durante el nazismo. Y, ulterior a dicha Declaración, también en el ámbito universal se han adoptado una serie de instrumentos internacionales, especialmente vinculantes para los países miembros de la Organización de las Naciones Unidas; y, los que deviene resaltar -entre otros tantos-: Convención sobre el Estatuto de los Refugiados -1951-, Convenio sobre los Derechos Políticos de la Mujer -1952-, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial -1965-, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer -1979-, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes -1984-, Convención sobre los Derechos del Niño -1989-, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares -1990-, Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas -del año 1994-, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad -2006-; etcétera.

2.4. Características



Al respecto, la *Declaración y Programa de Acción de Viena*, adoptada en la Conferencia Mundial de los derechos humanos, celebrada en 1993, en su apartado I, numeral cinco, determina lo siguiente:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoseles a todo este peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

En ese orden de ideas es factible colegir como características esenciales de los derechos humanos, principalmente las siguientes: universalidad, indivisibilidad e interdependencia, entre otras; las cuales, a su vez, han sido abordadas por diversos autores, nacionales y extranjeros, tal como se examinará a continuación, a efecto de poder establecer en qué consiste cada una de estas y aquellas otras que también se les asignan.

Nogueira señala que la universalidad consiste básicamente en que: “Todas las personas, vale decir, los seres humanos, son titulares de derechos, con independencia de su raza, color, sexo, religión, ideología, nacionalidad o condición civil...” (2003: 69). Es decir, dicha característica, consiste en que la observancia y aplicación de la protección que conllevan ínsita los derechos humanos debe ser igual para todas las personas, sin que sea admisible, en dicho sentido, ninguna discriminación que tienda a menoscabar su reconocimiento justo y equitativo y sin distinción negativa alguna.



Por su parte, Ferrusola, citado por el autor Casal indica que son: todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”; y, por su parte, el citado autor del libro continúa manifestando:

La vocación de universalidad, más que la universalidad, de los derechos fundamentales se explica por la naturaleza material de los derechos protegidos, que son reconocidos, básicamente, por ser inherentes a la persona, de forma que esos derechos potencian la universalidad del género humano, que se ve reflejada en los derechos fundamentales y, más aún, en los derechos humanos. La universalidad está, por lo tanto, asociada a la fundamentación de los derechos. (2010: 18, 19).

Es evidente que, aunque de manera más profunda, también estos autores se refieren a la universalidad de los derechos humanos como aquella característica que los hace anejos a todos los seres humanos, por igual, por su condición y, especialmente, por su dignidad como tales.

En cuanto a la característica de “indivisibilidad” de la que gozan los derechos humanos, López refiere que esta consiste en que:

No se puede dar preferencia exclusiva a algún derecho. Existe una plena igualdad entre los distintos derechos; los derechos humanos forman un todo, integrado por un conjunto de valores y principios del ser humano. Con esto no se quiere decir que se pueda negar una clasificación, puesto que con la clasificación lo único que se logra es establecer un orden para su estudio, y no un orden jerárquico (2012: 17).

Siguiendo ese *iter*, resulta que esta característica de los derechos humanos está referida concretamente a que los derechos humanos, en su conjunto, conforman una unidad que resulta indivisible y que, por lo tanto, a lo particular, estos no pueden supeditarse unos a otros, puesto que, de manera conglobante, su fin es la protección de la persona humana. Ello, sin perjuicio de que, en casos concretos, a través de un



“Juicio de Ponderación” un derecho fundamental pueda ceder ante otro de la misma naturaleza y que, en todo caso, mediante un Test de Proporcionalidad pueda extraerse el núcleo esencial de estos.

Por último, partiendo de la propia enumeración contenida en la Declaración de Viena, antes citada, corresponde abordar lo relativo a la “interdependencia” como característica de los derechos humanos; y, al respecto, el precitado autor López Contreras, en su mismo libro, menciona: Los derechos humanos se complementan entre sí, se relacionan y se apoyan. Estos derechos no se pueden concebir el uno sin el otro (2012: 17).

Es decir, esta característica está íntimamente relacionada con la anterior, puesto que, al ser indivisibles, los derechos humanos tienden, a su vez, a ser interdependientes, porque mantienen una determinada dependencia recíproca que, como antes se señaló, los hace indivisibles; enfatizando dicha característica en la complementariedad que concurre entre los diferentes derechos humanos, en sí, atendiendo a su fin primordial, que conlleva a la protección integral de toda persona individual, por su sola condición de “Ser Humano”.

Además, los autores antes mencionados, en sus respectivas obras, hacen alusión a otros rasgos esenciales que distinguen y diferencian a los derechos humanos, que aunque no figuren dentro de la enumeración anterior, cabe mencionar para efectos cognoscitivos, independientemente de que se aborden o no en el presente trabajo de tesis doctoral; a saber: para el doctor Rony Eulalio López Contreras también son características de los derechos humanos, el ser imprescriptibles, inalienables, irrenunciables e inviolables. Por su parte, para el autor Humberto Nogueira Alcalá, también son características de estos: la supra y transnacionalidad, la irreversibilidad, la progresividad, su posición preferencial, la eficacia erga omnes y la fuerza expansiva y el principio favor libertatis.

Asimismo, el jurista Jesús María Casal H., sobre el particular, señala como características adicionales de los derechos humanos -citando a Stern- su fundamentación, positividad y constitucionalidad; aludiendo a Alexy: su máximo rango, su máxima fuerza jurídica, la máxima importancia de su objeto y su máximo grado de indeterminación; y, por él mismo, el que son: inherentes a la persona, inalienables e irrenunciables y, a la vez, innatos.



Sobre la “imprescriptibilidad”, el precitado autor López Contreras señala que los derechos humanos: “No se pierden por el transcurso del tiempo. Por la misma naturaleza o esencia de los derechos humanos, estos no pueden limitarse por alguna causa o circunstancia temporal” (2012: 17). Desde esa perspectiva, se advierte el rasgo especial que ostentan estos derechos, puesto que, al contrario de las demás clases de derechos, su ejercicio no se encuentra supeditado a un plazo determinado ni puede alegarse, en contra de ellos, su prescripción y consecuente pérdida, por el solo transcurso del tiempo.

Con respecto a que los derechos humanos son “inalienables” e “irrenunciables”, el autor Casal H. -en su obra *Los derechos humanos y su Protección*-, nos refiere lo siguiente:

Los derechos humanos son inalienables, pues nadie puede negociar o enajenar sus derechos esenciales. En algunos casos, se puede comerciar con el objeto al cual se refiere un derecho humano [...], pero queda fuera del tráfico jurídico el derecho mismo. // Tampoco es válida la renuncia de derechos humanos. El orden público normalmente comprometido en la vigencia de los derechos humanos excluye la aceptación de una situación *per se* contraria a tales derechos aun cuando cuente con la anuencia del afectado[...]/La renuncia a un derecho de manera general nunca es válida. No obstante, sí es posible y lícito, dentro de ciertos límites, que el titular de un derecho deje de invocarlo en una circunstancia en que podría hacerlo valer. (2014: 19).



En síntesis, lo inalienable está referido a la no enajenación y/o negociación del derecho mismo y la irrenunciabilidad, a la indisponibilidad de tales derechos, en forma general.

El último autor en mención, en su obra aludida, con respecto a la “inherencia” a la persona indica: “tales derechos no se reconocen en virtud de la pertenencia a una clase o casta social ni de la posición económica o política que se ostente, sino de la condición de persona[...] En estos supuestos los derechos son inherentes a la persona, pero concebida esta no de manera enteramente abstracta, sino integrada en una determinada relación social o política”; y, en relación con la característica de ser “innatos”, refiere: “; es decir, que le son connaturales y nacen con ella[...]//Los derechos fundamentales de la persona solo son concebibles en sociedad y son influenciados, en su reconocimiento y perfilamiento, por el entorno histórico en que la persona se desenvuelve. No nacen de una vez y para siempre como derechos inmutables, sino que se renuevan conforme a las exigencias concretas de la humanidad en un mundo cambiante y , según las condiciones que rodean la existencia del hombre en sociedad.//[...]hay que observar que ahora los derechos humanos corresponden a las personas, incluso antes de su nacimiento o concepción, como lo ponen de manifiesto los derechos de las generaciones futuras, en las materias de protección del ambiente y de límites a la investigación y tratamiento genético, entre otras” (2014: 18-20).

Es decir, lo relevante de que los derechos humanos sean inherentes a la persona, radica en que tal inherencia no se deriva de las condiciones propias de esta, sino más bien por su condición de serlo, sin importar los demás aspectos que la rodeen; y, el rasgo de ser innatos está referido a su coexistencia con el ser humano, sin perjuicio de su evolución, atendiendo a las necesidades mismas de la sociedad en que este se desempeña, o sea, inclusive -algunos de ellos- corresponden a las personas antes de su propio nacimiento.



Por su parte, en cuanto a la característica de “supra y transnacionalidad” Nogueira Alcalá relaciona lo siguiente:

En la medida que los derechos humanos son inherentes a la dignidad de persona humana, de ser humanos, ellos no dependen de la nacionalidad ni del territorio en que la persona se encuentra. Ellos limitan la soberanía o potestad estatal, no pudiendo invocarse esta última para justificar su vulneración o para impedir su protección internacional, no siendo aplicable el principio de no intervención cuando se ponen en ejercicio las instituciones, mecanismos y garantías establecidos por la comunidad internacional para asegurar la protección y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos de toda persona y de todas las personas que forman parte de la humanidad” (2003: 69, 70).

Lo anterior deviene de trascendental importancia, toda vez que nos señala como un rasgo de los derechos humanos el que estos no dependan del lugar en el que se esté ni la nacionalidad que se tenga y que, por ende, todos los Estados, sin importar el origen y/o nacionalidad de las personas que se encuentren en su territorio, deben garantizarles la protección de sus derechos fundamentales por igual, incluso que sus nacionales; pues su dignidad no depende de tales circunstancias, sino de su condición de seres humanos.

En cuanto a la característica de “irreversibilidad”, el mismo autor en mención manifiesta:

es una característica fundamental de los derechos humanos, que consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, porque ellos son inherentes a la persona y el texto constitucional y el procedimiento señalado por este solo los asegura y garantiza[...] porque ni el tratado ni la Constitución los crea” (2003: 70).

Coligiéndose que lo considerado en este elemento, está referido a que un derecho humano ya reconocido no puede dejar de tenerse como tal por la simple voluntad de la autoridad de turno o por la emisión de una disposición jurídica que así lo determine; porque una vez aceptado como tal su reconocimiento no puede revertirse.



Sobre la “progresividad”, Alcalá expresa:

Los derechos están en constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de derechos humanos en 1948[...]/El principio de progresividad lleva a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquel instrumento que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de derecho internacional de los derechos humanos incorporada al derecho interno, lo que lleva a una interpretación *pro-cives* o favor *libertatis*, o sea, a la interpretación que mejor favorezca y garantice los derechos humanos” (2003: 70, 71).

En la actualidad podría decirse que, partiendo de la definición anterior de la característica en mención, el principio pro hominē hace efectiva esta, a través de garantizar que en cada caso en particular se aplique la norma jurídica que de una mejor manera proteja a la persona de que se trate, partiendo precisamente de esa progresividad que conllevan los derechos humanos para tal efecto, dada su naturaleza y rasgos principales.

Además, sobre la “posición preferencial” el jurista Humberto Nogueira, en su obra aludida, señala:

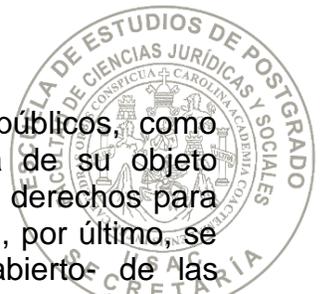
todo el Estado y sus diferentes organismos e instituciones se constituyen en función de la dignidad de la persona, el pleno desarrollo de sus derechos fundamentales y el bien común[...] //En un Estado constitucional de derecho siempre debe aceptarse la posición preferente de los derechos sobre el poder[...]//En consecuencia, cada vez que una norma de derechos se encuentra en conflicto con una norma de poder, el juez, como operador jurídico, debe resolver el caso escogiendo favorablemente la norma protectora de los derechos humanos. Las normas sobre derechos son superiores a las normas sobre poder ubicadas en un mismo plano, porque los primeros son los que determinan la actuación de los órganos del poder público. (2003: 72-74).

En ese sentido, debe colegirse que la razón misma de existencia del Estado, la constituye la protección de la persona y el desarrollo de su personalidad, a través del ejercicio de sus derechos fundamentales, en sintonía con el contexto social en el que se encuentra; siendo predominantes las normas jurídicas que tienden a velar por tales derechos, frente a las disposiciones que exteriorizan el poder estatal, sin necesidad de una ponderación al respecto y sin perjuicio de determinarse su idoneidad y necesidad en el caso concreto.

La *eficacia erga omnes*, según el mismo autor, consiste en que:

la protección del contenido esencial de los derechos constituye una garantía institucional en relación con los fines establecidos objetivamente por la carta fundamental[...]/La eficacia horizontal de los derechos humanos se une a la eficiencia vertical otorgando plenitud de vigencia a los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las dimensiones del ordenamiento jurídico[...]/[...], todo ello considerando que muchas de las principales amenazas a los derechos no provienen solo del Estado, sino también y principalmente, de los poderes económicos y sociales fácticos de la propia sociedad civil[...]/La dignidad de la persona constituye una barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales” (2003: 74, 75).

Dicha característica de los derechos humanos, básicamente consiste en que la vigencia, aplicación y observancia de estos, debe estar garantizada y dirigida a todos los actores intervinientes de una sociedad determinada, y no exclusivamente en relación con el Estado; pues, como miembros de esta, , además, de gozarse de tales derechos, a su vez también se tiene el deber de respetar los de los demás, que de igual manera dimanar de la propia dignidad de las personas que los poseen sin discriminación negativa alguna.



según la cual estos derechos vinculan a todos los poderes públicos, como disposiciones de eficacia inmediata[...] la máxima importancia de su objeto consiste en la relevancia del contenido y de la vigencia de estos derechos para las personas y la sociedad; su máximo grado de indeterminación, por último, se pone de manifiesto en el carácter sucinto o lapidario -o abierto- de las disposiciones que los consagran. Los dos primeros aspectos mencionados guardan conexión con la nota formal de los derechos proclamados, mientras que el tercero atiende a su significación material. De esta manera queda plasmada, en la caracterización de Alexy, la faceta formal y la faceta material antes señaladas. El último aspecto, relativo al máximo grado de indeterminación es también formal y se refiere a la textura o estructura normativa de los derechos fundamentales. Este es un rasgo de los derechos fundamentales, o de los preceptos que los consagran, que tiene gran repercusión en su interpretación y en el papel que ha de jugar la jurisprudencia constitucional en la precisión de su contenido” (2010: 17, 18).

Siguiendo ese *iter*, en cuanto a Stern, cabe mencionar que resalta la importancia que los derechos humanos deben tener tanto para la persona a que protegen, así como para el propio Estado que, en principio, se encuentra obligado a garantizar dicha protección; y, las otras dos características se encuentran relacionadas entre sí, desde el punto de vista de la necesidad de que tales derechos sean positivizados en normas constitucionales. Por su parte, en cuanto a Alexy, aunque en términos y conceptos diferentes, también se encuentran concatenados con las anteriores, partiendo de la reiteración de la necesidad de que esos derechos deben, imperativamente, estar constitucionalizados, a efecto que, por la supremacía de la ley fundamental se vincule a todos los poderes públicos, incluso a todos los particulares -según lo antes dicho al respecto-, tomándose en cuenta que su importancia debe observarse no solo por el propio Estado, sino también por las personas y la Sociedad misma y su generalidad y abstracción garantizará que, por medio de una interpretación razonable e inclusive ponderada -mediante el “test de proporcionalidad”-, pueda materializarse su máxima eficacia, para la debida protección de dichos derechos.

2.5. Objeto y fin del control de convencionalidad

Sobre el particular, al igual que en el caso del concepto anterior, la bibliografía actual es abundante, con la ventaja en cuanto a la uniformidad de la fuente originaria de la doctrina fundamental de este; o sea, del concepto y definición del control de convencionalidad. Toda vez que, este, ha surgido y es un producto directo de la propia labor del órgano jurisdiccional con competencia contenciosa dentro de nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos; es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos; conforme las generalidades que, al respecto, se señalan a continuación.

La afirmación anterior se sustenta en que, si bien es cierto que se tiene la generalizada percepción de que el llamado control de convencionalidad surge inicialmente en los votos razonados de un juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García, a partir del año dos mil tres y que posteriormente se hace suyo por la propia Corte en mención a partir de sentencias del año dos mil seis, así también lo es que, en realidad, ese mismo Control; es decir, el de la Convencionalidad, ha sido ejercido por el tribunal interamericano en cada uno de sus fallos y demás actuaciones jurisdiccionales, o sea, desde el momento mismo del desarrollo de su función; puesto que esta es, precisamente, su razón de ser, según el instrumento internacional que le dio vida: el Pacto de San José, como también se le denomina a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud del lugar de su suscripción, en el año 1969. Lo que sí resulta novedoso, como será abordado posteriormente es ese mismo control cuando debe ejercerse en sede nacional.

Ahora bien, a pesar de lo anteriormente señalado, si bien es cierto que, no obstante, que de manera permanente dicha Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ejercido el control de convencionalidad desde su creación misma es a partir de los aludidos votos razonados en mención y, en especial, de la sentencia dictada por dicha Corte en fecha veintiséis de septiembre del año dos mil seis, que ya se conceptualiza





expresamente esta doctrina del control de convencionalidad, en el “Caso Almonacid Arellano contra Chile”.

Desde entonces, en cuanto al concepto del control de convencionalidad, también se han formulado una serie de definiciones que pretenden precisar la naturaleza y alcances de dicha doctrina; de las que se citan las que se estiman más relevantes.

Para el jurista, autor mexicano, Eduardo Ferrer Mac-Gregor -actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, en su obra intitulada *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*:

El <control[...]de convencionalidad>[...]Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos, que interpreta de manera <<última>> y <<definitiva>> el Pacto de San José.//Se trata de un estándar <<mínimo>> creado por dicho Tribunal internacional para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. (2016: 683, 684).

Por su parte, para el Instituto Interamericano de derechos humanos (IIDH), señalado por los autores guatemaltecos Juan Arnulfo Vicente Gudiel y Leslie Argentina Véliz Arriaga, el control de convencionalidad se entiende:

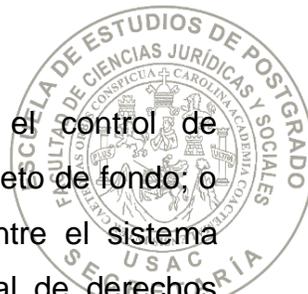
como una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el derecho internacional de los derechos humanos y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el derecho interno de los Estados parte de aquella. (2016: 67).

Debiéndose entender, en síntesis, como ese “control de compatibilidad” que siempre deberá realizarse, *ex officio*, con respecto al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos; ya sea de manera concentrada, por parte de la propia Corte en sede internacional o bien en forma difusa por todos los jueces nacionales -interamericanos-.



Partiendo de lo anterior, como punto central de este subtema, se aborda la coexistencia de ambas instituciones dentro del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos; o sea, de los derechos humanos y del control de convencionalidad; teniendo presente, desde luego, la preexistencia de aquellos con respecto al control en mención, pues constituyen su objeto subyacente y, a la vez, su fin último en cuanto a garantizar su protección se refiere, atendiendo que el propósito mismo de la creación de la doctrina del control de convencionalidad obedece a la búsqueda de una protección integral de estos, especialmente en cuanto al control que debe realizarse a lo interno de los Estados Partes.

Considerando de relevante trascendencia asentar, formalmente, de que el objeto mismo del denominado control de convencionalidad precisamente lo constituye: los derechos humanos y, más específicamente aún, su irrestricta protección –tanto a nivel nacional así como internacional-; puesto que, si bien actualmente se ha expandido el conocimiento y aceptación de dicha doctrina propugnada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, pareciera que se ha dejado de lado el enfatizar que el propósito mismo de la legitimidad de su ejercicio lo constituye el reconocimiento de la existencia de los derechos humanos y su consecuente protección a través del examen y análisis de compatibilidad precitado, entendiéndoseles inmersos en este, tácitamente y con ello dándoseles un trato indiferente y hasta secundario, o por lo menos invisibilizado.



En otras palabras, ahora se tiende al estudio y debate sobre el control de convencionalidad, pero de una manera superficial en lo tocante a su objeto de fondo; o sea, como si se tratara simplemente de analizar la concordancia entre el sistema jurídico interno de un Estado Parte y el sistema jurídico internacional de derechos fundamentales y la jurisprudencia, obviándose que dicho control debe partir –y también concluir- del respeto y protección de los derechos humanos propiamente dichos, en cuanto objeto y fin de tal ejercicio.

En ese sentido, resulta relevante traer a colación el que, en todo caso, no basta con realizar este examen sobre tal compatibilidad, teniendo como parámetro para ello solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino más bien, como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo precisó –entre otros- en la sentencia dictada en el “Caso Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) Vs. Guatemala”, también debe realizarse con respecto del llamado *corpus iuris* interamericano de protección de tales derechos.

Dicho *corpus iuris* interamericano de derechos humanos –denominado también Bloque de Convencionalidad o *corpus iuris* de Convencionalidad por diversos doctrinarios-, comprende, especialmente -entre otros-, , además, de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –de 1948-; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura –del año 1985-; Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –1988-; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte –del año 1990-; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“Convención de Belem do Pará”) -1994-; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –1994-; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las

Personas con Discapacidad –1999-; conforme la jurisprudencia e interpretación del propio Tribunal Interamericano.



Inclusive, actualmente se aborda el tema relativo a qué si también las “Recomendaciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos” deberían servir como parámetros para el control de convencionalidad y si, en su caso, ello implicaría una ampliación para el debido ejercicio de este; lo cual, independientemente de los criterios que al respecto ha mantenido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos –que tampoco han sido contestes-, se mantendrá latente en el debate venidero; tomando en cuanto el que, de hecho, ya en su opinión consultiva OC-21/2014, sobre los “Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, la propia Corte Interamericana señaló que “el parámetro de convencionalidad se amplía al incorporar los criterios expuestos en el ejercicio de la competencia no contenciosa o consultiva”.

Sin embargo, todo ello sería simple retórica si no se parte y se concluye en que, el “objeto” y el “fin” mismo del control de convencionalidad, dentro del Sistema Interamericano de los derechos humanos, lo constituye la protección, por sí misma, de dichos derechos.

Y, en ese mismo orden de ideas, Gozaíni cuestiona cuál es en realidad el objeto de la fiscalización dentro de ese control de convencionalidad; arribando al respecto a la siguiente conclusión:

De este modo, el objeto que fiscaliza la actuación se razona sobre tres pilares que la jurisprudencia supranacional fue elaborando.//Primero, el principio de la *pacta sunt servanda*, proveniente del derecho internacional, según el cual cuando un Estado asume compromisos internacionales, contrae el deber de cumplirlos aunque su derecho interno le oponga reparos.//Segundo, se introduce el efecto útil de la Convención propiciando que los Estados partes pongan sus mejores esfuerzos por darle eficacia al Sistema Interamericano.//Y tercero, se subraya la importancia de conseguir un *corpus iuris* americano, que se visualiza

con mayor acierto cuando se ve que los fallos de la Corte IDH rara vez se apoyan en las decisiones de su homónimo Tribunal Europeo, dando entender que el control de convencionalidad es una posición propia y elaborada sobre fundamentos y razones debidamente establecidos. (2016: 472, 473).



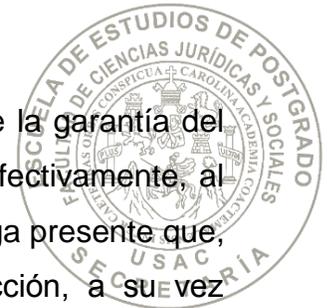
Estableciendo, con todo lo anterior, que en todo acto que conlleve el ejercicio del control de convencionalidad, más allá de las formas instituidas para hacerlo, deberá tomarse en cuenta como cuestión de fondo la debida protección de los derechos humanos, en cuanto derechos fundamentales; porque a ello debe estar orientado su ejercicio, siendo que su contenido esencial subyacente lo constituyen precisamente estos y su núcleo sustancial.

Por lo cual, para los efectos prácticos de comprensión del subtema que nos ocupa, cabe entender que mientras el citado control de convencionalidad importa un aspecto de orden adjetivo, por su parte los derechos humanos, propiamente dichos, conllevan el elemento sustantivo, cuya protección debe realizarse mediante dicho control.

Es así como el control de convencionalidad debe entenderse no simplemente como una doctrina novedosa, interesante y en evolución, sino más bien como la garantía para la debida observancia, respeto, protección y defensa de los derechos humanos o derechos fundamentales en general; partiéndose, precisamente, de que estos constituyen, por sí mismos, su razón de ser; es decir, su objeto o propósito total, a la vez que su fin.

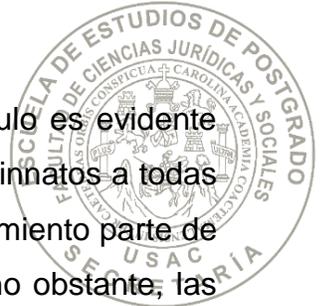
Y, ante ello, independientemente de la diferenciación técnica y la doctrinaria que pueda existir, en cuanto a los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales, en este -como ya se estableció-, dado sus objetivos y fines, se entenderán como sinónimos; partiendo de que no se pretende cavilar filosóficamente sobre ello, sino más bien, por una parte, evidenciar que muchas veces se aborda el tema del control de convencionalidad , pero no se parte necesariamente del objeto o propósito esencial de

este y su fin, como: los derechos humanos y su protección a través de la garantía del irrestricto ejercicio de ese control; y, por otra, concientizarse en que, efectivamente, al realizarse ese control de compatibilidad que conlleva ínsito este, se tenga presente que, además, de ser su “objeto”, tales derechos y sobre todo su protección, a su vez constituyen el “fin” mismo y último de ese control; por lo que, en tal sentido, se parte de la aceptación de su, sinonimia.



Lo precedente reviste trascendental importancia, porque se realza y se puntualiza en que, inclusive, el control de convencionalidad podría desaparecer, porque, en un futuro, nuevas tendencias doctrinarias o jurisprudenciales surjan y sean más garantistas y objetivas; sin embargo, por el contrario, la existencia de los derechos humanos no depende de dicho control, sino que estos se bastan a sí mismos, en cuanto son inherentes a todos los seres humanos por su mera condición de tales. Lo cual lleva a entender que, sea a través de los instrumentos o mecanismos que se pretenda proteger los derechos fundamentales de las personas, lo verdaderamente relevante es tener en cuenta el objeto y fin de dicha protección, más allá del medio o procedimiento que se elija para su materialización; porque, en todo caso, su incumplimiento conlleva a responsabilidad internacional del Estado, quien no puede invocar su derecho interno para sustraerse de su irrestricto cumplimiento.

Siendo así como, de manera sintética, se ha tratado de insistir y pretender en que no se olvide, que el objeto, pero a su vez, el fin, del control de convencionalidad ha sido y es la garantía de protección de los derechos humanos, y no estrictamente un ejercicio simplista de confrontación y/o compatibilidad del derecho interno para con el derecho internacional.



En tal sentido, a manera de corolario sobre lo abordado en este capítulo es evidente que los derechos humanos o derechos fundamentales son inherentes e innatos a todas las personas, por igual, sin discriminación negativa alguna y su reconocimiento parte de la dignidad humana como el núcleo esencial e intangible de estos; y, no obstante, las características que en la actualidad se les atribuyen, su decurso a lo largo de la historia demuestra que, a pesar de que ahora se les endilguen dichos rasgos, estos han sido producto de cruentas luchas, guerras, revoluciones, etcétera, que han llevado a que no baste con su protección a lo interno de los estados, sino también que sea indispensable garantizarlos a través de medios, mecanismos e instrumentos internacionales idóneos.

Denotándose que, partiendo del Sistema Universal de derechos humanos surge, a nivel interamericano, un sistema regional denominado Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos, para garantizar precisamente la protección de estos; y, si bien es cierto, actualmente se tiende a afirmar que el control de convencionalidad es una doctrina reciente y que surge a partir de sendos votos razonados del exjuez mexicano de dicha Corte Interamericana de Derechos Humanos: Sergio García Ramírez y que con posterioridad recoge la propia Corte Interamericana en sus distintos fallos, iniciando con el “Caso Almonacid Arellano Vs. Chile”, así también lo es que, en realidad ese control de convencionalidad lo ha llevado a cabo dicho Tribunal Interamericano desde el momento mismo del ejercicio de la función que le ha sido delegada; es decir, desde la entrada en vigencia del tratado internacional que le dio vida, que, como ya se ha indicado, consiste en el también denominado Pacto de San José, de Costa Rica; porque ese es el propósito mismo de su existencia y lo ha sido ya durante más de cuatro décadas, hasta el presente.

En ese orden de ideas, mediante un control -concentrado- de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió su primera sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, en 1988, pero sin hacer mención expresa de este; ahora bien, lo que no se niega ni discute es que, precisamente es a partir del fallo

que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitiera en fecha veintiseis de septiembre del año dos mil seis, en el caso contencioso precitado, que al ejercicio de dicha función por parte de ese Tribunal Interamericano, se le empieza a reconocer, aceptar y denominar como la doctrina del control de convencionalidad, con los matices que a lo largo de más de una década de la expresión del concepto se le han ido definiendo y perfilando.



Y, desde tal perspectiva, se evidencia que esta doctrina continúa en evolución, lo cual es importante, pero no debe dejarnos pasar desapercibido que su “objeto” y a la vez su “fin”, lo constituyen precisamente los derechos fundamentales y la garantía de su protección irrestricta, ya sea en sede interna –control primario o difuso-, o bien en sede internacional, a través de los medios del Sistema Interamericano de Protección de derechos humanos –control secundario, subsidiario o concentrado-; enfatizando en que, al final, más allá del medio lo verdaderamente relevante es el objeto y fin, cuya protección se busca garantizar.

Siendo, todo lo anterior, producto de la internacionalización del derecho constitucional y, más aún, de la constitucionalización del derecho internacional, cuyo propósito esencial es la irrestricta protección de los derechos humanos, partiendo del concepto de la “dignidad”, que le es inherente a toda persona, por su propia condición de Ser Humano.

Al respecto el filósofo Ronald Dworkin, en el *baedeker* de su obra *Justicia para erizos*, en cuanto a la dignidad, manifiesta:

La dignidad y el autorrespeto -cualquiera que sea el significado que resulten tener- son condiciones indispensables del vivir bien” (2014: 30); y, en el epílogo de esta, señala: “dignidad: con respeto por la importancia de la vida de otras personas y por la responsabilidad ética de estas, así como por la suya propia” (2014: 508). Concluyendo en que: “La dignidad es indivisible (2014: 511).



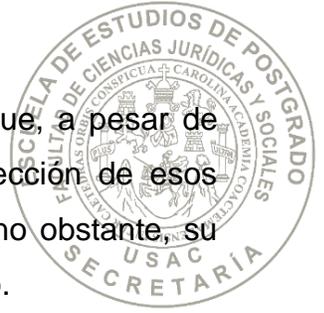
Y es que, en efecto, reiterándose, los derechos humanos, en cuanto fundamentales, son y deben ser el objeto y fin del control de convencionalidad y, a su vez, su orientación debe estar dada en función de la máxima protección de la dignidad de las personas, como el llamado núcleo duro o sustancial de estos, por su intangibilidad e indisponibilidad. Y, sobre, cuya base, se construye toda la doctrina y teoría de los derechos humanos, debido a que es precisamente dicho aspecto sustancial e indivisible el que se pretende proteger.

Se debe cuestionar si en Guatemala el hecho de que en el artículo 278 de la Constitución Política de la República, se haya establecido que para las reformas de sus artículos del 2 al 46 –que contienen derechos humanos que se encuentran constitucionalizados; es decir, siguiendo las nociones anteriores: derechos fundamentales–, constituye razón suficiente para estimarlos adecuadamente protegidos.

A mi juicio, estimo que dicha disposición constitucional restrictiva, si bien es cierto, según su tenor literal, resulta pertinente para tales fines, qué pasaría si en efecto se lograra ello por medio de la Asamblea Nacional Constituyente a la que se refiere el precitado artículo 278; y, obteniendo un resultado favorable a la reforma pretendida, se tendiera a legitimar una conculcación de tales derechos, abandonando su positivización constitucional y, por ende, negándoles el carácter de derechos fundamentales para la sociedad guatemalteca.

En el orden de las ideas, estimo que, tal disposición es buena, pero no garantiza que, mediante mecanismos constitucionales con apariencia de legitimidad, se trastoquen los derechos humanos fundamentales de los guatemaltecos; y, en tal sentido, ideal hubiese resultado incluir tales artículos dentro de las “Normas Pétreas”, contenidas en el 281 de la constitución. Partiendo de que los derechos humanos persisten y están vigentes, no

obstante, el ordenamiento jurídico interno de los Estados, consideró que, a pesar de esa falta de garantía suficiente, en el contexto internacional de protección de esos derechos, su aceptación y reconocimiento tiende a garantizar el que, no obstante, su pretendida reforma, su vigencia se mantenga incólume en todo momento.



CAPÍTULO III

3. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS



3.1. Generalidades, antecedentes y origen

Los distintos conflictos bélicos que internacionalmente han tenido lugar, especialmente en la segunda década del siglo ya recién pasado (1914-1918) y a finales de la tercera y principios de la cuarta década, de este (1939-1945), conocidos comúnmente como la Primera y Segunda Guerra Mundial, respectivamente, durante los cuales se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, dieron como resultado una preocupación generalizada, a nivel mundial, por tratarse de evitar que, a futuro, nuevamente pudieran tener lugar eventos, tan deleznable y perjudiciales para la humanidad, como estos.

Al respecto, la autora Marcela Rita Ortiz Torricos en su tesis doctoral intitulada *El Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de derechos humano*, manifiesta lo siguiente:

en este sentido, con el fin de mantener la paz y la seguridad internacional, decidieron unir sus fuerzas suscribiendo la Carta de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945 en San Francisco) que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. Con la suscripción de dicha Carta, se empezó a estructurar el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos con el liderazgo de la Organización de las Naciones Unidas” (2014: 129).

Este sistema; es decir, el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, en un sentido formal es el más antiguo y, a la vez, constituye la génesis que, posteriormente, dará vida a los demás sistemas regionales que tendrán una función similar al respecto; sin que el surgimiento y existencia de estos otros desplacen o

sustituyan de alguna forma al universal, sino que más bien, por el contrario, tienden a complementarlo y a integrarlo.



Entre los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se encuentran, en especial: el Sistema Europeo; el Sistema Interamericano y el Sistema Africano. De los cuales el segundo de estos, por constituir el punto focal de análisis en el presente capítulo, se abordará con más detenimiento en los subtemas que se desarrollarán a continuación.

En cuanto al Sistema Europeo, lacónicamente cabe indicar que es el más antiguo de los regionales y surge con la aprobación por el Consejo de Europa, del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, en 1950 y vigente a partir de 1953.

Por su parte, el Sistema Africano es el más reciente de estos y fue instituido a través de la Carta Africana de los derechos humanos y de los Pueblos -también conocida como la Carta de Banjul-, de 1981 y en vigor desde 1986; habiendo sido aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde el 2002 simplemente como “Unión Africana”. Siendo, una de las principales características de dicha Carta, el que en esta estén regulados, de manera conjunta, los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos civiles y políticos.

3.2. Relación con el Sistema Universal

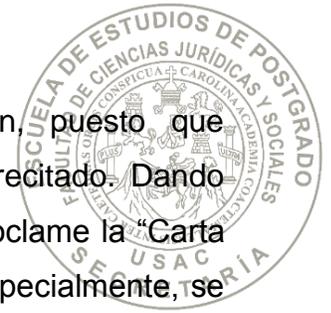
Como antes se dijo, el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos surge, formalmente, con posterioridad a la llamada Segunda Guerra Mundial, la cual termina en 1945, aunque sus efectos -en distintos ámbitos- se extienden hasta nuestros días.

Lo relativo a los derechos humanos no podía ser la excepción, puesto que precisamente su violación acérrima se da durante el evento bélico precitado. Dando lugar, con ello, a que en el mismo año de su culminación -1945- se proclame la “Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU)” a través de la cual, especialmente, se hace énfasis en la dignidad de la persona y el respeto a sus derechos humanos.

Ulteriormente, como parte del programa de la Carta Internacional de derechos humanos, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución de la Asamblea General No. 217 (III), se adoptó la “Declaración Universal de derechos humanos (DUDH)”; la cual, si bien es cierto enumera y define los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así también lo es que no determina ningún derecho de reclamación de los particulares ante instancias internacionales ni establece ningún otro mecanismo jurídico de control del cumplimiento y observancia de estos de parte de los Estados.

Y es precisamente con esta; es decir, con la proclamación de la Declaración Universal de derechos humanos, que se entrelazan, concatenan, relacionan y complementan, los Sistemas Universal e Interamericano de Protección de los derechos humanos.

No obstante, que, a nivel regional -del continente americano- se promulgó con anterioridad a aquella, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” -adoptada el 2 de mayo del año de 1948-, conjuntamente a la Carta de la Organización de Estados Americanos y que juntas constituyen la base sobre la que se establece y desarrolla el Sistema Regional de Protección de los derechos humanos en América es la Declaración Universal precitada la que, por su carácter de universal, termina concatenando ambos sistemas de protección y, a su vez, también forma parte del denominado *corpus iuris* internacional -universal- en materia de protección de tales derechos fundamentales. ; es decir, ambos sistemas -el universal y el interamericano- se entrelazan en una relación de género a especie; porque, mientras el primero está dado en función de la humanidad y población mundial, el segundo atiende a aspectos concretos y caracteres especiales de la comunidad americana. Y, si bien es cierto que



no existe una relación horizontal de interdependencia entre estos, también lo es que, en su caso, aunque el universal no lo haga directamente con respecto del interamericano, este último sí mantiene una relación de armonía y codependencia del primero; porque, aunque a nivel regional existe una serie de normativas de protección de los derechos humanos, siempre se sigue siendo parte de un sistema más general, cuyas disposiciones jurídicas continúan siendo aplicables.

O sea, el Sistema Universal no tiene la relación de interdependencia para con el Sistema Interamericano, mientras que el Interamericano, por su carácter de regional, sí la posee con respecto del Universal; puesto que, mientras que, para el primero, las disposiciones del segundo no son vinculantes, definitivamente que para el interamericano las normas de protección de derechos humanos que se adopten en el universal, sí tienen tal carácter.

3.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Se está en un periodo de reciente celebración del 40 aniversario de entrada en vigencia de este importante tratado internacional y, a su vez, de la puesta en marcha de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en San José de Costa Rica; porque, como antes se manifestó, la Comisión Interamericana de derechos humanos ya se encontraba en funciones desde antes, precisamente con ese mismo fin.

3.3.1. Aspectos subyacentes próximos

El Pacto Interamericano no es producto de la casualidad, sino más bien, como ya se ha mencionado, tiene sus antecedentes inmediatos en los movimientos sociales, políticos y, por qué no decirlo, jurídicos originados con ocasión, específicamente, de la Segunda

Guerra Mundial (1939-1945) y la culminación de esta, por la rendición del ejército alemán nazi y la victoria de los países aliados.



Posterior a ello, surge en la recién creada Organización de las Naciones Unidas (ONU), la necesidad de establecer directrices, principios, disposiciones generales, etcétera, que de alguna forma tiendan a garantizar que los graves ilícitos cometidos durante el citado evento bélico no vuelvan a repetirse; y es así como, con las dificultades propias de un consenso de tal envergadura, se logra que el 10 de diciembre de 1948 sea aprobada, en el seno de dicha Organización y con el voto favorable de 48 de los 56 países miembros en ese entonces, la ya mencionada “Declaración Universal de derechos humanos de 1948”, también conocida como la “Declaración Universal de derechos humanos de las Naciones Unidas”;, cuyo antecedente, de la misma naturaleza, se remontaba ya a los 100 años; es decir, a la “Declaración de Derechos de 1848”, emitida en un contexto diferente.

Queda claro que la aprobación de la Declaración Universal de derechos humanos no fue tarea fácil, sino más bien el resultado de proyectos previos, extensos análisis, diálogos y discusiones; tanto así que, con antelación a que se pasará a votar para su aprobación, Mrs. Eleanor Roosevelt, citada por Nazario González, en el libro Los derechos humanos en la Historia, ante la Asamblea de la Organización de Naciones Unidas, el mismo día del 10 de diciembre de 1948, momentos antes de dicha votación, manifestó lo siguiente: “No estamos ante un tratado. No se trata de ningún convenio internacional. No es, y no lleva consigo ningún carácter de ley o de compromiso legal. Estamos ante principios básicos de derechos humanos y libertades [...] que servirán como norma común de progreso para todos los pueblos y naciones” (2002: 169, 170).

Es así como, siguiendo al autor precitado en su obra en mención: “Por fin, a las tres de la madrugada del 10 de diciembre [de 1948] la Declaración Universal [de derechos humanos] era aprobada en un ambiente de emoción, pese a las ocho abstenciones; emoción que recogió en nombre de todos los presidentes de la Asamblea, el australiano Ewat: ‘Estamos ante un paso adelante hacia un proceso revolucionario. Es la primera

vez que la comunidad de naciones organizada hace una declaración de derechos y libertades fundamentales [...] millares de hombres, mujeres y niños de todo el mundo se volverán hacia ella en busca de ayuda, guía e inspiración” (2002: 186).



Entonces, no obstante, lo positivo que resultaba la promulgación de la Declaración en mención, era evidente que, por su propia naturaleza, esta no poseía los mecanismos necesarios que garantizaran la protección vinculante de los derechos humanos que se habían consagrado en ella ni los instrumentos indispensables para la respectiva sanción de los Estados Partes de esta que, de una u otra manera, la incumplieran.

Es por ello que, una vez aprobada dicha Declaración Universal, el objetivo fue lograr que los postulados contenidos en esta sirvieran de base para la futura promulgación y aprobación de una Convención que, por su carácter de tratado, vinculara directamente a los Estados y, asimismo, estableciera los mecanismos de control, fiscalización y sanción indispensables para su materialización y que devenían inexistentes en tal Declaración.

Fue así como, la Comisión de los derechos humanos -de la Organización de Naciones Unidas-, luego de arduas jornadas de trabajo y deliberación, decidió trasladar y someter a consideración de la Asamblea General, para su discusión y aprobación, dos Pactos o Convenciones Internacionales, en lugar de un solo documento; siendo, una de estas la relativa a los derechos civiles y políticos y, la otra, la referente a los derechos económicos, sociales y culturales.

Dicho traslado se acordó por la Comisión de derechos humanos en su sesión anual de 1954, sin embargo, por diversas circunstancias, tales proyectos permanecieron detenidos en dicha Asamblea por muchos años, hasta que, finalmente, en 1966 se entró a analizar y considerar su respectiva aprobación e implementación, la cual se dio hasta en 1976, al haber alcanzado el límite de 50 % de adhesiones requeridas para que entrasen en vigor.

En esencia, a través de ambas Convenciones o Pactos Internacionales se tiende a hacer vinculantes, para los Estados Partes, los postulados ya preestablecidos en la Declaración Universal de derechos humanos; a la vez que, en cada una de estas, se agregan las disposiciones normativas pertinentes a los temas objeto de su regulación y, además, se determinan los mecanismos necesarios para la fiscalización, control y garantía de su cumplimiento y debida observancia, así como medios para el caso de su incumplimiento.

Como antes se reseñó, en el ámbito regional americano, en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA), fue promulgada y aprobada -inclusive con antelación en meses a la Declaración Universal de derechos humanos- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -en el mismo año 1948-, en Bogotá, Colombia. Sin embargo, al igual que con la Universal, su contenido no resultaba, hasta tal momento, del todo vinculante ni contaba con mecanismos concretos para su control y materialización; por no tratarse, en todo caso, de un instrumento o convención internacional.

Todo lo anterior, aunado a diversos instrumentos de índole internacional, especialmente en materia de protección de derechos humanos, por ejemplo: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio -adoptada, abierta a firma y ratificación o adhesión, por la Asamblea General de la ONU en su resolución 260 A (III), del nueve de diciembre de 1948 y con entrada en vigor el doce de enero de 1951-, llevaron a que, independientemente de estos y de la obligatoriedad y vinculatoriedad de los pactos y/o convenciones internacionales adoptados por Naciones Unidas, a nivel del Continente Americano se aprobara el llamado Pacto de San José, como el equivalente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales -Roma, 1950-

3.3.2. Promulgación, aprobación y vigencia



El Pacto de San José de Costa Rica -como también se le denomina a dicha Convención- es el resultado de todo el proceso y avance en la protección de los derechos humanos a nivel internacional, especialmente en el ámbito Universal; a través de la cual se lleva a un ámbito más concreto y delimitado la estricta observancia de los instrumentos jurídicos existentes hasta ese momento para la protección integral de la persona humana, en este caso ya atendiendo a las particularidades de la región del continente americano.

Es así como, a través de la Organización de Estados Americanos (OEA), se promulga y somete a discusión y aprobación, en la ciudad de San José -Costa Rica- en el año 1969, el proyecto de la citada Convención; la cual fuera aprobada en ese mismo año, cuya entrada en vigencia se remonta a 1978.

Los autores y editores Christian Steiner y Patricia Uribe, en “Comentario” a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al respecto manifiestan:

Tal como sucedió a nivel internacional, la CADH representa la culminación de un proceso en el continente americano que inició al término de la Segunda Guerra Mundial, cuando los Estados se reunieron en México y decidieron que una declaración sobre derechos humanos debería ser redactada, para que pudiese ser eventualmente adoptada como convención. // [...] En noviembre de 1969, en San José de Costa Rica, se llevó a cabo la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos. En ella, los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación” (2013: 6).

Siguiendo ese *iter*, en el *Comentario* precitado, los autores y juristas Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot y Carlos María Pelayo Möller, sobre dicha Convención, indican:

La CADH es el resultado de un camino largo y accidentado, pero muy fructífero, el cual, una aspiración común por parte de la mayoría de las naciones

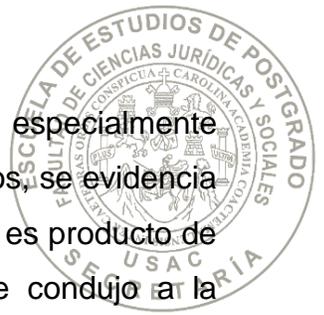


integrantes del Continente, permitió paulatinamente la consumación de un objetivo noble y esperanzador: el fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos en el territorio americano.//[...]Más importante aún para el tema que nos ocupa es hacer mención a la concepción y nacimiento de la CADH (1969), o Pacto de San José, para lo cual es particularmente importante recurrir a los documentos que hacen referencia a los trabajos preparatorios de su formación[...]/[...]En la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en noviembre de 1965, se dispuso encomendar al Consejo de la OEA que actualizara y completara el proyecto de Convención sobre derechos humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959 y, una vez revisado, previo dictamen de la Comisión Interamericana de derechos humanos, el proyecto fuera sometido a los gobiernos para que formularan las observaciones y enmiendas que consideraran pertinentes para, después, convocar a una Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos. (2013: 31, 33, 34).

A partir del mes de junio de 1967 y durante tres meses, se formularon observaciones al proyecto de Convención, habiendo presentado -entre otros- el Estado de Guatemala, por medio de sus respectivos personeros, las que se consideraron atinentes a sus intereses.

En el “Comentario” referido, los últimos autores en mención, concluyen en lo siguiente:

Así, el 12 de febrero de 1969, el Consejo de la OEA decidió convocar a la Conferencia Especializada sobre derechos humanos ‘para que considere el proyecto de Convención Interamericana sobre derechos humanos que ha sido elaborado de acuerdo con la resolución XXIV de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, así como las observaciones y enmiendas que formulen los gobiernos y decida sobre la aprobación y firma de la aludida Convención’. Finalmente, el 21 de agosto de 1969, dicho Consejo aprobó ‘señalar para la celebración de la Conferencia Especializada sobre derechos humanos la ciudad de San José, Costa Rica [durante] el período del 7 al 22 de noviembre de 1969[...]/Durante los días en los que tuvo lugar la Conferencia Especializada sobre derechos humanos en la ciudad de San José, Costa Rica, según se advierte en las actas de dicha Conferencia, se vertieron agudas y prudentes opiniones por parte de los representantes de las veintiséis naciones que asistieron a este trascendental foro[...] con especial énfasis en las referentes a la formación del Preámbulo de la Convención Americana. Concretamente, los especialistas que participaron en la citada Conferencia fueron: [...] [entre otros tantos] Luis Aycinena S. (Guatemala)” (2013: 34).



Con las anteriores disquisiciones, expresadas por connotados autores, especialmente la del actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se evidencia lo antes dicho, en cuanto a que, a su vez, el Pacto de San José también es producto de lo sucedido durante la llamada Segunda Guerra Mundial, cuyo cese condujo a la reflexión y toma de medidas y decisiones por parte de los Estados del mundo, para que se evitasen eventos como este; y, en ese sentido, a manera de efectivizar las conquistas obtenidas, a nivel regional americano se emitió la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por su parte, en su publicación “ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, sobre el citado Pacto de San José, el propio Tribunal Interamericano refiere lo siguiente:

La Convención Americana, también llamada Pacto de San José de Costa Rica es un tratado internacional que prevé derechos y libertades que tienen que ser respetados por los Estados Partes. Asimismo, la Convención establece que la Comisión y la Corte son los órganos competentes para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención y regula su funcionamiento. (2018: 3).

En dicha publicación, propia de la Corte Interamericana se continúa refiriendo al respecto:

La Convención [...] fue adoptada tras la Conferencia Especializada Interamericana de derechos humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José, Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978, conforme su artículo 74.2. (2018: 3).

Es así como, con base en todo lo anterior, puede concluirse que la Convención Americana de Derechos Humanos es un Tratado o Pacto Internacional vinculante y de observancia obligatoria para los Estados Partes de este; con la oportuna salvedad de que no todos los países del continente americano la han ratificado e, inclusive, algunos que lo habían hecho también lo han denunciado, dentro de los cuales, especialmente, se encuentran Trinidad y Tobago, cuya denuncia surtió efectos a partir del 28 de mayo de 1999 y también Venezuela con efectos desde el 10 de diciembre del 2013; y, a su



vez, que no todos los Estados Partes han aceptado la competencia contenciosa de dicha Corte, sino solamente la competencia consultiva de esta, aunque igual forman parte de la Organización de Estados Americanos y están sujetos a las Observaciones de la Comisión Interamericana.

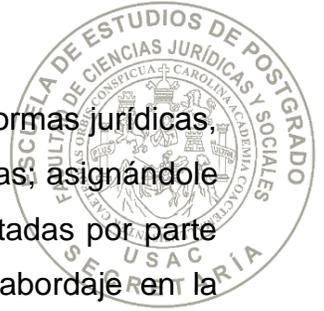
3.3.3. Interpretación

El contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos, en general, deberá ser interpretado especialmente al tenor del artículo 29 de esta, con las prohibiciones que se establecen en tal norma, , además, de lo relativo a principios y doctrinas internacionales, las propias directrices y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando en cuenta, a su vez, el *corpus iuris* reconocido por esta así como el control de convencionalidad que, como doctrina vinculante, ha impuesto dicho Tribunal.

Al respecto, Aguirre manifiesta lo siguiente:

Es preciso resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado sobre derechos humanos, cuya interpretación debe estar sujeta a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales, a los criterios específicos que fija la Convención y a las consideraciones especiales sobre su objeto y fin, en las que se determina que sus disposiciones siempre han de interpretarse en forma extensiva en favor de los seres humanos, de manera evolutiva y buscando la efectividad de sus normas” (2007: 74).

Es decir, si bien es cierto el Pacto de San José, como todo tratado internacional, está sujeto a los principios generales de interpretación de estos, así también lo es que, a su vez, por referirse a derechos humanos su interpretación y aplicación también está sujeta a parámetros especiales, tanto de derecho internacional así como a directrices y jurisprudencia emanada de su propio intérprete último; es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a los criterios y a doctrinas propugnados por esta.



Y, ante ello, debe partirse de que “interpretar”, en términos generales, normas jurídicas, implica, básicamente, desentrañar el verdadero sentido y alcance de estas, asignándole significado a los textos normativos, utilizando métodos y técnicas aceptadas por parte de la comunidad jurídica -cuyo tratamiento no constituye objeto de abordaje en la presente- y que, conforme a estos, una misma norma puede dar lugar a diversos significados; y, desde tal perspectiva, en cuanto a la interpretación propia de los tratados internacionales se han establecido, también, distintas reglas de interpretación con el propósito de orientar a los operadores jurídicos en el proceso de aplicación de estos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, por ser un tratado internacional, también se encuentra sujeto a las normas de interpretación que se encuentran contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; y, al respecto, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, los elementos que constituyen la regla general de interpretación, tales como la buena fe, el texto, el contexto, así como el objeto y fin del Convenio de que se trate, son los que se utilizan con mayor frecuencia.

En tal sentido, las reglas generales de interpretación de los tratados están contenidas en los artículos 31,32 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; y, las reglas especiales de interpretación del Pacto de San José, en el artículo 29 de este.

Sobre el particular, o sea, la interpretación específica de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Arango señala:

el profesor mexicano Sergio García Ramírez, en su Voto Razonado Concurrente a la Sentencia de la Corte de 31 de agosto de 2001 en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, declaró que la Corte, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, está obligada a observar las disposiciones de la Convención y a interpretar conforme a las reglas que ella misma previene y a las demás reglas que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales que figuran en la Convención de Viena; y que , además, debe tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el

objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena) y la regla *pro homine*, inherente al derecho internacional de los derechos humanos, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos. (2007: 86).



Agregando el autor citado, en la misma obra y artículo aludidos, que: “En consecuencia, la Convención [Americana sobre derechos humanos] debe ser interpretada: i) de buena fe conforme al sentido corriente de sus términos (interpretación gramatical semántica), teniendo en cuenta su contexto (interpretación gramatical semántica e interpretación sistemática) y su objeto y fin (interpretación teleológica o finalista); ii) de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin (principio de la efectividad o *effet utile*); iii) de la forma más extensa posible en favor de los seres humanos (interpretación pro persona) y iv) de una manera evolutiva (interpretación evolutiva)” (2007: 87).

De lo anterior, se advierte que, en primer lugar, en la tarea de interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos los jueces y, especialmente, los de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su calidad de “intérpretes últimos” de esta, deben ceñirse al principio de derecho internacional *pacta sunt servanda*, que es el que establece la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que se han asumido por los Estados Partes y, especialmente, en cuanto al texto del Pacto.

Además, dicha interpretación debe perseguir, en todo momento, un efecto útil que tienda a garantizar la protección de los derechos humanos de las personas, teniendo como fin para ello el debido cumplimiento de las obligaciones estatales contraídas a la luz del pacto y en congruencia con lo determinado por la Comisión y la Corte, ambas interamericanas.

Asimismo, la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, por su propia naturaleza, debe ser extensiva, a efecto de proveer de la máxima protección los

derechos humanos de que se traten, lo cual se reduce al principio llamado *pro homine* o *pro persona*, que tiene como base total la dignidad humana y busca, en todo momento, la mejor y máxima protección de la persona humana, aplicando la norma más garantista.



Por último, la interpretación del Pacto deberá ser evolutiva, teniendo en cuenta que los derechos humanos y su aplicación son progresivos y por ende irreversibles; tomando en consideración que este es una parte, pero no el todo, del *corpus iuris* interamericano de protección de los derechos humanos que, también, forma parte de un sistema mucho más amplio, como es el universal; todo ello en congruencia con la evolución paralela que, a su vez, asimismo, reporta el derecho internacional en general y sus normas *ius cogens*.

3.4. Comisión Interamericana de derechos humanos

Teniendo presente que, en efecto, el presente trabajo de tesis doctoral no trata sobre el Sistema Interamericano de Protección de derechos humanos, en concreto y específico, como punto total a desarrollarse en este, sino más bien se aborda con el propósito de crear la base necesaria que, a posteriori y como tema principal de fondo, permita que se aborde lo relativo a las instituciones de la inconstitucionalidad e la inconventionalidad, en cuanto a sus similitudes y sus diferencias; a continuación, se trataran las generalidades concernientes a la Comisión y la Corte, ambas Interamericanas de derechos humanos, como órganos de garantía de la protección de los derechos humanos en nuestra región.

En ese sentido, resulta que la Comisión Interamericana de derechos humanos constituye uno de los dos órganos de protección y garantía de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de los derechos humanos, junto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, en su conjunto, se encuentran regulados en la Convención

Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José –como también se le denomina– (del año 1969).



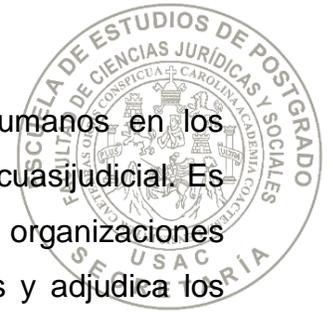
Es por ello que, como ya se relacionó, la Comisión Interamericana de derechos humanos es, inclusive, anterior a la propia promulgación y vigencia del Pacto en mención, lo cual no sucede con el otro órgano del Sistema; es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque esta última sí es producto de la entrada en vigor de dicha Convención; mientras que, por su parte, tal Comisión fue creada en 1959, durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores que se celebrara en Santiago de Chile.

En cuanto a su integración personal, la Comisión Interamericana de derechos humanos está compuesta por siete comisionados que actúan a título personal y representan a todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA); inclusive, a diferencia de lo que sucede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es necesario que los integrantes de la Comisión sean exclusivamente juristas, de acuerdo con el artículo 34 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero sí lo es que sean personas versadas en materia de derechos humanos.

Al tenor del artículo 37 del Pacto de San José los respectivos integrantes de la Comisión son electos para un período de cuatro años, solo pueden ser reelectos una única vez, y no pueden figurar como integrantes de esta más de un nacional de un mismo Estado, al mismo tiempo; y, en su artículo 41 se establecen las funciones y atribuciones de esta.

En el ya referido documento denominado “ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, publicado por esta, se relaciona a la Comisión en los siguientes términos: “La función principal de la Comisión es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en esta materia. La Comisión, por un lado, tiene competencias con dimensiones políticas, entre las cuales destacan la realización de visitas in loco y la

preparación de informes acerca de la situación de los derechos humanos en los Estados miembros. Por otro lado, realiza funciones con una dimensión cuasijudicial. Es dentro de esta competencia que recibe las denuncias de particulares u organizaciones relativas a violaciones a derechos humanos, examina esas peticiones y adjudica los casos en el supuesto de que se cumplan los requisitos de admisibilidad” (2018: 5).



En virtud de que la Comisión Interamericana de derechos humanos fue creada y entró en vigor con antelación a la propia promulgación de dicho Pacto de San José es de hacer notar que, al principio, se concibió a esta exclusivamente como un ente encargado de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y, a su vez, de servir de órgano consultivo para la Organización de Estados Americanos en esa materia, pero no como un eficaz órgano permanente de garantía de la protección de tales derechos.

Al respecto, el autor Haideer Miranda Bonilla en su obra Diálogo Judicial Interamericano refiere lo siguiente:

La Comisión pasó de ser un órgano con funciones meramente políticas o diplomáticas a tener importantes funciones cuasijurisdiccionales, pues le corresponde tramitar las denuncias o peticiones individuales que se presenten por la violación de algún derecho reconocido en la Convención Americana y determinar a través de un examen de admisibilidad, si somete el caso a la jurisdicción de la Corte IDH cuando se trate de un Estado que ha aceptado su competencia contenciosa. , además, tiene la posibilidad de emitir medidas cautelares en casos de “extrema gravedad” y “urgencia” (2016: 72, 73).

Y, en esa misma obra, sobre el particular, agrega: “La sede se ubica en Washington D.C. aunque puede reunirse en cualquier otro Estado miembro de la OEA, siempre que exista la anuencia o una invitación formal. La Comisión IDH se reúne al menos dos períodos de sesiones al año y el número de sesiones extraordinarias que se considere necesarias, pues los comisionados no trabajan de forma permanente. Las sesiones son privadas a menos de que se decida lo contrario. Para que exista quórum es necesario la presencia de una mayoría absoluta de los miembros” (2016: 74).



Advirtiéndose, con lo anterior, que al inicio de su creación y vigencia la Comisión no tenía la relevancia que hoy día posee, puesto que su función se circunscribía a rendir informes sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Partes del Pacto de San José -independientemente de que hubiesen o no aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, y, a la vez, a promocionar tales derechos, pero sin constituirse en un verdadero órgano garantizador de la protección de estos.

Sin embargo es precisamente a partir de la aprobación de dicha Convención Americana sobre Derechos Humanos, en 1969 y que entró en vigencia en 1978, que en el artículo 41 de esta se especifican y amplían sus funciones y atribuciones, especialmente en cuanto a la tramitación de las denuncias y peticiones individuales en virtud de violación de derechos humanos que, en especial, estén reconocidos en tal Pacto o el *corpus iuris*; pudiendo determinar si el caso se somete o no a la competencia contenciosa de la Corte.

Asimismo, una atribución establecida en la competencia de la Comisión que deviene de relevante importancia es la posibilidad de establecer que un Estado determinado adopte medidas cautelares en favor de una persona o un grupo de personas determinado, con el fin de prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso, en conexión a una petición o un caso pendiente, o bien con respecto a personas que se encuentren en su jurisdicción, independientemente de cualquier denuncia individual o caso pendiente.

Al respecto, cabe mencionar que la Comisión tiende a ser restrictiva en cuanto a dichas medidas cautelares; porque, a manera de ejemplo, hasta el año 2014, de 504 peticiones sobre medidas cautelares, únicamente se aceptaron para su otorgamiento un total de 33.

En cuanto al tema de las Medidas Cautelares de la Comisión Interamericana de derechos humanos, el jurista Osvaldo Alfredo Gozaíni en su obra *Procedimientos en la Comisión y ante Corte Interamericana de Derechos Humanos*, manifiesta lo siguiente:



No son decisiones tomadas en contra de nadie, sino en beneficio del proceso y de la justicia que de este se desprende[...]/[...]. En síntesis, las medidas cautelares se desempeñan en el plano de resguardar los fines del proceso principal, siendo admisible y procedente cuando se cumplen requisitos propios. Entre esas finalidades puede estar lo esencialmente preventivo, pero esta función encuentra extensiones que, sin ser precautorias en el sentido de la teoría cautelar, laboran con fines independientes que no tienen subsidiariedad con nada, salvo con la propia misión que persiguen[...]/[...]. A tono con lo dicho, se podría afirmar que la naturaleza jurídica de lo cautelar puro es de garantía. Su destino es prevenir el impacto del tiempo en las situaciones de hecho, cualesquiera sean estas siempre que afecten derechos humanos[...]/[...]. Las tres premisas de justificación son el daño inminente, la gravedad comprobada y el fin de evitar daños irreparables” (2016: 219, 225, 226, 231).

Como puede verse, las medidas cautelares conferidas por la Comisión Interamericana de derechos humanos, en principio, parten de los supuestos generales que habilitan estas también a lo interno de los Estados y, especialmente, en la jurisdicción ordinaria; como, especialmente, el *periculum in mora*, la inminencia de un posible daño que, a *posteriori*, sea difícil reparar, la gravedad de la situación y, normalmente, el resguardo de los fines del proceso, cuyo fondo se pretende garantizar; llevando ínsita por naturaleza una acción preventiva que, por regla ordinaria, debe respetar la bilateralidad, sin perjuicio de que, según las circunstancias del caso concreto, puedan emitirse *inaudita altera pars*.

Siendo importante, en ese contexto, abordar lo relativo a la “Teoría de la Cuarta Instancia” a efecto de poder aclarar y precisar, en cuanto a la Comisión, los límites de su función; y, en ese orden de ideas, resulta necesario tener presente que los procedimientos que, por denuncias, se inician ante la Comisión Interamericana de derechos humanos, tienen el carácter de subsidiarios a los medios internos de protección de los derechos humanos y, que, en ese sentido, la Comisión -en su caso la Corte- no constituyen una Instancia más, sino más bien son los órganos del Sistema

Interamericano de Derechos Humanos, para la garantía de protección de estos, según las competencias propias de cada uno.



El último autor precitado, en su obra en mención, al respecto manifiesta que:

El origen de la denominada cuarta instancia proviene del caso Clifton Wright que, habiendo sido condenado a muerte por los jueces de la Corte de Jamaica, llevó el asunto a la Comisión, dando lugar a que esta sostuviera [...] ‘Que no le corresponde revisar la transcripción oficial de la Home Circuit Court de Jamaica a fin de determinar si la condena del señor Wright podría haberse basado en otras razones o testimonios. La función de la Comisión es investigar si la convención americana ha sido objeto de violación y si la responsabilidad del acto recae en el Estado parte[...]’/[...]La intervención sobre el caso no es directa, pero lo es la confrontación del resultado con las pruebas y la decisión que se adopta por la Comisión. En consecuencia, aunque se diga que la cosa juzgada no se revisa, en los hechos se recomienda explorar la causa por considerar que en ella hubo violaciones al debido proceso” (2016: 171).

Es decir, se parte básicamente, del hecho que si a lo interno de los Estados Partes se ha respetado el debido proceso la Comisión no puede funcionar como una “cuarta instancia”.

Lo anterior reviste relevancia, cuando entra al análisis lo relativo a la institución jurídica de la Cosa Juzgada, puesto que si está ya se ha producido a lo interno del Estado Parte de que se trate, la actuación de la Comisión y, eventualmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo a la procedencia de la pretensión de fondo que se haga valer, necesariamente desplegará efectos jurídicos con respecto de esta; debido a que, en este caso, se estaría ante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada , pero que por violar derechos humanos resulta en inconventionalidad, aunque sea constitucional. Verbi gratia: el “Caso Fermín Ramírez contra Guatemala”, en el cual la Comisión recomendó al Estado guatemalteco que reabriera el proceso, con la consabida afectación a la cosa juzgada interna ya causada; y, ante el incumplimiento de ello, dicha Comisión acudió ante la Corte Interamericana, la que oportunamente

condenó y ordenó al Estado lo mismo, sin que tuviera relevancia convencional alguna la regla procesal penal del *non bis in ídem*.



Empleando las mismas palabras de Osvaldo Alfredo Gozaíni -en su obra precitada- se concluye en lo siguiente:

La tesis sustenta que no es una cuarta instancia, porque los órganos intervienen sin abrir un nuevo juicio, sino en virtud de cuatro razones primordiales://1°) La tarea esencial es el control de convencionalidad. 2°) La función de los tribunales internos es de control constitucional y convencional, de manera que si hay incompatibilidad entre ellas es deber del Sistema Interamericano adecuar la decisión. 3°) Las sentencias de los tribunales locales difiere en el contenido material que se analiza, por ello es dudoso que se revise una cosa juzgada interna cuando los parámetros son distintos. 4°) Las partes en ambos procesos difieren sustancialmente, en sede internacional la violación proviene del Estado, en tanto que en sede interna puede provenir de una autoridad estatal, municipal o de un particular” (2016: 176).

De lo anterior, se colige que la Comisión, al igual que la Corte Interamericana -como se verá a continuación-, más allá de una “Cuarta Instancia”, realmente constituyen, pero una “Instancia Supranacional” en función concreta de la protección de los derechos humanos; a la cual, por su subsidiariedad, normalmente solo podrá acudir después de agotarse los recursos internos existentes en el Estado Parte, en contra del cual se busca accionar.

Deviniendo oportuno, para cerrar este subtema sobre las generalidades de la Comisión, señalar que en la tramitación de las peticiones individuales presentadas ante esta, se emplea un procedimiento que, para su fácil comprensión, puede ser visto desde tres etapas diferentes; a saber: i.- Trámite inicial y procedimiento de admisibilidad; ii.- Trámite sustancial y decisión sobre el fondo del asunto sometido a su estimación; y, iii.- Eventual sometimiento del caso ante la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo cual se desprende del propio Pacto y del Reglamento de esta.

Señala el autor Haideer Miranda Bonilla, en su obra antes mencionada, que, también:

La Comisión IDH tiene, además, otras funciones relacionadas con la promoción de los derechos humanos dentro de las que destacan: a) la realización de informes sobre la situación general o específica de los derechos humanos en un determinado país; b) visitas in loco a los Estados; c) actividades que llevan a cabo las relatorías sobre temas específicos de derechos humanos; d) labores de asesoría, capacitación y difusión en temas de derechos humanos” (2016: 86, 87).

Para terminar, hay que agregar que, como se cita, la Comisión también realiza su función mediante “relatorías temáticas”, relativas a derechos en particular o a grupos vulnerables.

3.5. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Esta, al igual que la propia Comisión Interamericana de derechos humanos, constituye un órgano de garantía de la protección de los derechos humanos en la región y continente americano y fue creada a través del Pacto de San José de Costa Rica y forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como Tribunal permanente de este.

En la ya aludida publicación el “ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, la propia Corte se define de la siguiente manera:

La Corte Interamericana es uno de los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos, conjuntamente con la Corte Europea de derechos humanos y la Corte Africana de derechos humanos y de los Pueblos. Es una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es aplicar e interpretar la Convención Americana. La Corte Interamericana ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentra la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales. (2018: 6).



La definición anterior, viniendo de una publicación de la propia Corte Interamericana es relevante y útil para poder determinar, en términos simples, prácticos e inteligibles para la generalidad de personas, cuál es la naturaleza de dicho Tribunal Interamericano, así como, a su vez, cuáles son sus funciones y su propósito esencial; como en síntesis lo es: ser el “intérprete último” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, lo de “último”, en virtud que todas las autoridades y, especialmente, los jueces, deben hacerlo.

Es importante resaltar que, no obstante, que los Estados del continente americano forman parte de la Organización de Estados Americanos (OEA), y, por ende, están sujetos a la competencia de la Comisión Interamericana de derechos humanos, no todos los Estados de este continente han ratificado el Pacto de San José y, más aún, que existen algunos que, si bien es cierto han ratificado dicho tratado, también lo es que no han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino solo la consultiva; sujetos siempre a las observaciones y recomendaciones que, a su vez, pueda emitir la Comisión, como otro órgano del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Hasta la presente fecha, son veinte los Estados que tienen reconocida y aceptada, dicha competencia contenciosa de la Corte Interamericana; siendo los siguientes: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay; teniendo su sede, a diferencia de la Comisión que como antes se señaló la tiene en Washington D.C., en la ciudad de San José de Costa Rica, donde se encuentra establecida desde su formal instalación, en fecha 3 de septiembre de 1979.

Reiterando que, en este capítulo del presente trabajo, solo se abordan generalidades del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos, tal como ya se hizo en relación con la Comisión; y, cabe resaltar que el Tribunal Interamericano se integra por siete jueces, que necesariamente deben ser nacionales de los Estados



miembros de la propia Organización de Estados Americanos (OEA), los cuales, al igual que los comisionados, son elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización, pero estos por seis años, pudiendo ser reelectos por una sola vez y para un igual período de tiempo.

El fundamento toral de existencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo es el propio Pacto de San José de Costa Rica , pero, asimismo, debe tomarse en cuenta que dicho Tribunal también se rige por su Estatuto, que entró en vigencia en 1979, así como por su Reglamento, en vigor desde el 1 de enero del 2010; y, en ese sentido, dicho Estatuto, en su artículo 1, refiere: “La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto”.

Por su parte, el venezolano Jesús María Casal H., en su obra *Los derechos humanos y su Protección* en relación con el precitado tribunal interamericano señala que:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano judicial del sistema interamericano, lo cual implica que puede tramitar, previo reconocimiento general o especial de su competencia contenciosa por el Estado, casos individuales de violación a los derechos consagrados en la Convención Americana, siempre que sean remitidos por la Comisión, o por algún Estado parte[...] La Corte posee , además, una función consultiva, en relación con la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en el Hemisferio, así como respecto de la compatibilidad de leyes internas con tales instrumentos internacionales. (2014: 39).

Como se ve, la relevancia de la Corte es incuestionable, independientemente de que no todos compartan su forma de resolver y hasta el “activismo judicial” que en ocasiones ha mostrado, en pro de la defensa y garantía de protección de los derechos humanos, en la región; lo cual no menoscaba su preponderancia y especialmente ya en este siglo XXI.



Ejemplo de la resistencia que en varias ocasiones se ha expresado en relación con la Corte, y, en especial, en el desarrollo de su función contenciosa -jurisdiccional-, el autor Miranda, en su artículo sobre *La convención americana sobre derechos humanos, valor interno y resistencias nacionalistas*, que se encuentra contenido en Justicia Convencional”, menciona las sentencias números 1939-2008, 1547-2011 y 1175-2015 emitidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, así como la sentencia TC/0256/14 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana; a través de las cuales se ha desarrollado una resistencia institucional contra la competencia contenciosa y los alcances, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; llegando al extremo, en el caso de Venezuela, de denunciar el Pacto ante la Secretaría de la OEA, habiendo surtido efectos esta, a partir del 10 de septiembre del 2013; manteniéndose la competencia ya exclusivamente de la Comisión Interamericana de derechos humanos.

Sin embargo, no obstante, lo anterior la mayoría de Estados Partes que han reconocido y aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, independientemente de compartir o no sus fallos, han procurado el cumplimiento de estos; instituyendo, inclusive, lo que en doctrina internacional y adoptada por la propia Corte se ha dado en llamar dialogo judicial -interamericano- que, más allá de sus diversas modalidades, en concreto consiste en la implementación de los criterios de interpretación contenidos en las sentencias del aludido tribunal interamericano, en los fallos internos de los más altos tribunales de cada uno de los Estados Partes, para la válida fundamentación de estos; lo que, en palabras del autor precitado, en el artículo y obra en referencia: “tiene como finalidad la construcción de un patrimonio constitucional interamericano conformado por estándares mínimos de protección comunes” (2018: 203).

Ahora bien, en cuanto a la legitimación para accionar ante la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta que el propio Pacto de San José establece -en su artículo 61, inciso 2- que: “Solo los Estados Partes y la Comisión

tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”, lo cual implica que solo los Estados que hayan ratificado esa Convención así como la competencia contenciosa de la Corte, están legitimados activamente para accionar directamente ante esta. Sin embargo, como lo refiere Vásquez:



Las personas, grupos o entidades que no son Estados no tienen capacidad de presentar casos ante la Corte, pero sí pueden recurrir ante la Comisión Interamericana de derechos humanos. La Comisión puede llevar un asunto ante la Corte, siempre que el Estado cuestionado haya aceptado su competencia. De todas maneras, la Comisión debe comparecer en todos los casos ante la Corte. El procedimiento ante la Corte es de carácter contradictorio. Termina con una sentencia motivada, obligatoria, definitiva e inapelable. Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de estos tiene derecho a que se agregue al fallo su opinión disidente o individual. (2012: 154).

Es decir, el hecho de que, a lo particular, las personas -individuales o jurídicas, excepto el propio Estado de que se trate- no tengan la *legitimatío ad-causam* para acudir en forma directa ante la jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano, solo implica que tiene que hacerlo por intermedio de la propia Comisión Interamericana de derechos humanos.

En ese orden de ideas es importante tener en cuenta que, como se ha venido diciendo, la Corte Interamericana tiene expresamente dos funciones o competencias delegadas, a saber: a) Consultiva; y, b) Contenciosa; aunque, como el autor Hernández Valle, citado por Haideer Miranda Bonilla en su obra *Diálogo Judicial Interamericano*, nos manifiesta:

además, una competencia arbitral a través de la interpretación del artículo 62.3 de la Convención Americana. Esta competencia la puede ejercer la Corte en el ámbito sancionador o de condena, cuando simplemente tenga por objeto conocer y resolver, en sede arbitral, un caso que de otro modo debería ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, o bien cuando se trata de resolver sobre la interpretación o aplicación de la Convención o sobre una cuestión de derechos humanos en general. (2016: 95).



Sin embargo, para los efectos de la presente tesis doctoral, únicamente se efectuará al análisis de las dos clases de competencias que taxativamente se le atribuyen en el Pacto de San José.

Al respecto, en cuanto a su competencia consultiva regulada en el artículo 64 del Pacto de San José resulta que, por medio de esta, la Corte responde consultas hechas por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos o de los órganos de esta, específicamente sobre: i.- la compatibilidad de las normas internas para con dicha Convención; y, ii.- la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

En el desarrollo de tal función -la consultiva- debe reiterarse que el tribunal interamericano es el intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos y, ante ello, a pesar de su carácter de “consulta”, la interpretación que del Pacto haga la Corte a través de esta, según el ordenamiento jurídico, podría ser vinculante para quien la gestionó.

Esta competencia de la Corte no es menos importante que la contenciosa, puesto que, a través de esta, se dan pautas y directrices para quien la solicita que, en caso de ser un Estado Parte de la Convención, eventualmente puede repercutir en las decisiones que sobre el tema concreto sometido a consulta, pueda adoptar a futuro e inclusive los demás Estados también podrían tomar en cuenta las interpretaciones de dicha Corte, contenidas en las consultas en mención, a efecto de evitar asuntos contenciosos con posterioridad.

A la fecha dicha Corte Interamericana se ha pronunciado preventivamente en veinticuatro consultas que le han sido solicitadas y en las cuales ha interpretado y opinado en relación con temas tan diversos; por ejemplo, efectos de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; las restricciones a la pena de muerte; modificaciones a la Constitución Política de un Estado Parte; Colegiación obligatoria de los periodistas; las excepciones al agotamiento de los recursos internos;



derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal; sobre condición jurídica y derechos de los migrantes, derechos y garantías de niñas y niños en contexto de migración y/o necesidad de protección integral; matrimonio entre personas del mismo sexo; sobre los informes de la Comisión Interamericana de derechos humanos; etcétera.

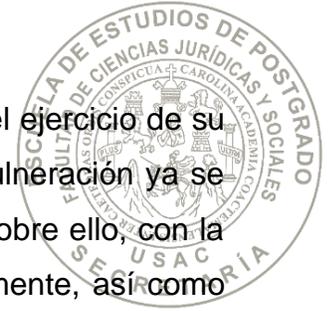
Lo anterior denota la importancia que tiene la competencia consultiva de la Corte dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, porque, dadas las circunstancias, puede servir de un instrumento preventivo para evitar incurrir en violaciones a derechos humanos y, por ende, en actos ilegítimos que acarreen responsabilidad internacional para los diversos Estados, especialmente para aquellos que son Parte del Pacto de San José y que, especialmente, han aceptado la competencia contenciosa del mencionado tribunal.

Siguiendo el *iter* expresado, resulta que, como antes se señaló, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ejerce una competencia contenciosa, en relación con todos aquellos Estados Partes del Pacto de San José que, en efecto, han reconocido esta; la cual está regulada, especialmente, en el artículo 62 de la Convención Americana y su ejercicio y desarrollo también en su Reglamento y Estatuto correspondientes.

Oswaldo Alfredo Gozaíni, en su obra previamente citada, señala que esta:

determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de algún derecho reconocido en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos aplicables al sistema interamericano y, en su caso, dispone las medidas necesarias para reparar las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos. //Asimismo, a través de la misma función, el tribunal supervisa el cumplimiento de sus propias sentencias. (2016: 602).

En otras palabras, si bien por medio de su competencia consultiva la Corte Interamericana puede pronunciarse sobre la interpretación debida y convencional de determinada norma de la Convención y, en forma anticipada, dar a conocer su criterio



sobre esta, a efecto de evitar ulteriores violaciones a esta, resulta que el ejercicio de su competencia contenciosa entra a funcionar cuando, normalmente, la vulneración ya se ha consumado y, por ende es necesario el pronunciamiento de fondo sobre ello, con la consecuente condena para el Estado Parte responsable internacionalmente, así como también la reparación de los daños y perjuicios causados y la adopción de todas aquellas medidas que sean idóneas para ese mismo fin y que la Corte, dentro de sus facultades, estime convenientes al caso.

Continúa manifestado Osvaldo Gozaíni, en su obra comentada y en relación con esta otra competencia, que esta, a tal tribunal interamericano:

le permite resolver los casos que se sometan a su jurisdicción. El procedimiento tiene dos fases: La primera o fase contenciosa, comprende cuatro etapas://a) Etapa de sometimiento del caso por la Comisión [salvo el caso de que se trate de una demanda directa de un Estado en contra de otro][...]y la defensa argumentada[...], por parte del Estado demandado[...]; b) etapa oral o de audiencia pública; c) etapa de escritos de alegatos y observaciones finales de las partes y la Comisión y d) etapa de estudio y emisión de sentencias.//La segunda[...], es la fase de supervisión de cumplimiento de sentencias[...].//Tiene por objetivo que las reparaciones ordenadas por el tribunal para el caso en concreto efectivamente se implementen y cumplan.//[...]el tribunal[...], puede ir evaluando si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para ese fin y, de ser el caso, convocar a una audiencia de supervisión” (2016: 603).

Como puede evidenciarse, el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos reúne todas las características de un proceso jurisdiccional formal, con todas sus garantías y solemnidades, aunque a su vez con sus peculiaridades; y, por medio de este, se pretende determinar la posible responsabilidad internacional de un Estado Parte en cuanto a violaciones a derechos humanos y/o normas establecidas en la Convención Americana y demás instrumentos internacionales que han pasado a formar parte del denominado *corpus iuris* interamericano de protección de derechos humanos, así como, en caso de comprobarse la violación, las medidas afirmativas que dicho Estado deberá adoptar

para la reparación integral de los daños y perjuicios causados, tomando en cuenta que, según jurisprudencia de la Corte, el propio fallo constituye una reparación.



Como se advierte de lo anterior, como es común en todo proceso, su culminación llega con la emisión de la respectiva sentencia; la cual, al tenor de lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos “será definitiva e inapelable”; y, conforme a esa misma norma: “En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes”; evidenciando que, en su caso, la “solicitud de interpretación de la sentencia” será, por analogía, el único medio de impugnación que, con efectos de remedio procesal, podrá hacerse valer contra el fallo emitido por dicho tribunal interamericano de derechos humanos; y, al respecto, la Corte precitada emite lo que se ha dado en denominar una “sentencia de interpretación”.

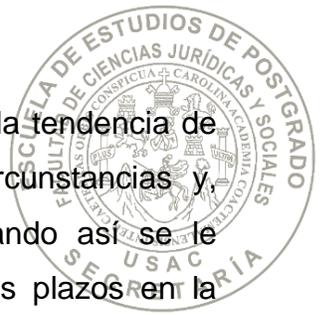
En ese sentido, es importante abordar, en general, el tema de las sentencias que emite el precitado tribunal interamericano, trayendo a colación lo que ya mencionaba Vásquez:

Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pueden clasificar, según el tipo de sanción u obligación que impongan al Estado, pueden ser declarativas, constitutivas, consultivas o de condena, al pago de sumas de dinero o al cumplimiento de otros resarcimientos[...]//[...]las sentencias dictadas en el ejercicio de su competencia contenciosa[...] son básicamente de cuatro tipos: a) sobre excepciones preliminares; b) sobre el fondo; c) sobre reparaciones y d) sobre interpretación de sentencias” (2016: 159).

Agregando, siempre sobre las sentencias, lo siguiente:

Dichas sentencias tienen efectos directos para las partes en el proceso e indirectos para todos los Estados parte de la Convención Americana y para las otras víctimas que no hayan sido parte del proceso, derivándose de ese efecto la necesidad del litigio estratégico. En las sentencias de la Corte Interamericana [...]se establecen interpretaciones auténticas” (2016: 159).

En sus inicios, la Corte resolvía mediante fallos independientes lo relativo a excepciones preliminares y, con posterioridad, con otra sentencia se pronunciaba sobre



el fondo y las respectivas reparaciones; sin embargo, en la actualidad la tendencia de esta es que mediante un solo fallo se pronuncia sobre dichas circunstancias y, eventualmente, emite una sentencia adicional de interpretación, cuando así se le solicita por las partes. Todo lo cual, a la vez que permite acortar los plazos en la tramitación de los procesos ante la Corte, también expedita la concentración de los actos definitivos de estos y que sea más fácil consultar todas las decisiones asumidas en cuanto a un caso en concreto y los criterios jurisprudenciales sentados por este tribunal interamericano al resolver este.

Sobre el particular, señala que:

“la cosa juzgada de las sentencias interamericanas tiene un efecto general o erga omnes frente a todos los Estados parte de la Convención Americana, a la Comisión Interamericana y a las víctimas. La interpretación de los hechos, el valor de las pruebas, de los artículos de la Convención aplicados y los dispositivos del fallo, incluidas las medidas reparatorias acordadas, pasan a tener el efecto de cosa juzgada no solo frente al caso concreto decidido, sino frente a futuros casos” (2012: 160).

Se entiende que, en consecuencia, los fallos de la Corte Interamericana si bien obligan en forma directa al Estado Parte que, en su caso, haya figurado como sujeto pasivo de la relación jurídico–procesal y que, en contra de este, deberá ejecutarse lo ordenado, así a la vez resultan vinculantes para los otros Estados Partes del Pacto de San José que no hayan sido parte del proceso en el cual se pronunciaron; ello en virtud de los efectos erga omnes que la jurisprudencia de esta origina para la protección de los derechos humanos.

Por otra parte, y siempre en relación con la competencia contenciosa de la Corte, relevante resulta abordar lo concerniente a la facultad que esta tiene de otorgar las denominadas medidas provisionales a las que se refiere el artículo 63, inciso 2, del Pacto de San José.

De la precitada norma se extrae que, para que estas puedan otorgarse deben darse tres circunstancias imperativas: 1) extrema gravedad; 2) urgencia; y, 3) que se trate de

evitar daños irreparables a las personas; y estas exclusivamente pueden decretarse con respecto a casos de los que ya esté conociendo la Corte o en relación con solicitudes que sobre el particular le presente la Comisión Interamericana.



Por definición, debe entenderse que tales medidas provisionales, a diferencia de las de naturaleza cautelar que emite la Comisión Interamericana de derechos humanos, son disposiciones que dicta la Corte en casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas; debiéndose tener presente que esos tres requisitos deben comprobarse, prima facie, para que puedan otorgarse.

En concreto y para efectos prácticos, puede referirse que en casos concretos la Corte se ha pronunciado en cuanto a la naturaleza jurídica de dichas medidas; verbi gratia: en el *Caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II, Cárcel de Yare*, resolución de fecha 30 de marzo del 2006, dicho tribunal interamericano, al respecto, manifestó que:

en el derecho internacional de derechos humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar, en el sentido que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo.

Y, en cuanto a la distinción puntualizada sobre los términos “cautelar” y “tutelar”, la Corte señaló, en la resolución del 6 de julio del 2009, emitida en el “Caso Carpio Nicolle y Otros”:

El carácter cautelar de las medidas provisionales está vinculado al marco de los contenciosos internacionales. En tal sentido, estas medidas tienen por objeto y fin preservar los derechos en posible riesgo hasta tanto no se resuelva la controversia. Su objeto y fin son los de asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo y de esta manera evitar que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría



hacer inocua o desvirtuar el efecto útil de la decisión final. Las medidas provisionales permiten así que el Estado en cuestión pueda cumplir la decisión final y, en su caso, proceder a las reparaciones ordenadas. En cuanto al carácter tutelar de las medidas provisionales esta Corte ha señalado que estas se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo, por cuanto protegen derechos humanos, en la medida que buscan evitar daños irreparables a las personas.

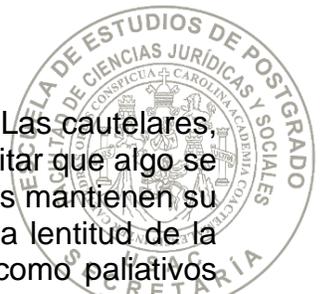
Denotándose que, en el caso de esta clase de medidas, estas resultan relevantes para los efectos antes mencionados, puesto que su otorgamiento no queda a discreción del cumplimiento del sujeto pasivo -entiéndase el Estado Parte de que se trate-, sino más bien es vinculante para con este y, por ende, su incumplimiento puede traer consigo responsabilidad internacional para el Estado; contándose con un efectivo mecanismo de seguimiento de su cumplimiento, para la debida protección de los derechos en cuestión.

Es por lo anterior que, a criterio del autor Haideer Miranda Bonilla, en su multicitada obra *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*:

Las medidas provisionales cumplen una función preventiva, porque protegen a las presuntas víctimas de violaciones inminentes a sus derechos humanos, especialmente, al derecho a la vida o a la integridad personal. Estas medidas pueden ser dictadas en el procedimiento ante la Comisión Interamericana como medidas cautelares o cuando está en curso la tramitación de un caso ante la jurisdicción de la Corte como medidas provisionales. En el primer supuesto, debe mediar una solicitud expresa por parte de la Comisión, quien puede decidir presentar la solicitud de oficio o a instancia de las presuntas víctimas o sus representantes. En relación con los sujetos legitimados para solicitar medidas cautelares, la Convención Americana solo alude a la Comisión Interamericana cuando el asunto está ante esta. (2016: 110).

Por su parte, Gozáni aborda el tema de la diferencia entre medidas provisionales y cautelares en los siguientes términos:

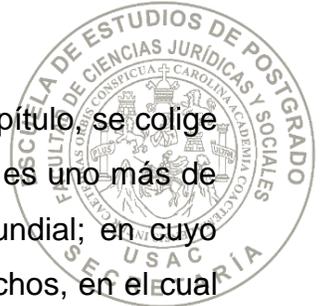
Las medidas provisionales tienen, por definición, un sentido diferente a las medidas cautelares. Las primeras son efímeras; la transitoriedad asienta en quedar dispuestas para situaciones de emergencia que deben ser resueltas de



inmediato, pero como son momentáneas, su vida útil es precaria. Las cautelares, en cambio, son respuestas de urgencia de carácter preventivo (evitar que algo se pierda) o asegurativo (resguardar una situación de futuro). Las dos mantienen su eficacia mientras perdure la situación que les dio origen[...]/[...]La lentitud de la justicia se cubre preventivamente con estas medidas, obrando como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento judicial” (2016: 1037).

Por último es oportuno traer a colación las precisiones conceptuales que la Corte señaló en su resolución del 2 de febrero de 2006, en el “Asunto García Uribe y otros contra México”: “Que la frase ‘asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento’ contenida en el artículo 63.2 in fine de la Convención Americana supone que al menos exista una posibilidad de que el asunto que motiva la solicitud de medidas provisionales pueda ser sometido a conocimiento del tribunal en su competencia contenciosa.//Que de conformidad con una interpretación integral de la Convención Americana se desprende que para que exista una mínima posibilidad de que la Corte conozca el asunto que motiva la solicitud de medidas provisionales debe haberse iniciado ante la Comisión el procedimiento establecido en los artículos 44 y 46 a 48 de la Convención Americana. En consecuencia, no es suficiente que la Comisión señale que ha conocido tal asunto únicamente en su procedimiento reglamentario de medidas cautelares. //Que de lo anterior se desprende que la Corte solo puede adoptar medidas provisionales cuando la Comisión Interamericana haya al menos registrado e iniciado el conocimiento de una petición conforme a sus normas reglamentarias pertinentes, sin que sea necesario que esta decida sobre la admisibilidad o fondo de esta”.

Como se deriva, de lo anterior, en general las medidas provisionales las puede emitir la Corte en aquellos casos de los cuales ya esté conociendo y en los que, obviamente, aún no se haya conocido del fondo del asunto; y, excepcionalmente, en los asuntos que aún se encuentren en la competencia de la Comisión Interamericana de derechos humanos y que esta, por razones de extrema gravedad, urgencia y para tratar de evitar daños que puedan resultar irreparables a las personas, estime conveniente solicitar el otorgamiento de estas y así lo gestione, fundadamente, ante dicho Tribunal Interamericano.



A manera de colofón, de lo anteriormente desarrollado en el presente capítulo, se colige que el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos es uno más de los mecanismos que, para el efecto, se han implementado a nivel mundial; en cuyo ámbito también está el Sistema Universal de Protección de dichos derechos, en el cual se encuentra inmerso el regional en mención, así como el europeo y también el africano; evidenciándose una relación de género a especie entre el universal y los demás sistemas.

Además, de los antecedentes que llevaron a nuestro Sistema Regional a lo que hoy es factible advertir la progresividad y evolución que, a lo largo de su entrada en vigencia, este ha tenido, siempre buscando la mayor y mejor protección de todas las personas ante eventuales violaciones de sus derechos humanos, en virtud del principio *pro homine*; entre otros tantos Estándares Internacionales que, desde la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han ido estableciendo en nuestra región.

Ha quedado determinado que, si bien como todo sistema tiene sus propias falencias, los órganos regulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -sin perjuicio de la preexistencia de la Comisión- han sido baluartes a lo largo de su existencia; dando vida a las normas contenidas en dicho Pacto y posibilitando, cada vez más, el acceso al Sistema, en beneficio de los justiciables y frente a la posible vulneración de sus derechos.

Ya sea a través de la Comisión, o bien de la Corte, cada una de estas con sus mecanismos y competencias es factible afirmar que existen diversos medios que provee el Sistema a efecto de no dejar en la impunidad la comisión de una violación a derechos humanos ya sea por acción u omisión; deduciendo la responsabilidad internacional al Estado infractor.

Y, para ello, como un gran aporte a la consolidación de la garantía de protección de los derechos humanos, en nuestra región americana, a través de la Corte Interamericana

de Derechos Humanos -órgano judicial de la Organización de los Estados Americanos- se ha ido forjando lo que se ha dado en denominar el control de convencionalidad, ya sea que se comparta o no su aplicación y desarrollo, lo que no puede negarse es la relevancia y repercusiones que este ha tenido desde su acogimiento en la jurisprudencia formal de dicho Tribunal Interamericano, a partir de su fallo de septiembre del 2006, en el “Caso Almonacid Arrellano contra Chile”, sin invisibilizar los votos razonados anteriores al mismo, asentados por el exjuez -mexicano- de dicha Corte, el profesor Sergio García Ramírez.

Cabe resaltar que nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos, con sus falencias y sus aciertos, ha forjado y desarrollado una doctrina propia para garantizar que todos los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en lo interno, asuman la obligación primaria que les asiste, con velar precisamente por dicha protección, lo cual ha hecho desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la precitada doctrina del control de convencionalidad; partiendo de que, en todo caso, la competencia de este Tribunal Interamericano es siempre de carácter subsidiario. Sagüés señala que para fortalecer nuestro sistema:

Como recetas inmediatas figuran las doctrinas del seguimiento nacional (conforme a ella, los criterios interpretativos del tribunal supranacional deber servir de guía a los tribunales domésticos) y del margen de apreciación nacional (es bueno que el tribunal supranacional contemple especificaciones particulares de este derecho humano, según sea el país en estudio). (2017: 359).





CAPÍTULO IV

4. LOS CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

4.1. Antecedentes y generalidades

Si bien es cierto, ambos controles son susceptibles de llevarse a cabo fuera del ámbito judicial, por otras autoridades, órganos y funcionarios públicos, así también lo es que, por virtud del tema de fondo de la presente tesis doctoral, como la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad -similitudes y diferencias-, el ámbito que realmente importa a su desarrollo y que constituye el enfoque desde el cual se abordará este, lo es el judicial; es decir, los controles de tal naturaleza , pero ejercidos por los jueces y los magistrados.

Y, en ese sentido, en el presente capítulo previo al de fondo de la investigación, se tratan y abordan ambos temas -controles- en su conjunto, para los efectos de su comprensión interrelacionada; pero sin perjuicio de hacerlo, a lo individual, cuando así convenga para el mejor entendimiento, siempre con miras al desarrollo del subsiguiente capítulo de tesis. Asimismo, se trata lo concerniente a dichos controles, en cuanto a sus generalidades, sin hacer, por el momento, énfasis alguno a las distintas formas de materializarlos ni a los sistemas o modelos existentes; porque, en todo caso, ello podrá ser objeto de su estudio, cuando se examinen lo relativo a la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad, *per se*.

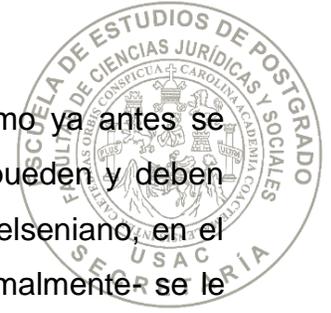
En ese orden de ideas, resulta que, en cuanto al control de constitucionalidad, el autor Carpizo manifiesta que:

Hablar de control constitucional implica conocer el concepto actual de Constitución, sus tipos, la manera en que se interpreta y los medios existentes para su defensa. Entender al control judicial de constitucionalidad difuso o concentrado, envuelve a su vez la comprensión del sistema de pesos y contrapesos vigente en un Estado Constitucional de Derecho, donde el tema de los tratados internacionales, su jerarquía, su aspecto vinculante y el sistema de protección a derechos humanos: trasciende. (2013: 217).

En relación con ello, así como en cuanto a la jerarquía normativa no podría dejarse de aludir a Hans Kelsen y, especialmente, a su teoría pura del derecho, así también lo es que no es factible tratar lo tocante a la constitucionalidad y la supremacía constitucional de la que necesariamente se origina y que resguarda, sin referirse a la Judicial Review y su enigmática sentencia pronunciada por el juez estadounidense John Marshall, en el caso conocido como “Marbury contra Madison”; en el cual, en 1803, este recurrió al denominado “Control de Constitucionalidad”, en el ámbito judicial; y, en un caso concreto, declaró la inconstitucionalidad de una disposición y acto de autoridad que, según él, contrariaba la Constitución de los Estados Unidos de América. Sentando el criterio de que todos los jueces estaban facultados y es más, obligados, a examinar que las leyes y/o los actos inferiores a la Constitución no contrariaran esta, so pena de declarar su oposición a dicha Ley Suprema y, por ende, su inaplicabilidad para el caso en concreto; surgiendo así lo que, con posterioridad, se ha dado en llamar Control Difuso de Constitucionalidad, que, a diferencia del control concentrado -propugnado por el propio Kelsen a través de sus tribunales constitucionales-, podía y debía, ser ejercitarse por todos los jueces del poder judicial, sin importar su jerarquía, especialidad y/o competencia material. Siendo este, precisamente, el precedente más conocido sobre el control de constitucionalidad, independientemente de los aspectos políticos y demás circunstancias subyacentes a la emisión del fallo, que, desde entonces, se han analizado y que no son objeto del presente.

Es decir que, como es de conocimiento popular, ya existían ciertos antecedentes, pero se parte de la famosa sentencia que el precitado juez, con su llamada “Lógica Marshall”, pronunciara en el año 1803, en el “Caso Marbury contra Madison”, para referirse al control judicial de constitucionalidad, conceptualizada en el Derecho

Anglosajón como la doctrina de la “Judicial Review”; relacionada, como ya antes se señaló, con el control de carácter difuso en el que todos los jueces pueden y deben ejercer dicho control, a diferencia del control concentrado europeo o Kelseniano, en el cual existe un solo órgano competente para tales efectos, al que -normalmente- se le denomina como: Tribunal Constitucional.



Siguiendo el *iter* expresado, se debe recordar que, Nogueira señala que “El control de constitucionalidad [...] este tiene como parámetro el texto de la respectiva Carta Fundamental”; es decir, consiste en la confrontación que el órgano o funcionario judicial llamado a ejercer dicho control debe llevar a cabo entre la disposición -de la naturaleza que sea- infraconstitucional y el contenido de la Constitución, que dicho sea de paso, dicho análisis, debe tener en cuenta no solamente los aspectos formales de esta, sino también los materiales; es decir, aquellos valores y principios que devienen subyacentes a su promulgación y vigencia y que constituyen el Pacto Social subyacente.

Por su parte, el expresidente de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el jurista y autor Juan Francisco Flores Juárez, en su obra *Constitución y Justicia Constitucional/ Apuntamientos*, al respecto del control de constitucionalidad refiere y reitera lo siguiente: “la supremacía constitucional [...] las leyes ordinarias no pueden contravenir los principios de la ley superior, determinando que es obligación del juez inaplicar las normas inconstitucionales” (2009: 183).

Haciendo énfasis que, en síntesis, dicho control consiste en el examen de compatibilidad entre la Constitución y las demás leyes, actos y/o decisiones que los poderes públicos adopten, independientemente que se acepte y reconozca o no la denominada doctrina del Bloque de Constitucionalidad, en su acepción respectiva; y lo cual se abordará con posterioridad. Teniendo el efecto de inaplicar la norma, para la



resolución de un caso en particular o, inclusive, de expulsarla del ordenamiento jurídico, dependiendo de la acción que al respecto se haya incoado, o sea, de si esta se hizo valer en un caso concreto o si, por el contrario, se planteó de manera directa, abstracta y en un sentido general.

Por su parte, en cuanto al control de convencionalidad, en la actualidad es cada vez más común escuchar y leer, sobre este, ya sea en conferencias especializadas, aulas universitarias o, inclusive, en alegatos sustentados por los abogados litigantes y en fallos de los distintos tribunales; especialmente de las más Altas Cortes de los diversos Estados que, de manera particular, se encuentran inmersos dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y este a su vez del Sistema Universal de derechos humanos. Siendo trascendental el que se tenga presente que, en todo caso, en especial el objeto de dicho control lo constituye, precisamente, la adecuada protección de los derechos humanos, que, , además, de constituir su objeto, también lo conlleva, ínsito, como su fin y/o propósito, en procura de su materialización; sea a lo interno de los Estados o a nivel internacional; teniendo como especial parámetro para ello, el contenido del Pacto de San José de Costa Rica, como también se denomina a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, Pablo Darío Villalba Bernié, en su obra

Derecho Procesal Constitucional. Contenidos Esenciales”, en cuanto a este concepto refiere: “Converge en reseñar la facultad que tiene la Corte IDH de realizar el control en el cumplimiento de la Convención Americana de DH, de ahí la terminología ‘Convencionalidad’, en divergencia con el control de constitucionalidad que implica ajustarse a la Constitución. (2018: 290, 291).

Agregando: “La Convencionalidad, supone que el acto, la norma o el repertorio legal se encuentra encasillado dentro de los cánones permitidos por la Convención Americana de DH, de allí proviene su nomenclatura” (2018: 291); es decir, el concepto de “Convencionalidad”, en términos generales, hace alusión a la obligación y a la

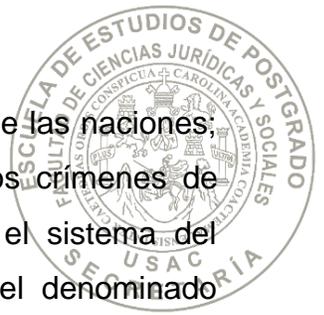


responsabilidad internacional que adquiere un Estado parte, de una convención o tratado internacional -especialmente en materia de derechos humanos-, para adecuar su ordenamiento jurídico interno hacia sus disposiciones, así como las decisiones de sus autoridades y funcionarios públicos, especialmente los jueces, al contenido normativo de estos; ejerciendo lo que, inicialmente a partir de varios “Votos Razonados” suscritos por el exjuez -mexicano- de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio Ramírez, se ha dado en denominar el control de convencionalidad.

O sea, en tales términos, la convencionalidad conlleva a la observancia, al respeto y la aplicación de los instrumentos supranacionales ratificados por un Estado en el flujo de las relaciones que, como un sujeto de derecho internacional, mantiene con los demás Estados y los entes reconocidos de derecho internacional y en relación con determinados convenios, especialmente aquellos que se consagran a la protección de los derechos fundamentales de las personas -individuales-; evitando incompatibilidades a lo interno.

En ese sentido, a manera de generalidades y de recordatorio de lo antes manifestado en el capítulo correspondiente es pertinente traer a colación que se acepta y reconoce, en la actualidad, que los derechos humanos, como tales, son inherentes a todos los seres humanos, por igual y sin discriminación –negativa– alguna, de ninguna naturaleza; más que aquellas que, positivamente, tiendan a proveer a determinadas personas y/o grupos de personas, de un trato especial, siempre en favor del respeto de su dignidad humana.

No obstante, lo anterior es indiscutible que después de la Segunda Guerra Mundial y la consiguiente creación y el establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas –cuyo antecedente: la “Sociedad de las Naciones”, surgida después de la Primera Guerra Mundial, no habría producido los resultados proyectados-, lo referente a los

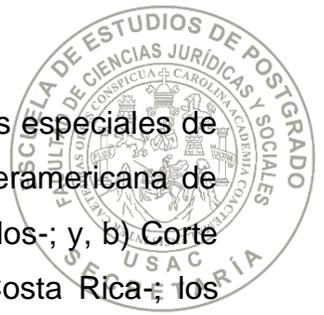


derechos humanos tuvo una preponderante relevancia en el concierto de las naciones; teniéndose como motivación subyacente, especialmente, los horrendos crímenes de lesa humanidad que se habían perpetrado por el régimen nazi, en el sistema del nacional socialismo, durante el mando del dictador Adolf Hitler, en el denominado “Holocausto del Pueblo Judío”, que como fin principal perseguía su exterminio y a lo que se le denominó: la “Solución Final”.

Precisamente en ese contexto de fondo es que ahora se logra entender el surgimiento de nuevas disposiciones normativas, tanto a nivel nacional, regional y universal que, de una manera mucho más decidida, tienda a la protección de los derechos fundamentales que, por principio, les son inherentes a todos los seres humanos, en cuanto tales; como ya se advirtió en los capítulos anteriores, en los que esto se abordó más ampliamente y todo ello de manera lógica y concatenada para llegar al tema de fondo de esta tesis.

Partiendo de lo anterior y posteriormente a la entrada en vigencia de la Carta de las Naciones Unidas, se empiezan a gestar a nivel regional -rango continental- sistemas que, atendiendo a las particularidades de las poblaciones afectadas, atienden de forma más especializada y directa la protección de los derechos humanos de las personas y que, a su vez, también procuran la sanción y la no impunidad de las violaciones a estos.

Es así como, en el continente americano, surge la Organización de Estados Americanos y, como resultado de esta, lo que ahora se conoce como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyo fundamento sustancial parte de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre –de 1948-, la Carta de la Organización de los Estados Americanos –de 1948-, así como también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –de 1969-.



Este Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene como órganos especiales de control y protección de tales derechos, los siguientes: a) Comisión Interamericana de derechos humanos –con sede en Washington D.C., de los Estados Unidos-; y, b) Corte Interamericana de Derechos Humanos –con sede en San José de Costa Rica-; los cuales -con la salvedad antes dicha sobre la Comisión- surgen como producto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –denominada también: “Pacto de San José”-, y, dentro de estos el segundo órgano, especialmente en su competencia contenciosa, reviste total relevancia para el tema del control de convencionalidad que ahora se aborda.

Siendo de fundamental trascendencia determinar e insistir, en que, formalmente, el objeto del denominado control de convencionalidad precisamente lo constituye: esos derechos humanos y, más específicamente aún, su irrestricta protección –tanto a nivel nacional e internacional-; puesto que, si bien es cierto actualmente se ha expandido el conocimiento y aceptación de dicha doctrina surgida de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, pareciera que se ha dejado de lado enfatizar que el propósito mismo de la legitimidad de su ejercicio lo constituye el reconocimiento de la existencia de los derechos humanos y su consecuente protección a través del examen y análisis de compatibilidad precitado, entendiéndoseles inmersos en este, tácitamente y con ello dándoseles un trato indiferente y hasta secundario o por lo menos invisibilizado cuando es lo principal.

Como se ha dicho es común tender al estudio y debate del control de convencionalidad, pero de una manera superficial en lo tocante a su objeto de fondo; o sea, como si se tratara simplemente de analizar la concordancia entre el sistema jurídico interno de un Estado parte y el sistema jurídico internacional de derechos humanos y su jurisprudencia, obviándose que dicho control debe partir –y también concluir- del respeto y protección de los derechos humanos, en cuanto objeto y fin de tal ejercicio, conforme la interpretación que del Pacto de San José y el bloque de convencionalidad

haga la Corte Interamericana y que, en todo caso, resultarán vinculantes para los Estados Partes de dicha Convención.



Deviniendo, en tal sentido, importante traer a colación el que, en todo caso, no basta con realizarse dicho examen de compatibilidad, teniéndose como parámetro para ello solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino más bien, como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos lo precisó –entre otros- en la sentencia dictada en el “Caso Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) vs. Guatemala”, también debe realizarse con respecto al denominado *corpus iuris* interamericano -lo cual, de igual manera, se abordará con posterioridad, al tratar lo relativo a los denominados “bloques”-, en el que, en efecto, se encuentra el de convencionalidad que precisamente constituye ese *Corpus*.

Y, en esa línea de pensamiento, Gozáni cuestiona cuál es en realidad el objeto de fiscalización dentro del control de convencionalidad; arribando, al respecto, a la siguiente conclusión:

De este modo, el objeto que fiscaliza la actuación se razona sobre tres pilares que la jurisprudencia supranacional fue elaborando.//Primero, el principio de la *pacta sunt servanda*, proveniente del derecho internacional, según el cual cuando un Estado asume compromisos internacionales, contrae el deber de cumplirlos aunque su derecho interno le oponga reparos.//Segundo, se introduce el efecto útil de la Convención propiciando que los Estados partes pongan sus mejores esfuerzos por darle eficacia al Sistema Interamericano.//Y tercero, se subraya la importancia de conseguir un *corpus iuris* americano, que se visualiza con mayor acierto cuando vemos que los fallos de la Corte IDH rara vez se apoyan en las decisiones de su homónimo Tribunal Europeo, dando entender que el control de convencionalidad es una posición propia y elaborada sobre fundamentos y razones debidamente establecidos” (2016: 472, 473).

Estableciéndose, con lo anterior, que en todo acto que conlleve el ejercicio del control de convencionalidad, más allá de las formas instituidas para materializarlo, debe tomarse en cuenta como cuestión de fondo la debida protección de los derechos

humanos, en cuanto derechos fundamentales; porque a ello debe estar orientado su ejercicio, siendo que su contenido esencial subyacente lo constituyen precisamente estos y dentro de estos el resguardo de su contenido esencial -núcleo- conformado por la dignidad de la persona, como el centro al rededor del cual debe girar todo el andamiaje creado para resguardarlo.



De conformidad con ese *iter*, mientras el control de convencionalidad importa un aspecto de orden adjetivo, por su parte los derechos humanos, propiamente dichos, conllevan el elemento sustantivo, cuya protección debe realizarse mediante dicho control; y, en efecto es así como el control de convencionalidad debe entenderse, y no simplemente como una doctrina novedosa, interesante y en evolución, sino más bien como la garantía para la debida observancia, el respeto, la protección y la defensa de los derechos humanos y/o derechos fundamentales en general; partiéndose, precisamente, de que estos derechos constituyen precisamente su razón de ser; es decir, su objeto o propósito total.

Lo precedente reviste trascendental importancia, porque se realza y puntualiza en que, inclusive, el control de convencionalidad podría desaparecer, porque, a futuro, nuevas tendencias doctrinarias o jurisprudenciales surjan y sean más garantistas y objetivas, sin embargo, por el contrario, la existencia de los derechos humanos no depende de dicho control, sino que se bastan a sí mismos, en cuanto son inherentes a todos los seres humanos por su mera condición de tales. Lo cual lleva a entender que, más allá de los instrumentos o mecanismos que se utilicen proteger los derechos fundamentales de las personas, lo verdaderamente relevante es tener en cuenta el objeto de dicha protección, así como su fin, independientemente de los medios que se elijan para su materialización.

Quedando así establecido que el objeto y, a su vez, el fin del control de convencionalidad ha sido y debe ser la garantía de protección de los derechos humanos, y no solamente un ejercicio simple de confrontación o compatibilidad del derecho interno y el interamericano.



A su vez, existe el consenso generalizado en que es precisamente a partir de la sentencia emitida por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2006, en el “Caso Almonacid Arellano contra Chile” que dicho tribunal internacional empieza a utilizar el término y concepto de control de convencionalidad a lo que, en todo caso, constituye su quehacer jurisdiccional; puesto que dicho control siempre se ha ejercido por la Corte en mención desde su creación misma y las distintas decisiones que ha adoptado a lo largo de su vigencia; sin embargo es precisamente a partir del fallo en mención que ello empieza a recibir la denominación apuntada, porque con anterioridad solamente en los Votos Razonados del juez Sergio García Ramírez se había hecho acopio al concepto, pero no de manera colegiada y propiamente jurisdiccional, por esa misma Corte.

Al respecto, Ferrer manifiesta que: “el principal objetivo que busca la existencia del control de convencionalidad es incrementar la efectividad del *corpus iuris* interamericano a nivel nacional”; y, en este, sigue indicando:

Se trata de una institución jurídica creada de manera pretoriana que internacionaliza categorías constitucionales, específicamente la noción del ‘control difuso de constitucionalidad’, en contraposición al ‘control concentrado’ que se realiza en altas jurisdicciones. El control de convencionalidad fue, de esa forma, diseñado para coadyuvar a que los jueces y en general todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José (del poder ejecutivo, legislativo y el judicial) cumplan con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano”; y, en ese sentido, concluye en que: “el control de convencionalidad tiene una vocación práctica: servir como una herramienta procesal para que todas las autoridades de los Estados, ahí en el ámbito de sus competencias y considerando las regulaciones procesales correspondientes, tomen todas aquellas medidas legislativas y de otro carácter

(p. ej., interpretativas), para garantizar la mayor protección posible de los derechos humanos. (2016: 338, 340, 343).



Es decir, ya uniéndose ambos conceptos -constitucionalidad y convencionalidad- si en el caso del control de constitucionalidad lo que debe garantizarse es la supremacía de la Constitución del Estado, en el control de convencionalidad lo que se busca es garantizar la hegemonía de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el resto de los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos que, en su conjunto, conforman el denominado *corpus iuris* interamericano de derechos humanos –Bloque de Convencionalidad–; al que, de igual manera, entre otros, deberá sumarse la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, contenida en sus fallos emitidos, especialmente los de índole contencioso y que también es vinculante.

Asimismo, mientras el control de constitucionalidad se ejerce con respecto a cualesquiera normas y/o disposiciones inferiores a la propia Constitución, de la naturaleza que sean, el control de convencionalidad se realiza únicamente en relación con derechos humanos, porque precisamente lo que se busca a través de su implementación es una máxima protección en esa materia, vinculando a los poderes públicos de todos los Estados Partes a su irrestricta observancia y defensa, partiéndose de una interpretación *pro homine* y de efecto útil, tendiendo siempre a proteger el núcleo de estos: la “Dignidad Humana”.

Advirtiéndose, como recuento de lo anterior, que actualmente –e independientemente de la existencia del denominado Bloque de Constitucionalidad y a su vez también del llamado *corpus iuris* interamericano, que también se abordará posteriormente- la supremacía constitucional –como principio derivado del de jerarquía normativa– es un rasgo esencial de la Constitución misma, y no simplemente por su ubicación en la pirámide jurídica, sino más bien, a su vez, por su derivación directa del poder



constituyente -en el caso de la formal- y, especialmente, por contener la positivización de los valores y principios que se consideran fundamentales para la convivencia social de la población que forma parte del Estado en el que esta rige; teniendo, como parte coadyuvante de esa hegemonía, la rigidez de la que está revestida así como su fuerza normativa, en cuanto a sus preceptos, estén estos contenidos formalmente en esta y/o solo formen parte de su contenido material; y que sirven de parámetro toral y directo para el control de constitucionalidad.

Si bien es cierto, el control de constitucionalidad es de amplia aplicación en cuanto a los asuntos objeto de su ejercicio, atendiendo a que se encuentra sujeta al mismo cualquier disposición o decisión del poder público, especialmente las del legislativo, así también lo es que su realización conlleva relevante importancia cuando lo que se examina es la constitucionalidad de un acto que afecta, limita y/o restringe derechos fundamentales.

Y, en ese sentido, cuando lo afectado son precisamente derechos de tal naturaleza, surge la obligación -al menos vinculante para los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)- de ejercer, además, del ya citado Control de Constitucionalidad, también un control de convencionalidad, cuyo objeto mismo y a la vez también su fin, lo constituye: la protección de los derechos humanos. Siendo así como, para los efectos de fondo perseguidos con el presente trabajo de tesis doctoral, se aborda lo relativo al denominado control de constitucionalidad, pero a su vez también el de convencionalidad, para poder determinar la aplicabilidad que ambos controles tienen.

Resultando relevante, en ese mismo orden de ideas, referir que la Constitución Política y su supremacía es para el control de constitucionalidad, lo que, por su parte, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos y la interpretación de estos contenida en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, le es al control de convencionalidad; puesto



que, como es sabido y ya se ha dejado plasmado, este último control debe ejercerse partiendo de la hegemonía que dicho Pacto de San José tiene sobre el derecho interno de los Estados Partes de este inclusive -en su caso- hasta de la propia Constitución, en virtud de los compromisos y responsabilidad internacional de los Estados y en congruencia con el principio de derecho internacional: *pacta sunt servanda*, incluso, según el caso, por encima de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, como consecuencia de una interpretación *pro homine* y de *effet utile* para el resguardo de la dignidad humana; debiendo, en todo caso, preferir una interpretación conforme que una que conlleve una confrontación directa con ese Pacto y que, eventualmente, declare la inconvencionalidad.

Por último, es importante mencionar que, no obstante, lo precedente y que hoy en día el control de constitucionalidad es admitido y aceptado en la mayoría de los sistemas jurídicos, en la actualidad lo que se tiende a cuestionar, cada vez con más énfasis es precisamente el ámbito judicial del control; es decir, el denominado control judicial de constitucionalidad, básicamente por estimarlo antidemocrático, por su supuesto “carácter contramayoritario”.

Puesto que, en ese sentido, resulta que un considerable número de juristas, doctrinarios, filósofos, etcétera, se oponen -sea parcial o totalmente- a que este control sea llevado a cabo por los jueces -independientemente del sistema de justicia constitucional en el que se realice-, partiendo del argumento toral de que estos no han sido electos popularmente, sino más bien designados, nombrados o elegidos gremialmente, y, en consecuencia, no pueden ni deben tener la “última palabra” en cuanto a validez y constitucionalidad de los actos emanados de los otros poderes del Estado, en especial de las leyes promulgadas por el poder legislativo; y el de convencionalidad tampoco escapa a las críticas en contra.



Entre otros tantos, se pueden mencionar a Mark Tushnet, Larry Kramer, Lawrence Solum, Jeremy Waldron, Richard Fallon Jr., Alexander Bickel, Sebastián Linares, Roberto Gargarella, etcétera; quienes, en conclusión, partiendo del argumento contramayoritario, propugnan por un control judicial de constitucionalidad que sea medido, prudente y excepcional, que evite discrecionalidad, arbitrariedad en este ámbito y hasta la “dictadura judicial”; partiendo, cada uno de estos, desde la experiencia propia que dicho control ha tenido en sus países; aunque refiriéndose a la vez a la de los Estados Unidos de América.

Siendo, de los personajes mencionados, los que más profundamente han tratado el tema en cuestión y que para los efectos de fondo del presente trabajo de investigación resultan relevantes, en cuanto a sus enfoques y análisis, los que a continuación se individualizan.

Mark Tushnet:

La crítica de este, al control judicial de constitucionalidad -especialmente en cuanto a la legislación-, está forjada sobre la base de lo que denomina: “Constitucionalismo Popular”, que no es lo mismo que un constitucionalismo populista; y que, en todo caso, parte de la idea de que es al “Pueblo” al que le compete la “última palabra” en temas constitucionales de relevancia, y no a los jueces o tribunales que, en todo caso, carecen de la legitimidad democrática necesaria para ello, dado que no han sido elegidos popularmente para ello.

Tushnet es uno de los constitucionalistas más reconocidos en los Estados Unidos de Norteamérica, fue profesor de derecho constitucional en la Universidad de Georgetown y también en la de Harvard; asimismo, ha escrito una serie de libros sobre dicha rama del Derecho; destacando, entre otros tantos, su obra denominada: *Derecho Constitucional Crítico y Comparado* y, como teoría dominante en el desarrollo de su



pensamiento crítico, la de, en efecto, formular el constitucionalismo como pertenencia del pueblo, y no de los jueces.

En ese sentido, Mark Tushnet propugna que no es a los jueces a los que les corresponde esa última palabra en los temas constitucionales complejos, sino más bien es al “pueblo”.

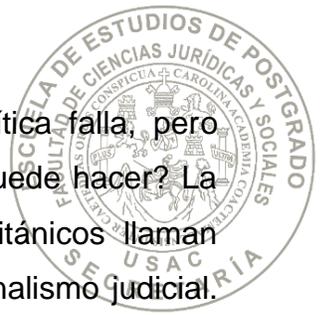
Y, como lo refiere García-Mansilla “representa la postura más radical: no se limita a señalar su supuesta incompatibilidad con el sistema democrático, sino que directamente propone eliminarlo del sistema constitucional” (2008: 320).

Así, Mark Tushnet señala que dicho control resulta ilegítimo, por originarse de un derecho constitucional elitista que, en todo caso, conlleva a una “supremacía judicial”, y no a una “supremacía constitucional”, lo cual va en detrimento de la ley fundamental.

García-Mansilla manifiesta que:

Tushnet afirma que la eliminación del judicial *review* obligaría a que la toma de decisiones en materia constitucional vuelva a manos del pueblo y podría contribuir a que la Constitución sea tomada en serio fuera de los tribunales”; y que, en conclusión, dicho autor propone: “una reforma constitucional para impedir a los jueces el ejercicio del control judicial de constitucionalidad. (2008: 321, 322).

Es decir, la base de la postura de Mark Tushnet, más allá de estimar antidemocrático y contramayoritario el control judicial de constitucionalidad, radica en que, como soberano es el “pueblo” el que debe decidir sobre temas constitucionales complejos, y no los jueces. Tushnet manifiesta que:



Si los tribunales pueden proteger los derechos cuando la política falla, pero también pueden violarlos cuando la política funciona, ¿qué se puede hacer? La respuesta para mí era una versión de lo que los teóricos británicos llaman “constitucionalismo político” en contraposición con el constitucionalismo judicial. (2016: 10, 11).

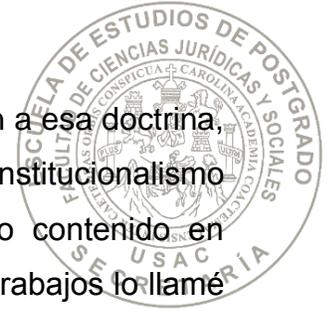
Y, a la vez, en ese mismo artículo y obra, el autor en análisis propone lo que denomina:

un control judicial dialógico” que, en sus propias palabras señala: “De acuerdo con el constitucionalismo dialógico, el pueblo tiene la última palabra sobre el significado de la Constitución, mientras que en los Estados Unidos el pueblo tiene la última palabra sobre el papel de la Corte. (2016: 13).

Es decir, en cuanto al autor en mención -Mark Tushnet- su postura doctrinaria sobre el control judicial de constitucionalidad, más allá del llamado argumento contramayoritario, radica en el peligro que conlleva el que sean los jueces los que decidan qué leyes son o no constitucionales, imponiendo sus criterios a los demás poderes del Estado. Llegando a sugerir inclusive, según el artículo del precitado autor Manuel García, sobre el particular: “que el pueblo, actuando fuera de los tribunales, puede ignorar válidamente lo que la Corte Suprema diga en materia constitucional, siempre que esté persiguiendo una interpretación razonable de la Constitución” (2008: 321). Explicando Tushnet que, en especial, su análisis y conclusiones, están referidos específicamente a la Judicial Review.

Larry Kramer:

Este, por su parte, ha fungido como decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford; y su crítica al control judicial de constitucionalidad guarda cierta afinidad con la doctrina del “Constitucionalismo Popular”, cuyo precursor ha sido Mark Tushnet.



De hecho, es precisamente Kramer el que le asigna dicha denominación a esa doctrina, porque, inicialmente, Tushnet la había bautizado con la de “Constitucionalismo Populista”; y lo cual este último reconoce en su ya referido artículo contenido en “Constitucionalismo Progresista”, al citar lo siguiente: “En mis primeros trabajos lo llamé ‘constitucionalismo populista’, mientras que Kramer lo llamaría al mismo tiempo y de forma más correcta ‘constitucionalismo popular’” (2016: 11).

Agregando Tushnet, en su mismo artículo citado, que para él: “y creo que para Kramer también, el constitucionalismo popular es una práctica que es parte de las estructuras ordinarias de la lucha política, particularmente asociada con la contienda entre partidos políticos sobre cuestiones constitucionales fundamentales” (2016: 11).

Con lo cual se advierte que este -Kramer-, sustenta una postura sutilmente diferente a la que expresara Mark Tushnet, aunque coincidiendo, en todo momento con este último, al afirmar -según García-Mansilla en el artículo en mención-, que: “no son los jueces, sino el pueblo el que tiene que interpretar la Constitución” (2008: 322).

En ese orden de ideas, señala el último autor, en su mismo artículo, que:

Para Kramer, las interpretaciones constitucionales de la Corte Suprema deben ser sometidas a una especie de conversación nacional y estar sujetas a ser rechazadas por el pueblo. El autor propone repudiar públicamente a los jueces de la Corte Suprema que sostengan que son ellos, y no el pueblo los que tienen la autoridad final para decir el significado de la Constitución. (2008: 323).

Por su parte, Larry Kramer en su obra titulada *Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad*, entre otros aspectos de relevancia, ab initio, realiza una especie de recuento cronológico sobre la voluntad de los llamados “Padres Fundadores”, en cuanto al control de constitucionalidad, partiendo del debate entre federalistas y antifederalistas; señalando, al respecto, que: “La idea de entregar esta responsabilidad a los jueces era simplemente impensable” (2011: 19).



Y, sobre esa misma base, Kramer afirma que:

La autoridad interpretativa final residía en ‘el pueblo mismo’ y los tribunales al igual que los representantes electos estaban subordinados a los juicios del pueblo. La historia de esta práctica de ‘constitucionalismo popular’ es la que aparece a través de [...] estudio del control [...] de constitucionalidad”. Concluyendo, en cuanto al control en manos de los jueces, que: “Esa no era la creencia de los Padres Fundadores [...] y al trazar el mapa de la forma en la que ellos construyeron la idea del control judicial de constitucionalidad también [...] el mapa de sus esfuerzos para explicar y preservar la soberanía activa del pueblo sobre la Constitución. (2011: 20).

Como puede advertirse, Kramer mantiene una íntima relación con las nociones generales de Tushnet, en cuanto al llamado Constitucionalismo Popular, aunque lo hace partiendo de las ideas y pensamientos plasmados por los denominados Padres Fundadores, en la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787.

En ese sentido, Larry parte de una interpretación histórica del papel que tuvo el “Pueblo” en la Constitución estadounidense y, sobre dicha base, sostiene que en esa materia es precisamente el pueblo el que debe tener la última palabra; siendo necesario, para este, el que se le devuelva al mismo el poder que soberanamente debe ejercer, y no delegarlo a los jueces o tribunales que, en todo caso, no son electos popularmente y, por ende, su intromisión en el control judicial de constitucionalidad de la legislación es antidemocrático.

A mi juicio, como postulante de la presente tesis doctoral, considero que si bien es cierto las ideas y reflexiones de los dos juristas precitados, son de gran valor académico, no es dable transpolar estas, lisa y llanamente, a nuestro entorno latinoamericano -con la salvedad de Argentina, que promulgó su Constitución (1853) con base en la estadounidense-y en especial al guatemalteco; porque, en todo caso, las argumentaciones proferidas por ambos, parten de la idea central de que, en la Constitución de los Estados Unidos no se encuentra establecida, en forma expresa, la

facultad de los jueces de poder ejercer dicho control de constitucionalidad, específicamente en cuanto a la legislación, lo cual tiene su fundamento por vía jurisprudencial –Caso Marbury contra Madison-; mientras que, tanto en Guatemala, como en Latinoamérica, esta potestad sí tiene su fundamento constitucional.



Roberto Gargarella:

Este autor argentino es uno que -, sino el que más- ha estudiado, a nivel latinoamericano, los alcances y legitimidad del control judicial de constitucionalidad, especialmente cuando este está referido a la legislación y/o a los actos del poder público, en general.

Entre otras tantas, su obra insigne al respecto, intitulada *La Justicia frente al Gobierno* es la que, de manera monográfica, recoge sus ideas centrales y principales al respecto; aunque, como es lógico, su pensamiento ha ido evolucionando y se ha visto influenciado, entre otros, por los dos autores precitados, de quienes ha escrito también sendos análisis, al igual que por el jurista, cuyo pensamiento crítico se analizará también con posterioridad.

Gargarella se refiere, expresamente, al que, a partir de Alexander Bickel, se ha dado en llamar “carácter contramayoritario” del poder judicial; y, sobre dicha base formula todo su análisis, argumentación y hasta propuesta en su obra relacionada. Debiéndose, a su vez, tener en cuenta que su investigación al respecto produjo como resultado su tesis doctoral.

Al respecto, para entrar al estudio del tema, Roberto Gargarella, al inicio de su libro, se pregunta lo siguiente: “cómo puede ser que, en una sociedad democrática, la rama del poder con credenciales democráticas más débiles, el poder judicial quede con la ‘última

palabra' institucional y pueda así decidir, de manera 'final', las controversias públicas más importantes" (2012: 17).



Gargarella, en su diversa bibliografía y especialmente en la señalada, parte de que, en efecto, se tiende a debilitar la democracia cuando, sin importar que una decisión que ya se haya tomado por uno de los poderes estatales democráticos, en especial, por el poder legislativo -o parlamento- y que esta haya sido asumida a través de la denominada "regla de mayorías", posteriormente esa misma decisión se someta ante un órgano que no posee esa misma legitimidad democrática que, en palabras del autor, se obtiene del voto y elección popular de los representantes del pueblo en el poder legislativo; es decir, al poder judicial; y este, sin importar lo anterior y con el argumento de llevar a cabo el control de constitucionalidad de dicha decisión, la estima contraria a la ley fundamental del Estado de que se trate y, por ende, la declara inconstitucional y, con ello, esta puede llegar, inclusive, a perder todo efecto y ser expulsada del ordenamiento jurídico.

Este autor, entonces, afirma que: "los jueces, entonces, asumen la tarea que decían no estar asumiendo: la de reemplazar a los legisladores -a la voluntad ciudadana, en general- en la resolución de cuestiones fundamentales[...] nótese, una minoría de jueces decide, en nombre y en lugar del resto de la ciudadanía, qué es lo que debe hacerse" (1997: 60).

Y, en el mismo artículo, Gargarella cuestiona lo siguiente: "¿Por qué, si es que vivimos en una sociedad democrática, debemos aceptar la primacía de la interpretación y decisión final de los jueces acerca de cuestiones constitucionales básicas?" (1997: 61).



El profesor Gargarella, en sus distintas obras, deja en claro que a pesar de sus críticas al control de constitucionalidad llevado a cabo por los jueces, en especial con respecto a la legislación, tampoco defiende, irrestrictamente, la tarea de las actuales legislaturas; porque, en efecto, como se sabe, estas y los demás poderes políticos que, en esencia, son electos popular y democráticamente, se encuentran en crisis; lo que, en todo caso, dadas las circunstancias, puede tender a justificar una especie de control judicial restringido.

En realidad, a mi parecer, como postulante de la presente tesis doctoral, el vasto material bibliográfico del doctor Gargarella, resulta enriquecedor cuando se trata de advertir las diferentes posturas adoptadas por juristas y filósofos del derecho; porque permite tomar en cuenta, con carácter crítico, diversos aspectos sobre la legitimidad o no del control de constitucionalidad materializado por los jueces o tribunales, especialmente con respecto a las normas jurídicas emanadas de los otros poderes del Estado, de los que se señala que sí tienen una base democrática subyacente, de la que carece el poder judicial.

Sin embargo, analizando lo anterior y fijando postura al respecto, considero que partiendo de lo que, en todo caso, debe tomarse en cuenta sobre la democracia, propiamente dicha, tal como trataré de abordarlo brevemente con posterioridad; la sola regla de las mayorías no puede emplearse como el subterfugio para legitimar decisiones que afecten a minorías de las que, también, el Estado tiene la obligación de proteger, so pena de incurrir en lo que se ha dado en denominar la “tiranía de las mayorías” y sin incurrir, a su vez, en una “dictadura judicial”, que tienda a vaciar de contenido las decisiones de los otros poderes.



Jeremy Waldron:

Nacido en Nueva Zelanda y actualmente ciudadano estadounidense, este autor es uno de los más prolijos críticos contemporáneos del control de constitucionalidad de las leyes, confiado en manos de los jueces o tribunales que integran el Poder Judicial del Estado.

Aunque es de evidenciar que, en sus inicios, Waldron era mucho más escéptico a dicho control, atacando frontalmente este por considerarlo contrario a la democracia; sin embargo, en la actualidad, en sus últimas obras opta por una postura más mesurada y que, en todo caso, atienda a las condiciones democráticas del Estado de que se trate.

El pensamiento crítico de Waldron, básicamente parte de que, cuando las decisiones más complejas y de orden constitucional, se dejan en la competencia de los jueces, que son funcionarios no electos popularmente, la resolución que se le dé al problema planteado, sea cual sea su naturaleza y sentido, será una solución antidemocrática, tomada por un grupo elite que, por su conocimiento y su preparación, creen tener virtudes superiores.

Mientras que, si dichas cuestiones constitucionales complejas, se deciden por el pueblo, por los ciudadanos, especialmente a través de sus representantes electos para tal efecto, la solución que, en dichas circunstancias, se alcance, podría ser arriesgada, pero para nada contraria a esta democracia; porque, para ello, el pueblo mismo les ha delegado su soberanía, mediante el ejercicio del sufragio, confiriéndoles tales potestades de decisión.

Entre otros tantos materiales bibliográficos sobre Waldron se Cuestiona: “¿Deberían los jueces tener la autoridad de derogar la legislación cuando estén convencidos de que viola derechos individuales?”; respondiéndose, concretamente que: “el control judicial

de la legislación es inapropiado como modo final de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática” (2015: 151, 152).



Por su parte, Waldron aclara que este se refiere exclusivamente al control judicial de la legislación, y no al que se materializa en cuanto a acción ejecutiva o administrativa; y, para concretizar más su estudio al respecto, diferencia y clasifica dicho control; y, para efectos de la presente tesis doctoral, importa lo concerniente a los que él llama: “control judicial fuerte” y “control judicial débil”. Señalando, dicho autor, que su crítica está dirigida especialmente a la primera de dichas clasificaciones.

Sobre el primer de estos, Waldron refiere:

En un sistema de control judicial fuerte los tribunales tienen la autoridad de rehusarse a aplicar una ley en un caso particular o modificar el efecto de una ley para hacer su aplicación conforme a derechos individuales. Además, los tribunales en este sistema tienen la autoridad de establecer como cuestión de derecho que una disposición legislativa dada no será aplicada, de manera que, como resultado del *stare decisis* y el principio de la cosa juzgada, una ley que hay objetado aplicar se torna, en efecto, letra muerta. (2015: 159).

Además, sobre el mismo tópico, agrega: “Un modo de control judicial más fuerte daría poder a los tribunales de realmente derogar completamente una parte de la legislación” (2015: 159).

Y, en relación con la otra clasificación mencionada, Waldron señala:

En contraste, en un sistema con control judicial débil, los tribunales pueden escrutar la legislación respecto de su conformidad con los derechos individuales, aunque ellos no podrían abstenerse de aplicarla (o moderar su aplicación) simplemente, porque los derechos de otro modo serían violados. Sin embargo, el escrutinio podría tener algún efecto. (2015: 160).



Y, en dicho sentido, refiere los casos puntuales del Reino Unido y Nueva Zelanda e, inclusive, el de Canadá, aunque eventualmente este último podría clasificarse en una “modalidad fuerte”.

Así las cosas es evidente que el análisis crítico que asume Jeremy Waldron en cuanto al control judicial de constitucionalidad, especialmente cuando este está dirigido contra la legislación emanada del parlamento, como órgano electo popular y democráticamente, se centra en cuestionar, directamente, la facultad, potestad, pero, sobre todo, legitimidad de los jueces o tribunales -ordinarios o constitucionales- para determinar que una norma jurídica se ajusta o no a la Constitución; y, en su caso, abstenerse de aplicarla o, dadas las circunstancias, inclusive invalidar y derogar esta, por considerarla incompatible con la ley fundamental del Estado; sin importar que esta haya emanado del poder legislativo, al que más origen democrático se le asigna en la doctrina y que, en su caso, también ha pasado por manos del otro poder democrático del Estado, o sea, el Ejecutivo.

No obstante, lo anterior, Jeremy plasma una conclusión, en este trabajo, que es pertinente tomar en cuenta, para la correcta comprensión de su crítica; señalando, al respecto: “No he buscado mostrar que la práctica del control judicial de la legislación sea inapropiada en todas las circunstancias” (2015: 217); lo cual parte de las consideraciones previas de este en cuanto a: i) la existencia de una sociedad con instituciones democráticas que funcionen relativamente bien; ii) instituciones judiciales que funcionen razonablemente bien; iii) compromiso de la mayoría de los miembros de la sociedad y de la mayoría de sus funcionarios públicos para con la idea de derechos individuales y de las minorías; y, iv) un desacuerdo persistente, sustancial y de buena fe respecto de los derechos entre los miembros de esa sociedad comprometida con la idea de derechos.



En ese sentido, deviene interesante la afirmación de Waldron, en tales conclusiones, en cuanto a que:

Tal vez existen circunstancias -patologías particulares, instituciones legislativas disfuncionales, culturas políticas corruptas, legados de racismo y otras posibles formas de perjuicio endémico- en que valga la pena soportar por el momento estos costos de ofuscación y privación de derechos políticos. (2015: 218).

Siendo evidente que, no obstante, su férrea crítica al control judicial de constitucionalidad de la legislación, Jeremy Waldron, con perspicuidad, deja abierta la posibilidad a que, en atención a las condiciones imperantes en un Estado determinado, en efecto dicho control resulte aceptable, mientras las condiciones no se den para estar dentro de una “Sociedad Razonablemente Democrática”; aunque ello no debe verse como algo normal y deseable.

En una de sus últimas obras, intitulada *Contra el gobierno de los jueces* (2018), Waldron analiza lo que él denomina “Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales”, llevando su análisis particular a un nivel más profundo; resultando interesante que la presentación del libro esté a cargo de Roberto Gargarella. Aunque, inicialmente, como lo manifiesta Gargarella en la presentación del aludido libro: “En algunos de sus principales escritos sobre la materia, Waldron llegó a sostener que la judicial Review debía verse como una ‘ofensa’ a la democracia y un ‘insulto’ a la ciudadanía políticamente comprometida” (2018: 9). En sus últimos argumentos, sobre el tema en cuestión es más moderado y prudente en cuanto a la legitimidad del control de constitucionalidad en manos de los jueces; abordándolo, generalmente, en relación con el control que se ejerce en cuanto a la legislación, aunque admitiendo casos excepcionales en los que, en efecto, podría estar justificado este, como ya antes lo mencionamos.



Waldron, en su crítica frontal al control judicial de constitucionalidad, lo que más recrimina es que, las cuestiones complejas que, de una u otra manera, afectan a una comunidad, terminen siendo determinadas por lo que -en sus propios términos-, de todos modos, es: “una mayoría exigua”; dependiendo de la conformación del tribunal de que se trate.

En su lugar, propugna, porque los profundos desacuerdos en una sociedad democrática sean confrontados y discutidos de una manera abierta y políticamente, en torno a ellos.

Ergo es notorio que lo que más reprocha Waldron al control judicial de constitucionalidad es el hecho de que los llamados jueces constitucionales conserven

la última palabra”; porque ello, eventualmente, conllevaría al establecimiento de una supremacía judicial; y, en dicho sentido, alienta a ser recelosos del constitucionalismo en general y de dicho control judicial en particular, por estimarlo: “un ejercicio no democrático del poder por parte de jueces no elegidos por el pueblo y que no lo representan” (2018: 15).

En tal orden de ideas, el autor en mención señala que: “Todos los poderes del control judicial fuerte de la legislación conllevan algún costo en términos de democracia[...]/[...]Es una pérdida en términos del proyecto más amplio de autogobierno; de la posibilidad de que el Estado de derecho rija también en la esfera más alta de la sociedad [...] y de la soberanía popular; que debe ser el locus de la responsabilidad última por la constitución” (2018: 151).

Waldron señala un caso hipotético en el que la opinión del legislativo debe jugar un papel importante en el debate nacional sobre una cuestión tan crucial: “el tribunal de mayor jerarquía decide que son su propio razonamiento, sus propios precedentes y su propia doctrina los que deben prevalecer” (2018: 147); siendo, a tal supremacía Judicial, a la que, en esencia, debe evitarse en resguardo del propio equilibrio entre



poderes estatales. Proponiendo, en ese sentido, un diálogo entre los jueces y los legisladores; aunque, a su vez, concluye en que: “El control judicial fuerte tiende a cerrar el diálogo” (2018: 237); al entender los primeros que pueden prevalecer sin tener que escuchar a los segundos.

Al respecto, desde mi punto de vista como postulante de la presente tesis doctoral, estimo que la crítica formulada por el autor relacionado -Jeremy Waldron-, al control judicial de constitucionalidad, especialmente en cuanto a la legislación, arroja una serie de luces a efecto de entender su postura al respecto y, a la vez, autoevaluar su ejercicio dentro de la comunidad política en la cual uno se encuentra, como ciudadano parte de este pueblo.

Es así como, en los casos extremos que comenta Waldron, uno tendería a coincidir con sus ideas centrales, aunque, a la vez, debe partirse de una premisa importante para su planteamiento; como el que, según dicho autor, tal control resulta inaceptable en una sociedad razonablemente democrática; y es, precisamente allí, donde, al menos en nuestro medio -Latinoamérica- el ejercicio de ese control puede resultar valioso para la protección de los derechos fundamentales y el resguardo de la propia Constitución.

No obstante, lo anterior, el aludido autor insiste en que, de igual manera, la justificación de dicho control partiendo de una mejor protección de los derechos individuales, tampoco es suficiente para su legitimación antidemocrática; sin embargo, reiterando, ello podría ser atendible en una sociedad ideal como la que este plantea en sus escritos.

Concluyendo al respecto que el control judicial es necesario en sociedades y países como los nuestros -Guatemala-; sin embargo, su ejercicio debe ser mesurado,

prudente y con parámetros objetivos de razonabilidad, que para nada impliquen una supremacía judicial.



Ahora bien, de lo anterior, se colige que pudiera ser que la discusión sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad, especialmente sobre la legislación, gira en torno a determinar, en todo caso, de qué “democracia” se está tratando cuando se tilda de antidemocrático dicho control; porque ello permitirá delimitar su conveniencia.

Es por ello que, sobre la base anterior, pertinente deviene establecer que, en cuanto a la democracia como tal, existen una serie de clasificaciones y de categorizaciones y demás, que en todo caso muchas veces no permiten advertir, con claridad, a qué se refiere dicha objeción -antidemocrático- con el consecuente calificativo de: dificultad contramayoritaria.

Partiéndose de lo anterior y sin pretender ahondar en la institución de la democracia es conveniente, prima facie, establecer si tal objeción funciona de igual manera dependiendo de la democracia de que se trate. Y, en este sentido, se abordará, en términos generales, los conceptos de democracia formal o procedimental y democracia sustantiva o esencial.

Por ello, resulta útil entender, como lo indica Lorenzo Córdova Vianello -actual Consejero presidente del Instituto Nacional Electoral de México-, en la presentación de la obra *Vida y muerte de la democracia*, del autor australiano John Keane, que: “La democracia es mucho más que elecciones[...] Dicho en una frase, una sociedad democrática es aquella en la que todas las personas tienen derecho a tener



derechos[...] Se trata justamente de aquello[...] que viene de Kant y para por Kelsen define como autonomía” (2018: IX, X).

Democracia formal:

Sobre esta, para los efectos del presente trabajo de investigación, basta con decir que esta se fundamenta, principalmente, en el hecho de que el empleo de procedimientos democráticos formales, preestablecidos, dan legitimidad a la decisión que, con base en estos, sea adoptada; partiendo de la llamada “regla de mayorías”.

Es decir, para esta clase de democracia importa el cumplimiento de las formas más allá que el contenido de la decisión asumida por medio del procedimiento preestablecido; y, desde esta perspectiva, una decisión sería legítimamente democrática partiendo del solo hecho de haberse respetado ese procedimiento y la votación por las mayorías al asumirla.

Ferrajoli señala:

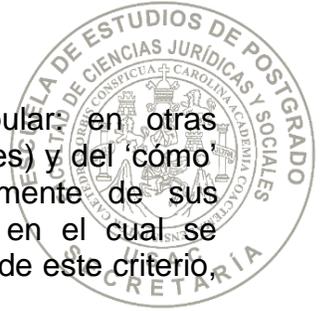
De esta manera en la que la dimensión formal de la vigencia, determinada por las reglas de procedimiento sobre la forma de las decisiones, corresponde a la dimensión formal de la democracia[...]/[...]las normas formales sobre el quién y el cómo de las decisiones, que garantizan, con la igualdad en derechos políticos, la representatividad de las instituciones parlamentarias y el gobierno de la mayoría. (2002: 13).

Siendo factible advertir que tal clase de democracia parte del renacimiento de la primacía legislativa, en el parámetro de que las decisiones se adoptarán por la regla de mayorías.

Ferrajoli manifiesta que:

Se puede llamar formal o procedimental a esta definición de la democracia. De hecho, ella identifica a la democracia únicamente sobre la base de las formas y

los procedimientos idóneos para garantizar la voluntad popular, en otras palabras, sobre la base del 'quién' (el pueblo o sus representantes) y del 'cómo' (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de sus contenidos, cualesquiera que ellos sean. Incluso un sistema en el cual se decidiese por mayoría la supresión de una minoría sería, a la luz de este criterio, democrático. (2003: 227).



Como puede advertirse, el tema en cuestión, en cuanto a la tensión existente entre el constitucionalismo y, más aún específicamente, el control judicial de constitucionalidad, en particular sobre la legislación y la democracia, no es un asunto baladí, sino que, dadas las circunstancias, pueden ayudar a tomar una postura más objetiva sobre su legitimidad.

En palabras del precitado profesor italiano, una mayoría -especialmente parlamentaria- de personas reunidas en un foro legislativo, basados en esa simple mayoría, bien podría adoptar decisiones irracionales, arbitrarias y hasta ilegítimas conforme a los propósitos esenciales que les han sido delegados por el pueblo; sin embargo, el hecho mismo de que tal decisión tenga una base procedimental válida, la torna en democrática, a pesar de que desde un punto de vista constitucional -sustancial- esta pueda estimarse irrazonable; y, siguiendo ese *iter*, desde tal punto debe analizarse la legitimidad de dicho control judicial.

Democracia sustancial:

Al respecto, cabe mencionar que esta, a diferencia de la anterior -la formal- se enfoca en el contenido de las decisiones asumidas por los órganos democráticos correspondientes, más allá de establecer su legitimidad partiendo de su simple adopción "por las mayorías".



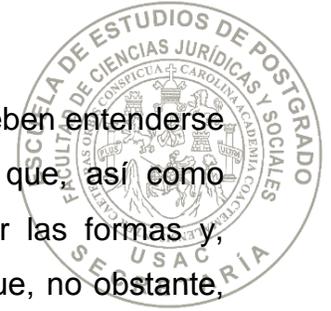
Ronald Dworkin, en su obra Justicia para erizos, nos recuerda que:

No hay motivos para pensar que un proceso electoral mayoritario producirá ni siquiera típicamente, un resultado que sea considerado justo, según tal o cual estándar agregativo. Al contrario, un proceso mayoritario bien podría producir -y a menudo ha producido- leyes que perjudiquen el bienestar total o medio, sea cual fuere la concepción que nos hagamos de este. Por eso los partidarios de la concepción mayoritarianista creen importante distinguir la democracia de la justicia. (2014: 465).

De lo anterior, se colige que, mientras para la democracia formal lo más importante es que, en la toma de decisiones que se definen por la regla de mayorías, efectivamente se cumplan los procedimientos preestablecidos para ello; en la democracia sustancial, que es la ahora analizada, lo más importante es precisamente el contenido de esa decisión; la cual, más allá de la simple mayoría necesaria para su aprobación, debe procurar no afectar o perjudicar a las minorías que han estado en contra de esta, para no caer en lo que se ha dado en llamar la “Tiranía de las Mayorías”; y es a esta democracia que, en todo caso, debería estar enfocado el control judicial de constitucionalidad de las leyes, como mecanismo de garantía de los derechos humanos fundamentales de tales minorías.

Luigi Ferrajoli, en el ya mencionado artículo contenido en el volumen 16 de “Isonomía”, sobre la democracia sustancial nos ilustra de la siguiente manera:

La positivización de principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una dimensión sustancial[...] Quiero decir que la dimensión sustancial de la validez de las leyes en el estado constitucional de derecho, determinada por los principios sustanciales que no pueden ser derogados por sus contenidos, se traduce en una dimensión sustancial de la democracia misma” (2002: 12, 13).



Es por ello que, ambas dimensiones de la democracia, en todo caso, deben entenderse comprendidas en la noción de “Democracia Constitucional”; puesto que, así como resulta importante, en un sistema de gobierno democrático, respetar las formas y, dentro de estas, la “regla de mayorías”, también conlleva relevancia que, no obstante, cumplirse con dichas formas, se respete los derechos de las minorías y en general los fundamentos mismos del Estado de derecho; en el cual importan los derechos humanos, cuyo núcleo –constituido por la “dignidad” de las personas– no está disponible para tales mayorías y que, por lo tanto, no pueden conculcarse por la simple premisa de dicha regla legislativa.

Y, en el volumen 19 de dicha revista, antes relacionado, Ferrajoli nos precisa lo siguiente: “Para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría[...]/[...]En efecto, la mayoría no puede disponer de aquello que no le pertenece” (2003: 229, 234).

Partiendo de lo anterior es que se ha forjado la aceptación y la objeción al control judicial de constitucionalidad, específicamente cuando este se ejerce por parte de los jueces ordinarios o constitucionales -no electos popularmente- con respecto a la legislación, de la cual resultan ser autores aquellas personas electas democráticamente, representantes del pueblo y que, por derivación de ello, emiten tales leyes como personeros de este.

Siendo, en dicho orden, interesante analizar los debates existentes, aunque ello no puede hacerse en este trabajo de investigación, por no ser el objeto de esta tesis doctoral; sin embargo, en tal sentido, cabe manifestar que, entre otros tantos, los antes mencionados: Ronald Dworkin y Jeremy Waldron, formularon apasionantes discusiones al respecto; en las que, el primero de estos, tiende a denominar “democracia asociativa” a aquella clase que está relacionada a la sustancial y el segundo de ellos se decanta

por una democracia mayoritaria, pero sin dejar de reconocer el carácter sustancial que debe tener esta.



Lo anterior debe advertirnos de que, en esencia, entre democracia y constitucionalismo normalmente existirá tensión; puesto que, si la democracia está entendida -en términos simples- como la toma de decisiones por las mayorías de una comunidad o sociedad y/o bien por sus representantes, el constitucionalismo -en esos mismos términos- conlleva al límite de ese poder de decisión de las mayorías, a través del control de constitucionalidad de sus actos, cuando estos atentan contra los derechos fundamentales de las minorías; y, sobre esa misma base, tiende a edificarse la controversia sobre la legitimidad de dicho control ejercido por los jueces que, a su vez, también deciden por medio de las mayorías.

Bajo esa óptica, puede entenderse que, por su propia naturaleza, el control judicial sobre la constitucionalidad de los actos del poder público y, en especial, sobre la legislación, siempre provocará tensión y debate en cuanto a su legitimidad; partiendo de que, en el caso de los otros dos poderes del Estado -el ejecutivo y el legislativo- y en especial este último, sus integrantes han sido electos popular y democráticamente, mientras que en el caso de los integrantes del poder judicial -jueces y magistrados- no sucede lo mismo.

Ahora bien, como corolario, puede señalarse que, todo lo anterior, sirve para establecer, aunque sin pretensión de verdad absoluta, que ese control conferido a los jueces debe ser empleado de forma razonable, prudente, objetiva, subsidiaria y excepcional; partiendo de la presunción de constitucionalidad que, prima facie, priva en los actos públicos y, en particular, en los emanados del poder legislativo y plasmados en las leyes que emite.



A su vez, no es factible, o al menos no es razonable, considerar antidemocrático el control de constitucionalidad cuando es ejercido por los jueces; porque, como es sabido, este puede y es más, debe, ejercerse también por los demás órganos estatales, conforme a sus competencias; ejemplo: el veto presidencial invocando inconstitucionalidad de la ley.

Antes bien, este control judicial debe entenderse acorde a una democracia constitucional, en la que importan las formas y la toma de decisiones mediante la “regla de mayorías” y que, a su vez, se respetan los derechos fundamentales de las minorías y sus contenidos.

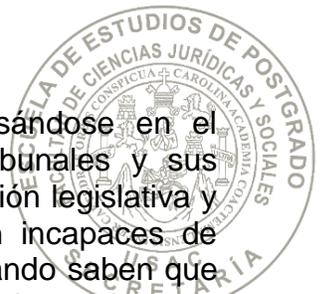
Evidenciándose, con lo anterior, que el debate en relación con el control de constitucionalidad, especialmente de las leyes, en manos de los jueces -ordinarios y/o constitucionales- es un debate abierto y que aún no se puede dar por superado; teniendo, en ambos polos de la discusión, a grandes representantes que, con sus ideas, mantienen vigente este.

Mientras Dworkin -ya fallecido-, en su obra *Justicia para erizos* indica:

La historia no es concluyente en la gran cuestión de si cabe esperar que el control de constitucionalidad mejore la legitimidad en el futuro. Pero la historia cuenta. Niego lo que muchos abogados y politólogos afirman: que el control de constitucionalidad es de manera inevitable y automática un defecto de la democracia. De ello no se deduce, em, pero, que existan democracias que se hayan beneficiado efectivamente con esa institución [...], pero creo que el balance general de su repercusión histórica sigue siendo positivo (2014: 484).

Waldron propone un diálogo así:

Lo que queremos es un sistema en el que los tribunales expresen su opinión en cuestiones constitucionales; cuando lo hagan, las legislaturas normalmente las



escucharán, aunque no adhieran de manera automática, basándose en el prestigio asociado a la función judicial. Sin embargo, los tribunales y sus defensores están tan dominados por sus mitos sobre la deliberación legislativa y las opiniones de los legisladores sobre los derechos que son incapaces de devolver el favor; es especialmente improbable que lo hagan cuando saben que pueden prevalecer en el sistema constitucional sin tener que escuchar y sin tener que prestar deferencia. (2018: 237).

En lo particular, para cerrar el presente subtema de la investigación, estimo que aquellas cuestiones que se consideren torales para la convivencia dentro de una sociedad que se jacte de ser democrática, por ejemplo, lo relativo a los derechos fundamentales es necesario someterlas, inicialmente, a discusión, deliberación y, por último, votación, para su decisión correspondiente en el parlamento, mediante regla de mayorías; partiendo de que, en principio, de una u otra manera estos se encuentren constitucionalizados y solo se estén examinando aspectos relacionados a ellos -como su restricción o limitación- o bien se trate de una Asamblea Nacional Constituyente, instalada para su positivización.

Bajo esa idea primaria, cabe considerar el foro jurisdiccional, provisto por los jueces y/o tribunales -ordinarios o constitucionales-, con competencia para resolver controversias de tal naturaleza; es decir, el foro constitucional, como un escenario legítimo de discusión, deliberación y, finalmente, también de votación a través de la misma regla de mayorías, como un segundo canal de acción política democrática que, atendidas las circunstancias, pueda coadyuvar paralelamente al parlamento o poder legislativo del Estado respectivo.

Lo anterior, por la premisa de la existencia de una sociedad democrática -sustancial y formalmente- que, en su afán de constituir una democracia constitucional, cumple con las formas , pero, a la vez, cuida que las decisiones del poder público en general y en especial las contenidas en las leyes, respeten la sustancia de los derechos fundamentales de las minorías y de la población en general; teniendo, como

mecanismo necesario para ello, el control judicial de constitucionalidad de tales actos, como instrumento para garantizarlos.



4.2. Los denominados “bloques”

Según el *Diccionario Jurídico Espasa-Calpe*, el bloque de constitucionalidad consiste en:

Conjunto de normas jurídicas que, junto a la constitución, deben ser tenidas en cuenta por el órgano al que está atribuido el control de constitucionalidad para determinar la conformidad o disconformidad de las normas susceptibles de declaración de inconstitucionalidad con la constitución. (2001: 243).

4.2.1. De constitucionalidad

Más allá de sus orígenes -en Francia- y demás detalles sobre integración y antecedentes, para los efectos del presente trabajo de tesis doctoral conviene abordar el tema en cuanto a qué comprende, en qué consiste y, especialmente, cómo funciona en relación con el fin de llevar a cabo el correspondiente control de constitucionalidad, en los términos ya dichos; admitiendo integración constitucional con normas internacionales de derechos humanos.

Por su parte, el autor Pablo Luis Manili, pero esta vez en su obra cumbre y monográfica sobre el particular, intitulada *El bloque de constitucionalidad*, al respecto también refiere: “es la homogeneidad entre sus componentes; es decir, la igualdad de rango jerárquico entre las normas constitucionales y las internacionales y la idéntica aplicabilidad de unas u otras a cada caso concreto” (2017: XVIII).



De lo anterior, se advierte que, en términos generales y para fines del presente trabajo, por Bloque de Constitucionalidad -independientemente de su procedencia y de que se comparta o no su existencia- debe entenderse que este se refiere y comprende la aplicación, la utilización, la observancia e interpretación de normas -no constitucionales- diversas, especialmente en materia de derechos humanos, como medios o instrumentos para determinar la “constitucionalidad” o no de normas infraconstitucionales e inclusive de actos del poder público, en general; dándose con ello una ampliación o extensión de la normativa con rango constitucional, aunque, de hecho, estas no estén contenidas en el propio texto formal que desarrolla la Constitución, con el objetivo de poder introducir al ordenamiento interno normas superiores, pero sin una reforma constitucional previa, aunque a la vez, pasando a tener esta hegemonía con respecto a las demás normas.

A un nivel más alto de científicidad, al respecto el autor César Augusto Londoño Ayala en su obra monográfica denominada Bloque de Constitucionalidad, manifiesta lo siguiente:

El Bloque de Constitucionalidad entonces tiene por objeto la revisión de la legitimidad, validez y eficacia de las normas jurídicas y todos aquellos actos jurídicos que se develan en la operatividad del sistema jurídico, verificación de constitucionalidad que se realiza no solamente tomando como parámetro los contenidos formales concretos de la Norma Fundamental, sino frente a aquellos que se encuentran en normas de derecho positivo también formal o en disposiciones que se hallan implícitas en el orden jurídico, con lo cual el control sobre el sistema normativo resulta de una visión constitucional amplia que facilita una verificación completa de la compatibilidad que debe existir entre las normas del Derecho y el Derecho constitucional del orden jurídico” (2016: 44).

Es decir, en efecto, el fenómeno jurídico que implica y conlleva el relacionado bloque de constitucionalidad es que, a pesar de que -en casos como el del Estado de Guatemala- no se encuentra expresamente preestablecido en la Constitución Nacional, permite que

se incorporen al ordenamiento jurídico constitucional otras normas independientes de este.



Y, por su parte, agrega el jurista César Londoño Ayala:-

Se puede definir el Bloque de Constitucionalidad, descomponiendo su complejidad en Bloque y Constitucional.//Es bloque por cuanto se refiere a un fenómeno que constituye la unidad entre (i) las normas del Derecho constitucional formal escrito plasmado en el articulado de la Norma Fundamental y (ii) las normas jurídicas provenientes de otros órganos y fuentes normativas que no se encuentran situadas formalmente en el texto constitucional[...]/Es constitucional en tanto las normas fundantes del sistema jurídico y aquellas que se incluyen a este por la cláusula de inserción, se consideran como los cimientos de todos y cada uno de los contenidos normativos de los componentes infraconstitucionales del sistema, adjudicándoles legitimidad, validez y existencia (2016: 46, 47).

Y, concluye, señalando que:

De estos referentes conceptuales se puede afirmar que el Bloque de Constitucionalidad es una pluralidad de normas conformadas de manera sistémica por medio de los contenidos formales de la Norma Fundamental y de las reglas de derecho que se le adjuntan a través de la cláusula de inserción prevista por esta Norma Fundamental formal constituyendo el fundamento de la legitimidad, validez y eficacia del sistema jurídico. (2016: 47).

En el caso de Guatemala, la Corte de Constitucionalidad ya había empezado a recurrir a la figura del bloque de constitucionalidad, desde antes de su reconocimiento expreso en el año 2012, como se mencionó anteriormente. Pudiéndose individualizar, en ese sentido, entre otros tantos casos, los expedientes identificados con los números 90-90; 159-97; 3004-2007; 3878-2007; 3690-2009; 1940-2010; 3086-2010; en los cuales dicho tribunal hizo alusión a la institución, pero sin precisar los alcances y fines, sino más bien usándolo únicamente como un concepto auxiliar en la debida fundamentación de sus

decisiones, en especial de aquellas en las que se abordaban temas sobre derechos fundamentales.



Sin embargo, a pesar de la utilización del término, aún se mantenía vigente la variedad de criterios sobre la prevalencia de los tratados en materia de derechos humanos, con respecto al derecho interno, incluyéndose o no a la Constitución; o si por el contrario la Constitución Política tenía preeminencia sobre estos. Todo ello en congruencia con el artículo 46 de nuestra ley fundamental, que así lo establece, en congruencia con el artículo 204, que le da aparente superioridad normativa a la Constitución por encima de tales tratados, en congruencia, a su vez, con los artículos 44 y 175 de la Constitución Nacional.

Además, con anterioridad, la Corte de Constitucionalidad se mostraba renuente a aceptar que tales instrumentos internacionales, concretamente los que versan sobre los derechos humanos, se utilizaran como parámetros para determinar y controlar la constitucionalidad de las demás normas internas del Estado y, en su caso, en general de los actos del poder público; por estimar que únicamente la Constitución podía servir de parámetro para ello.

Posteriormente, como ya ha quedado relacionado, en Guatemala no fue, sino hasta en la sentencia de fecha 17 de julio del año 2012, en el Expediente 1822-2011, que la Corte de Constitucionalidad, a través del reconocimiento y aceptación del llamado Bloque de Constitucionalidad prácticamente dio por terminada la discusión acerca de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos; porque, mediante incorporación e introducción -por la vía jurisprudencial- de este; es decir, de ese bloque, estableció el criterio de interpretación constitucional consistente en que tales instrumentos internacionales vinculantes también podían servir

de parámetro para control de la constitucionalidad de las disposiciones legales o actos generales del poder público.



Cabe entender entonces que, a partir de dicho reconocimiento e incorporación y por sus efectos eminentemente procesales, el respectivo control de constitucionalidad, ya sea en caso concreto o de manera abstracta y general, también puede llevarse a cabo mediante confrontación directa de los tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos; zanjando, con ello, por la propia Corte de Constitucionalidad, las discrepancias e incertidumbre anteriores sobre el tema, independientemente de que se comparta o no.

Coligiéndose que, en consecuencia, el precitado bloque parte de la posibilidad de insertar al plexo constitucional normas jurídicas, sean estas reglas y/o principios que, a pesar de no encontrarse formalmente contenidas en la Constitución, dada su naturaleza y vigencia, deben necesariamente tener el mismo rango, para poder determinar la constitucionalidad de las normas o actos jurídicos, en general, especialmente si afectan derechos humanos.

4.2.2. De convencionalidad

Para los efectos de su comprensión, ab initio, conviene hacer constar que, atendiendo al estado del arte al respecto, deben entenderse como términos sinónimos: el *corpus iuris* internacional de derechos humanos y el Bloque de Convencionalidad; referidos, ambos, al conjunto normativo de protección de tales derechos y con respecto al cual concurre la obligación internacional de ejercer el llamado control de convencionalidad.



Al respecto la publicación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, en Guatemala, titulada “Insumos para la formación en derechos humanos y administración de justicia”, señala lo siguiente: “El concepto de *corpus iuris* de los derechos humanos es un aporte de la Corte Interamericana OC-16/1999, manifestó que ‘El *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)’” (2010: 14).

Y, en ese mismo orden de ideas, en un libro de este ente de las Naciones Unidas, pero de su Oficina en México y conjuntamente con el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, denominado “derecho internacional de los derechos humanos”, sobre el tema particular se indica:

“Este concepto ha sido reafirmado por la Corte Interamericana en otras sentencias y opiniones. En su sentencia en el caso de los Niños de la Calle, la Corte Interamericana manifestó que: ‘Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección[...] que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general[...]’. Lo anterior confirma que el *corpus iuris* de los derechos[...] está conformado por instrumentos regionales y universales y por tratados e instrumentos no contractuales, que deben interpretarse y aplicarse en forma coherente y armoniosa[...] Este concepto es valiosísimo; no obstante, debe manejarse con conocimiento de sus límites, teniendo en cuenta que se refiere esencialmente a la interpretación de normas, y no autoriza ignorar la distinción entre instrumentos que tienen carácter vinculante y los que no tienen esta calidad” (2012: 57, 58).

Como puede advertirse, el Bloque de Constitucionalidad le es a la Constitución, lo que a nivel regional americano el *corpus iuris* le es a la Convención Americana sobre Derechos Humanos; conformando un Bloque de Convencionalidad que, a la vez, viabiliza la máxima protección integral de la persona y es garantía del resguardo de sus derechos humanos, fundamentales, tanto a lo interno de los Estados así como,

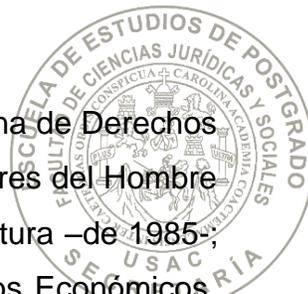
también, en su caso a un nivel internacional, específicamente interamericano, cuando así se requiera para su resguardo.



En dicho sentido, resulta que, por *corpus iuris* del derecho internacional de derechos humanos, se puede entender, en primer lugar, y, en un sentido mucho más amplio, que comprende todos aquellos instrumentos internacionales de rango universal que regulan y contienen el reconocimiento de derechos humanos y que garantizan su protección; y, a un nivel regional, específicamente del Continente Americano, puede entenderse como el conjunto de instrumentos regulativos de derechos humanos que los Estados partes de la Organización de Estados Americanos (OEA) tienen el deber y también responsabilidad, internacional de aplicar y cumplir a lo interno de estos.

Resultando obvio que, dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en especial, por parte de sus órganos de control, entiéndase: la Comisión y también la Corte Interamericanas de derechos humanos -específicamente esta última-, la garantía de protección de los derechos fundamentales de las personas no se debe circunscribir a la simple observancia y aplicación del Pacto de San José, sino más bien, por el contrario, se expande a la observancia de los demás instrumentos regionales emitidos en el seno de la Organización de los Estados Americanos; y, a su vez, también a los instrumentos universales que garantizan una protección más eficiente de los derechos humanos, formando con ello un bloque de convencionalidad vinculante para los Estados partes, tanto de la organización regional así como de la Universal, en el seno de las Naciones Unidas; procurándose la máxima protección de la persona y sus derechos, conforme a una interpretación extensiva de los respectivos instrumentos internacionales.

Enfatizando que ese *corpus iuris* de derechos humanos –denominado también Bloque de Convencionalidad o *corpus iuris* de Convencionalidad, por diversos doctrinarios-,



comprende, especialmente, , además, de la propia Convención Americana de Derechos Humanos, del año 1969: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre –de 1948-; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura –de 1985-; Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –de 1988-; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte –del año 1990-; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) -1994-; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –1994-; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad –1999-; conforme la jurisprudencia del propio tribunal interamericano que legitima tal inclusión y expansión.

De hecho, actualmente, se aborda el tema concerniente a que, si las “Observaciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos” también podrían y/o deberían servir de parámetros para el control de convencionalidad y si, en su caso, ello implicaría una ampliación para el debido ejercicio de este; lo cual, independientemente de los criterios que al respecto se han mantenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –que tampoco han sido contestes-, deberá asumirse jurídicamente, con responsabilidad.

Como colofón es pertinente advertir que a manera de guardar uniformidad en cuanto al contenido de dicho bloque de convencionalidad y, en su caso, su paulatina ampliación, conviene mantenerse actualizado en cuanto a la jurisprudencia emanada del Tribunal Interamericano en mención; porque es a través de esta que se ha ido desarrollando el concepto del *corpus iuris* de derechos humanos y, a la vez, ampliando su contenido.



4.3. Interpretación constitucional y convencional

Como antes se advirtió, en la actualidad es común escuchar hablar, o leer bibliografía, sobre lo relativo a los denominados controles de constitucionalidad y convencionalidad; sin embargo, pocas veces se parte de sus presupuestos básicos para el debido ejercicio de estos, concretamente de la adecuada interpretación que debe hacerse para ello, especialmente cuando se lleva a cabo en el ámbito judicial, que es precisamente el que interesa al presente trabajo de tesis doctoral, sin perjuicio de la relevancia de los demás.

En ese orden de ideas, aunque el presente trabajo por su extensión no pretende ser una monografía al respecto, sí busca determinar, con claridad y precisión, aunque de manera general, en qué consisten dichos controles, específicamente desde el campo judicial; pero, a la vez, haciéndolo especialmente en concatenación con la *conditio sine qua non* de una adecuada interpretación subyacente para su ejercicio, a manera de partir de los parámetros básicos idóneos que permitan una debida materialización de estos.

Es por lo anterior que, en esta investigación, se aborda lo relativo a dicha interpretación, partiendo de lo general para extraer las particularidades que esta conlleva; con las limitaciones que ese propio propósito impone, pero con la pretensión de puntualizar los aspectos torales de esta, mediante los insumos que expediten su comprensión y con el objeto de comprender como repercute en el debido control constitucional y convencional.

El punto toral del subtema que se aborda, está constituido por la adecuada interpretación para la materialización del ejercicio de tales controles judiciales; y, en ese

orden de ideas, es pertinente traer a colación que el estudio y aplicación de las precisadas categorías de interpretación, tienen repercusión relevante a lo interno de los Estados, concretamente en el ámbito de la llamada -entre otras formas-: justicia constitucional, así como en relación conl derecho internacional de los derechos humanos; especialmente en lo tocante a la protección judicial, precisamente, de tales derechos fundamentales de las personas; máxime cuando, como ya se ha abordado, se reconoce el bloque de constitucionalidad, puesto que, con este, eventualmente se mezclan ambos controles jurisdiccionales.

En ese sentido y específicamente en cuanto al control de constitucionalidad y siguiendo el *iter* indicado, resulta que, en la actualidad, no es extraño encontrar fallos de tribunales constitucionales -entiéndanse los que así se llaman, también las Cortes Constitucionales y/o de Constitucionalidad, las Cortes Supremas de Justicia en su función de tribunales constitucionales, las Salas Constitucionales, los Tribunales Supremos, etcétera- que, en su tarea de ejercer precisamente dicho control de constitucionalidad para el que están destinados conforme su función, omitan -en su fundamentación- expresar cuáles son los parámetros, directrices, pautas, etcétera, que en su tarea de interpretación han tomado en cuenta para arribar a las conclusiones que son adoptadas; atendiendo a que, aunque relacionadas, no es lo mismo una interpretación legal a una constitucional que, , además, de verificar cuál es la normativa jurídica aplicable al caso concreto, también, a su vez, en muchas ocasiones, conlleva a la inaplicación de tales normas e, inclusive, a la expulsión permanente de estas, de un ordenamiento jurídico interno –nacional– determinado.

Si bien es cierto, el control de constitucionalidad es de amplia aplicación en cuanto a los asuntos objeto de su ejercicio, atendiendo a que se encuentra sujeta al mismo cualquier disposición o decisión del poder público, especialmente las del legislativo, así también lo es que su realización conlleva relevante importancia cuando lo que se examina y evalúa es la constitucionalidad de un acto que afecta derechos fundamentales; lo cual

debe, en todo caso, analizarse desde la perspectiva del llamado **Bloque de Constitucionalidad**, en los casos en los que su conformación ha sido reconocida implícita o expresamente.



Es por ello que, a manera de generalidades, se aborda teóricamente el tema relacionado, sin perjuicio de relacionar aspectos prácticos y concretos de los que se colija la forma de interpretar las normas jurídicas en ejercicio del control de constitucionalidad, con especial énfasis al abordarse los asuntos relacionados con la protección y/o la restricción de los derechos humanos; independientemente de que en relación con estos, también deba hacerse el ejercicio a otro nivel, durante la llamada doctrina del control de convencionalidad.

En ese sentido, resulta que partiéndose de la denominada jerarquía normativa, que en términos generales apunta a la posición que cada disposición normativa tiene en un determinado sistema jurídico, resultando normal y comúnmente representada mediante la alegoría de la pirámide kelseniana -en alusión a su creador, el jurista Hans Kelsen-, se encuentra con el concepto de la supremacía constitucional que en síntesis hace alusión a que la Constitución de un Estado debe ser su ley fundamental, sin perjuicio de que, en algunos, se reconozca la superioridad de los Tratados en derechos humanos.

Advirtiéndose, como resultado de lo anterior, que actualmente –e independientemente de la existencia del precitado *Bloque de Constitucionalidad* y, a su vez, del llamado *control de convencionalidad*, también vigente y aplicable, la supremacía constitucional es un rasgo esencial de la Constitución misma, y no simplemente por su ubicación dentro de la aludida pirámide jurídica, sino más bien, a su vez, por su derivación directa del “poder constituyente” y, especialmente, por contener la positivización de los valores y principios que se consideran fundamentales para la convivencia social de la población que forma parte del Estado en el que esta rige; teniendo, como parte coadyuvante de

dicha hegemonía, la rigidez de la que está revestida así como su fuerza, ambas normativas, en cuanto a sus preceptos, ya sea que estén estos contenidos formalmente en esta o solo formen parte de su contenido material subyacente; partiéndose, en todo caso, de lo que debe entenderse por norma, su formulación y significado, y no simplemente por su texto y contexto, de acuerdo con las tendencias y doctrinas existentes sobre dicho particular.

Al respecto, Castillo expresa lo siguiente:

las normas jurídicas [...] no se aplican por sí mismas, sino que requieren ser aplicadas. La aplicación de las normas, en mayor o menor medida, requiere siempre del previo esclarecimiento del sentido que trae consigo los enunciados lingüísticos en los que consisten; es decir, requiere siempre de interpretación [...]// [...] todo enunciado normativo requiere necesariamente de actividad interpretativa, ya se trate de una disposición abierta e imprecisa que se ha de concretar, como si se trata de una disposición que desde su literalidad parece brotar un mandato preciso. Esa actividad interpretativa [...] aplicadora de disposiciones normativas se ve claramente influenciada en su formulación y operatividad -entre otros- por el concepto de persona humana y de Derecho que emplee el intérprete. Dependiendo de esas concepciones se formularán diversos métodos interpretativos junto a diversas técnicas de solución de controversias jurídicas” (2009: 31, 33).

Con lo anterior, resulta que, en términos generales, debe entenderse por el concepto de “interpretación” la asignación de sentido o significado a una proposición, llevando consigo a un conjunto de operaciones razonables necesarias para resolver un litigio, enervando antinomias, lagunas normativas y, en su caso, acudiendo a la ponderación jurídica.

La relevancia de la interpretación jurídica, en general, radica en que, por medio de esta, , además, de fijar el alcance de la norma de que se trate, esta se utilizará normalmente para la solución de un conflicto; generando, en casos determinados, pautas, directrices, jurisprudencia y hasta precedentes que resultan vinculantes a futuro, tanto para el

propio juez y/o tribunal que ha llevado a cabo la interpretación, así como, eventualmente, para todos los demás jueces y tribunales del poder judicial, dependiendo de su jerarquización.



Y, en esa misma línea, el ya mencionado jurista Pablo Darío Villalba Bernié, en su obra denominada Derecho Procesal Constitucional/Contenidos Esenciales, nos manifiesta lo siguiente:

Interpretar consiste en decidir el significado de un texto legislativo, teniendo por consecuencia la interpretación del significado de un texto jurídico. Revela desentrañar el sentido de una expresión, de una expresión jurídica[...]/De lo cual surge, que la interpretación es un acto de conocimiento humano por medio del cual se pretende construir la orientación ideológica de un determinado texto” (2018: 424).

De lo precedente, se evidencia que la función interpretativa constituye la esencia de la actividad jurisdiccional y, de allí, la importancia de comprender su funcionalidad en una sociedad democrática y, más aún, cuando se trata de la propia Constitución y/o convenios internacionales sobre derechos humanos; partiéndose de esa primacía de disposiciones convencionales que persiguen la protección de la persona humana, con especial énfasis a su dignidad; aún por encima del sistema jurídico de cada Estado, inclusive, en su caso, la propia constitución de estos, atendiendo a su naturaleza de “Derecho interno”; independientemente de su supremacía, la fuerza y rigidez normativa que se le reconocen, en virtud de lo señalado, al respecto, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que la Constitución Política de los Estados sí es parte de tal derecho interno.

Por consecuencia es evidente que, para ejercer un debido control de constitucionalidad -así como de convencionalidad-, necesariamente debe partirse de que el objeto total de este deviene especialmente de la adecuada interpretación constitucional -y, del *corpus iuris* de los derechos humanos-, tomando en cuenta el texto de la Constitución, así

como también, especialmente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos que conforman dicho bloque de convencionalidad, como esa representación gráfica de estas; a efecto de proveer de un respectivo significado a su normativa.



Al respecto, el insigne jurista Daniel Mendonca, en su más reciente obra, que ha titulado *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, señala lo siguiente:

si hubiese necesidad de destacar las notas principales de la interpretación constitucional, cabría decir que se trata de una cuestión importante, polémica y tendenciosa. Importante, porque la suerte de la propia Constitución y de sus instituciones depende, en gran medida, de su interpretación; polémica, porque encubre normalmente una disputa entre posturas ideológicas, conservadoras y progresistas, autoritarias o liberales; y tendenciosa, porque, con frecuencia, la interpretación propuesta protege en forma no siempre bien encubierta poderosos intereses sectoriales” (2018: 62, 63).

Lo anterior, deja entrever que, en efecto, no puede simplemente abordarse el tema del control de constitucionalidad, así como el de convencionalidad, -especialmente en ámbito judicial, como se enfoca en el presente trabajo-, sin tener presente previamente que estos tienen como elementos subyacentes de apreciación, la interpretación que de la Constitución -y los demás instrumentos que integran el bloque de constitucionalidad-, así como también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -y, a su vez, los demás instrumentos que forman el llamado bloque de convencionalidad- se haga al llevar a cabo, precisamente, el ejercicio de estos; máxime partiendo de que, como lo indica el ya referido autor, en especial la interpretación constitucional “lleva consigo una pesada carga política e ideológica” (2018: 62); lo cual, en nuestro medio, también es aplicable, especialmente por la coyuntura nacional en la que se está inmerso, ante una evidente polarización social, originada por la defensa a ultranza de personas, y no de

instituciones, que en lugar de fortalecer tienden a debilitar nuestra incipiente sociedad democrática.



Al respecto, para poder tomarse en cuenta particularmente dentro del ejercicio del control judicial de constitucionalidad, los autores Laurence H. Tribe y Michael C. Dorf, en su obra que lleva por título *Interpretando la Constitución*, se refieren a “Cómo no interpretar la Constitución” y, sobre ello y como aporte de relevancia en este sentido, manifiestan que:

Si existe una genuina controversia sobre cómo debe interpretarse la Constitución, ciertamente no es, porque los que disputan tengan acceso a diferentes fuentes de información. Después de todo, cada uno de ellos tiene en frente exactamente el mismo texto, cuya historia, por compleja o multifacética que sea, siempre será la misma. Por supuesto, personas diferentes creerán cosas distintas sobre cómo dicha historia ha de impactar en la tarea de la interpretación constitucional. (2017: 46).

Y, siguiendo este orden, se preguntan: “¿Acaso la interpretación del texto es solo un pretexto para expresar el punto de vista del intérprete en los términos augustos y casi sagrados del derecho constitucional? ¿Es la Constitución simplemente un espejo en el que uno ve reflejado lo que uno quiere ver?...”; y, al pretender responder a estas, refiriéndose al “voto” asentado por el juez Oliver Wendell Holmes al resolver en el “Caso Missouri c. Holland”, en el que este hace énfasis en decidir lo que la Constitución significa, a la luz de toda la experiencia acumulada, y no simplemente con base en lo que fuera proclamado anteriormente, señalan que este: “no tuvo dudas de que el significado de lo que llamamos ‘la Constitución’ -si bien su texto, registrado en un papel cuidadosamente preservado en los Archivos Nacionales, permanece inalterado- era una realidad reconstruida parcialmente por cada generación de intérpretes. Y tampoco dudó de que fuera precisamente eso lo que sus autores [...] quisieron originalmente. Después de todo, ellos estaban enmarcando la Constitución, no pincelando meramente sus detalles [...] [refiriéndose a la Constitución de los Estados Unidos de América,



promulgada en 1787]” (2017: 49,50). Introduciendo, en ese sentido, los términos de ‘desintegración’ y también “hiper- integración”, como dos formas en las que, a juicio de estos, “no” debe interpretarse una Constitución, cuyo análisis no es propio del presente trabajo.

Lo anterior, relativo a la importante y compleja tarea que conlleva la interpretación, debe hacernos reflexionar que no se trata solamente de referirnos al denominado *Control de Constitucionalidad* sin antes cavilar con respecto al objeto primordial, base y parámetro, precisamente de ese control, como la constitución, en sí; independientemente de que se acepte o no el Bloque de Constitucionalidad al que antes se ha hecho referencia, puesto que, en todo caso, partiéndose de este, dicho control debe seguir ejerciéndose siempre por la vía de la propia Constitución, entendiéndose que las demás normas que integran tal bloque tienden a ampliar su contenido, para también pasar a funcionar como instrumentos de confrontación de la constitucionalidad de las demás normas y actos del poder público del Estado, en nuestro caso de Guatemala y en especial de la legislación.

Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, para llevarlo al ejercicio y aplicación del control judicial de constitucionalidad, siguiendo al Profesor Mendonca, debe tenerse en cuenta que:

el control de constitucionalidad es, sin lugar a duda, un control político y, cuando se impone frente a otros órganos del poder, contiene, en toda su plenitud, una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen semejante derecho de control, dejan de ser meros órganos de ejecución de decisiones políticas y se convierten, por derecho propio, en órganos de poder. Cuando el control judicial se aplica a decisiones políticas (legislativas o ejecutivas), los tribunales adquieren la función de órganos de control con poder político” (2018: 212, 213).

Y, además, de que, por su relevancia constitucional y su repercusión institucional y social, el ejercicio de dicho control, por parte de los jueces, ejerce contra sus detractores; indicando al respecto, el precitado doctor Daniel Mendonca que:



Se ha estimado, sobre esa base, que la revisión judicial constituye una anomalía del régimen democrático, desde que el control de las leyes (emitidas conjuntamente por órganos del poder establecidos democráticamente) es ejercido por un tribunal”. Agregando, sobre este particular: “Este problema, acuciante para la teoría constitucional, ha sido bautizado por Alexander Bickel como la dificultad contramayoritaria y presentado de la siguiente manera: ‘Cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una ley o una acción de un Ejecutivo electo -dice Bickel- tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora; ejerce el control, no en nombre de la mayoría, sino en su contra’. Esto lleva a postular una idea, bastante extendida, según la cual los tribunales constitucionales deben interpretar el texto de la ley de modo tal que sus decisiones acerca de ella no afecten el sistema de relaciones interinstitucionales que en un régimen democrático debe existir entre legisladores y jueces. Los jueces deben ponderar, en su oportunidad, la circunstancia de que la ley considerada proviene de un órgano legislativo elegido por sufragio universal: han de mantener, respecto de la decisión que examinan, una suerte de actitud deferente. (2018: 213, 214).

Concluyendo y haciendo un especial énfasis, en que “En cualquier caso, se aprecia al control judicial como un mecanismo adecuado para la protección de las libertades civiles y de los derechos fundamentales [...] a fin de defender y preservar, en su caso, la supremacía de la ley fundamental” (2018: 214).

Advirtiéndose de lo anterior, la importancia de que el ejercicio de un adecuado control de constitucionalidad, provenga de la correcta fiscalización e interpretación subyacente, por parte del juez o tribunal encargado de llevarlo a cabo, máxime cuando se trata de normas emanadas del poder legislativo, especialmente por virtud de la crítica que al respecto se le ha hecho y se mantiene, en cuanto al argumento denominado “contramayoritario”, que señala de antidemocrático el ejercicio de dicho control, por parte de los jueces; partiendo de que estos no han sido directamente elegidos por el



pueblo, como si lo han sido los titulares del poder legislativo, al igual que el titular del Poder Ejecutivo quien, a su vez, también interviene en la formación y sanción de la Ley, más no así los del poder judicial.

Sobre dicho aspecto relevante del control de constitucionalidad, ejercido por los jueces, el autor Jorge Alejandro Amaya, en su obra *Control de Constitucionalidad*, refiere:

El Poder Judicial, como garante de los derechos y libertades individuales, pasaría a ser el guardián necesario de la normatividad constitucional estructurada con el principio de separación de poderes, al que se agregaba un sistema de frenos y contrapesos que, a la vez que regulaba el ejercicio del poder, asegurando el equilibrio institucional, permitía el disfrute de las libertades. (2015: 72).

Citando, el jurista Amaya, en su obra, el famoso *Caso Marbury Vs. Madison*, sino como el principio del ejercicio judicial de dicho control, si como un caso emblemático en ese sentido, que marcaría, con su llamada *lógica de Marshall*, un antes y un después en la historia jurídica y política estadounidense y también en Latinoamérica. Concluyendo, sobre el particular, en que:

Más allá de las respetadas críticas que ha recibido la sentencia y de las falencias en la , tan bien señaladas por NINO, 'Marbury v. Madison' se constituyó en el paradigma del control judicial de constitucionalidad y se extendió por toda América.//En una situación donde el tribunal carecería de poder institucional y donde cualquier decisión parecería ser un sendero a la derrota, la Corte encontró una manera de involucrarse en el tema de tal modo que hizo posible la revisión judicial en el futuro, cambiando las relaciones entre los poderes judiciales, legislativos y ejecutivos en muchos países del mundo. (2015: 88).

Lo anterior, nuevamente nos permite enfocar la relevancia del ejercicio de un debido control judicial de constitucionalidad, puesto que, más allá de sus críticas negativas, que en especial parten de su aparente carácter contramayoritario, este, para estimarse legítimo, debe surgir de una adecuada interpretación constitucional, fundamentada, entre otros, en una ponderación objetiva, proporcional y suficiente para sustentar la decisión que, como producto de este ejercicio, se adopte en cada caso en concreto.



Denotándose, en ese sentido, la importancia de que el debido control de constitucionalidad esté basado en una adecuada y subyacente interpretación de la Constitución -y, en su caso, del bloque de constitucionalidad-, y, por vía de este, del llamado *corpus iuris* de derechos humanos o bloque de convencionalidad, sin perjuicio de su control de convencionalidad.

Verbigracia: en Guatemala, no obstante, que el control judicial de la constitucionalidad, en términos generales, se ha llevado a cabo para corroborar la debida compatibilidad entre cualesquiera normas jurídicas jerárquicamente menores a la Constitución y esta misma, sin que ello implique realmente un problema mayor de aplicación e interpretación jurídica, no sucede lo mismo cuando se ha cuestionado la supremacía constitucional con respecto a los tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos, atendiendo a que estos, según el Art. 46 de nuestra Constitución, deben prevalecer sobre el derecho interno, aunque, a su vez, el Art. 204 -y en su caso el 175- de esta, preestablece el deber de observar que nuestra Constitución deberá tener preeminencia sobre cualquier ley o tratado, en términos generales; sin hacer discriminación o diferenciación al respecto, especialmente, en cuanto a los tratados en materia de derechos humanos corresponde.

Lo anterior ha sido motivo de múltiples discusiones y criterios jurisprudenciales, a lo largo de la historia de nuestro Tribunal Constitucional; el cual no siempre ha tenido coherencia, continuidad y permanencia en su perspectiva y doctrina al respecto; al extremo de que, dependiendo de la conformación de este, en ocasiones ya se ha determinado que la Constitución es superior inclusive a tales tratados, en otras que los convenios son los superiores y, en unas más, que ambos están al mismo nivel de jerarquización, partiendo de que la Constitución Política no puede estar comprendida en la dicción de derecho interno y que por lo mismo Constitución y Tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía normativa y, por ende, supremacía



jurídica y/o normativa, ante el resto del ordenamiento jurídico, incluso sobre los otros Tratados y/o Convenios internacionales, cuyo objeto no versa sobre derechos humanos, sino, por el contrario, sobre otras materias.

Es por ello que, comprender el correcto control judicial de constitucionalidad -más allá de que su ejercicio se comparta o no-, debe necesariamente originarse en una adecuada interpretación de ese mismo rango; es decir, de carácter constitucional -y, en su caso, convencional-; siendo importante, para ello, partir de la identificación y existencia de una Norma Inconstitucional (SIC)”, lo cual, independientemente de su imprecisión, el profesor Daniel Mendonca, en su obra antes mencionada, concretiza con los siguientes términos:

Distinguiremos aquí cinco circunstancias muy diversas en las que cabe emitir un juicio de descalificación de ese tipo en vista de alguna clase de incompatibilidad respecto de la Constitución: incompatibilidad lógica, incompatibilidad axiológica, incompatibilidad pragmática, incompatibilidad fáctica e incompatibilidad formal. (2018: 220, 221).

Coligiéndose, de lo anterior, la relevancia que cobra el que, en la actualidad, aún siga y se mantenga vigente -a pesar de sus detractores- el control de constitucionalidad que les ha sido confiado, especialmente, a los jueces y tribunales; quienes, en todo caso, tienen el deber de ejercerlo, en todo momento, con prudencia y, cuando de la legislación se trate, haciendo uso de la denominada doctrina deferente y/o principio de Thayer, por la debida presunción de constitucionalidad de que están revestidas las leyes, *per se*. Todo ello a efecto de legitimar su ejercicio en el ámbito judicial y así desvirtuar las críticas que, más allá de lo filosófico y lo estrictamente jurídico, parten -en ocasiones con razón- del ejercicio abusivo, arbitrario e, inclusive, “ilegítimo” de dicho control; encontrándose, en la historia reciente, sendos fallos de tribunales constitucionales, cuya legitimidad deviene cuestionable y que, por ello, difícilmente superarían un “test de razonabilidad” al respecto, porque, en ocasiones, se ha incurrido en el malicioso ejercicio de la justicia constitucional.



Es por ello que, quienes están llamados a ejercer ese control, deben tener presente la importancia de la adecuada, ética y legítima interpretación subyacente, haciendo uso, en todo caso, del denominado principio de corrección funcional; para hacer valer dicho control, pero sin caer en vaciar de contenido a los demás órganos o poderes de rango constitucional, cuyas competencias se encuentran delimitadas en la Carta Magna; profundizando en todo momento en el asunto sub *judice* mediante la debida ponderación.

Por lo que, concretamente en cuanto a la interpretación constitucional se refiere, resulta que independientemente de que aún, en la actualidad, el control de constitucionalidad sea objeto de críticas negativas, específicamente partiéndose de su supuesto “carácter contramayoritario” –por ejercerse por funcionarios que, en la mayoría, no han sido electos popularmente: los jueces-; lo que no puede negarse, partiendo -a la vez- de todo lo anterior es la relevancia que dicha institución posee, especialmente en función de la supremacía constitucional y, especialmente, en cuanto a los derechos humanos.

Ahora bien, esa trascendencia, no debe obnubilarnos y llevarnos a creer ciegamente en la legitimidad de su ejercicio -; es decir, la de la práctica del control de constitucionalidad-, concretamente cuando este se lleva a cabo en el ámbito judicial; porque, conforme a lo previamente señalado, su eficacia dependerá, en una buena manera, de la interpretación adecuada que le sea subyacente; es decir, el control judicial de constitucionalidad, con especial énfasis cuando se haga recaer sobre la legislación, exclusivamente será legítimo sí es el producto de una razonable, lógica, suficiente y objetiva interpretación ponderada.

A modo de reflexión, cabe recordar que, en un sinfín de oportunidades, durante la historia –inclusive la relativamente reciente-, se ha utilizado al Sistema Judicial para



llevar a cabo actos de barbarie y deleznable, en nombre de la “justicia” y la “ley”; y, en ese sentido, vale traer a colación las palabras del autor alemán Ingo Müller, en su obra

Los Juristas del Horror, al sentenciar:

La prontitud de los tribunales en plegarse a los deseos de sus dueños políticos no se limitaba a los casos penales ni a las discriminatorias Leyes Raciales. En todas las áreas del derecho y en toda clase de tribunales, los opositores genuinos o supuestos del régimen eran privados de sus derechos legales. (2011: 9).

Lo que debe mantenernos, en palabras utilizadas en el mismo libro, siempre: “vigilantes”; pero no por un simple y hasta distorsionado, subjetivamente, uso de dicho término, sino más bien, con un sentir que conlleva ser receloso, de la institucionalidad y la democracia.

Tanto la interpretación convencional, como la interpretación constitucional, implican un tema de trascendencia contemporánea; porque, como antes se refirió, si bien es cierto es normal y hasta común el que se trate, en distintos foros, lo concerniente a la interpretación jurídica en general y hasta, en su caso, la legal y, especialmente, la constitucional, así también lo es que, en lo que se refiere a la convencional, rara vez se estudia en una forma particularizada y de acuerdo con su propia naturaleza, fines y alcances, como el medio para un debido cumplimiento en el ejercicio del control de convencionalidad en general y, en particular, del de carácter difuso que, a su vez, debe realizarse por todos los jueces de los Estados Partes del Pacto de San José; partiendo de que como ya se dijo: los derechos humanos deben ser el objeto y fin de este y, a su vez, erigirse en pautas y directrices necesarias para una administración de justicia que, cada vez más, aspire a la protección integral, objetiva y, por igual, de las personas.

El subtema analizado resulta de imprescindible conocimiento, en los distintos ámbitos del quehacer jurídico, tanto para su estudio universitario, así como a los abogados litigantes y, muy especialmente, para quienes ejercen la función jurisdiccional; y, dentro de estos, para aquellos que la ejercen como jueces constitucionales, en el entendido de

que, a su vez, ahora todos deben entenderse como jueces convencionales interamericanos.



Por lo que, en tal orden de ideas, siendo la justicia convencional un tema en boga, de igual forma lo es la manera en la que se interpretan los distintos actos y/o instrumentos internacionales que, en materia de los derechos humanos, forman parte e integran el denominado *corpus iuris* interamericano de Protección de los derechos humanos, al que, como ya se indicó, ahora también se ha dado en llamar bloque de convencionalidad; siguiendo, básicamente, las directrices y los parámetros que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado al respecto, de conformidad con su propia jurisprudencia, en cuanto a la interpretación del Pacto de San José y demás tratados sobre dicha materia.

Como consecuencia y a manera de generalidades es pertinente traer a colación que el estudio y aplicación de la precitada categoría de interpretación, tiene una repercusión relevante en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, también a lo interno de los Estados, en el de la llamada: "Jurisdicción Constitucional" y la propia categoría de interpretación que esta implica; todo ello, partiendo de la protección constitucional para con los derechos fundamentales, garantizando su observancia y, a la vez, especialmente, su protección, tanto a nivel nacional así como a lo internacional.

Siguiendo el *iter* expresado, resulta que, en la actualidad, no es extraño encontrar fallos de tribunales constitucionales -entiéndanse cualesquiera que ejerzan dicha función - que, en la tarea de ejercer precisamente dicho control de constitucionalidad para el que están destinados, se introduzcan también en el de convencionalidad, por virtud de la obligación internacional del Estado al que pertenecen y que, para ello, deban tomar en cuenta ya no solo una interpretación constitucional de la normativa jurídica aplicable,

sino también, a la vez, llevar a cabo una interpretación convencional, específicamente con respecto al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos o bien bloque de convencionalidad.



Como antes se ha dicho y si bien es cierto, el control de constitucionalidad es de amplia aplicación en cuanto a los asuntos objeto de su ejercicio, atendiendo a que se encuentra sujeta al mismo cualquier disposición o decisión del poder público, especialmente las del legislativo, así también lo es que su realización conlleva relevante importancia cuando lo que se examina es la constitucionalidad de un acto que afecta derechos fundamentales.

Y, en ese sentido, cuando lo afectado son precisamente derechos de tal naturaleza, surge la obligación dentro del Sistema Regional Americano de derechos humanos -al menos vinculante para los Estados Partes de la aludida Convención Americana sobre Derechos Humanos- de ejercer, , además, del ya referido Control de Constitucionalidad, también un control de convencionalidad, cuyo objeto mismo y a la vez también su propio propósito, lo constituye la protección de los derechos humanos; y, para ello deviene imprescindible la adecuada y legítima interpretación no solo constitucional, sino también “convencional”.

Siendo así como, en el presente trabajo, se aborda la interpretación convencional del ahora denominado *corpus iuris*, especialmente partiendo de la propia jurisprudencia del Tribunal Interamericano precitado y a su vez tomándose en cuenta que, también, en determinados Estados partes del Pacto de San José -como sucede en Guatemala- esa interpretación se deriva de ese control de convencionalidad que todas las autoridades públicas y en especial los jueces, están obligados a realizar; pero, esto, deben llevarlo a cabo conforme a la doctrina e institución del llamado Bloque de Constitucionalidad; todo

ello a partir del aludido *corpus iuris* de esos derechos, dentro del Sistema Interamericano.



Por lo que, con el objetivo de expeditar la máxima comprensión posible sobre el subtema central que ahora se aborda, se estima pertinente analizarlo haciendo referencia directa a la interpretación convencional del Pacto de San José; para que, por derivación de esta, pueda comprenderse la que, por ende, resulta aplicable para el *corpus iuris* precitado. Debiendo tomar en cuenta que ello se ha abordado anteriormente, en sus generalidades, al tratar lo relativo al Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y, particularmente, el Pacto de San José de Costa Rica y su correspondiente interpretación; pero, en el apartado que ahora se desarrolla, deviene de importancia para enfatizar las pautas o directrices que, en general, deben observarse en la interpretación convencional de todos los instrumentos internacionales de la materia, ya sea por formar parte de dicho cuerpo jurídico o bien por haberse incorporado a la normativa constitucional mediante el Bloque de Constitucionalidad que, en Guatemala, fue reconocido por vía jurisprudencial.

Lo anterior, partiendo de que, tal como se mencionara con anterioridad, dicho concepto del *corpus iuris* -interamericano de protección de los derechos humanos- se debe, en principio a la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su calidad de intérprete última del tratado internacional que dio vida a esta, lo ha forjado; o sea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada: Pacto de San José.

En tal sentido, al adentrarnos a la interpretación convencional del Pacto, resulta que el contenido de la citada Convención Americana de Derechos Humanos, en general, deberá ser interpretado especialmente al tenor del artículo 29 de esta, con las prohibiciones que se establecen en dicha norma, , además, de lo relativo a los

principios y las doctrinas internacionales, las propias directrices y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomándose en cuenta, a su vez, el *corpus iuris* reconocido por la Corte, así como el correspondiente control de convencionalidad que, como una doctrina vinculante, ha impuesto dicho Tribunal y que, además, de estar contenida en sus fallos, actualmente también se cavila si forma parte de sus resoluciones en materia de Medidas Provisionales e, inclusive, de sus propias Opiniones Consultivas, que le son requeridas.



Aguirre manifiesta lo siguiente:

Es preciso resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado sobre derechos humanos, cuya interpretación debe estar sujeta a las reglas generales de interpretación de los tratados internacionales, a los criterios específicos que fija la Convención y a las consideraciones especiales sobre su objeto y fin, en las que se determina que sus disposiciones siempre han de interpretarse en forma extensiva en favor de los seres humanos, de manera evolutiva y buscando la efectividad de sus normas. (2007: 74).

Es decir, si bien es cierto el Pacto de San José, como todo Tratado Internacional, está sujeto a los Principios Generales de Interpretación de estos, así también lo es que, a su vez, por referirse a derechos humanos su interpretación y aplicación también está sujeta a parámetros especiales, tanto del derecho internacional así como a directrices y jurisprudencia emanada de su propio intérprete último; es decir, de esta citada Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad a los criterios y a las doctrinas propugnados en sus fallos, en general, a lo largo de su existencia.

En tal sentido, debe reiterarse que “interpretar” normas jurídicas, en términos generales, implica, básicamente, desentrañar el verdadero sentido y alcance de estas; asignándoles significado a los textos normativos, utilizando métodos y técnicas aceptadas por parte de la comunidad jurídica -y, cuyo tratamiento no constituye objeto de análisis en la presente- y que, conforme a estos, una simple norma puede dar lugar



a diversos significados. Y, en cuanto a la interpretación propia de los tratados internacionales se han establecido, también diversas reglas de interpretación con el fin de orientar a los operadores jurídicos en el proceso de aplicación de estos, en especial en materia de derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José, por ser un tratado internacional, también se encuentra sujeto a las normas de interpretación que se encuentran contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; y, sobre dicho particular, debe tenerse en cuenta que, en la actualidad, los elementos que constituyen la regla general de interpretación, tales como la buena fe, el texto, el contexto, así como el objeto y fin de la convención de que se trate son los que se utilizan con mayor frecuencia; todo ello aplicable, por accesoriamente, al *corpus iuris* que dicho Pacto integra.

Inclusive, como se dijo, se aborda el tema relativo a qué si las “Recomendaciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos”, también deberían servir de parámetros para el control de convencionalidad y si, en su caso, ello implicaría una ampliación para el debido ejercicio de este; lo cual, independientemente de los criterios que al respecto ha mantenido la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos –colegiada así como personalmente-, abrirá y mantendrá vigente el debate; partiéndose de que, en todo caso, los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), aunque no hayan suscrito, aceptado y ratificado ese Pacto de San José, también tienen responsabilidad internacional, especialmente en cuanto a la protección de derechos humanos se refiere.

Continuando con ese *iter* empleado, resulta que, ya se trate de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular o en forma directa, o bien de cualesquiera de los demás instrumentos internacionales que integran el *corpus iuris* de derechos humanos a nivel interamericano -según la enumeración anterior, que es



simplemente enunciativa, y no limitativa-, se necesita contar con pautas y/o directrices precisas para interpretación de estos, más allá de las generales señaladas en la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; y, eso es lo que se persigue precisar a continuación.

Al respecto, para los efectos positivos del presente trabajo de tesis, pueden mencionarse: a) interpretación conforme; b) el principio pro homine; y, c) interpretación autorizada; entre otros criterios para la interpretación que, en síntesis, lo que persiguen es la máxima protección de todas las personas, especialmente de las que por diversas razones puedan encontrarse en el territorio de los distintos países que integran el Continente Americano, en cuanto a los derechos humanos -fundamentales, constitucionales o convencionales-.

En ese orden, la Interpretación conforme al autor Miranda menciona que:

la temática de la interpretación convencionalmente conforme tiene una estrecha relación con el control de convencionalidad, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016: 217).

Lo anterior nos evidencia que, en todo caso, esta directriz de interpretación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, , además, de perseguir una máxima protección de la persona y su dignidad, pretende que, ante discrepancias existentes entre normas internas de los Estados partes y el precitado Pacto de San José, se busque una Interpretación Conforme con este último que, a su vez, evite que la norma interna sea declarada inconveniente y, por ende, inaplicada en casos concretos y/o, inclusive, hasta expulsada del ordenamiento de que se trate; y, para ello, no basta con realizar un simple examen de compatibilidad entre dicha norma y la Convención, sino que también debe atenderse a la jurisprudencia que, sobre el tema en cuestión, ya haya emitido el Tribunal Interamericano en sus distintos fallos; funcionando, en ese sentido,



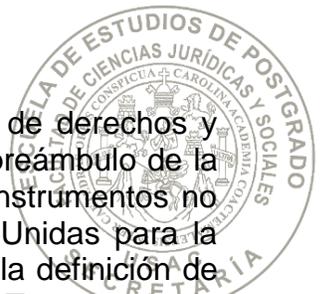
como un mecanismo de rescate de las normas, porque podrían permanecer válidas siempre que se interpreten de acuerdo con lo señalado y con lo cual se persigue, en efecto, la vigencia y validez de una determinada norma interna, siempre que se interprete, según este mismo tribunal.

En relación con el Principio *Pro Homine* -o Pro Persona-, el último autor citado manifiesta que:

Este principio aconseja interpretar la regla concerniente a un derecho humano de modo más favorable para la persona; es decir, para el destinatario de la protección. Es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos” (2016: 231).

En cuanto a ello puede advertirse que, en relación con esta otra pauta de interpretación, en materia de protección de los derechos humanos, especialmente en el ámbito del sistema interamericano, siempre deberá atenderse y privilegiarse la norma jurídica que proteja y garantice de una mejor manera, a la persona; lo cual, inclusive, puede conllevar a que, eventualmente, no se aplique una norma con el rango convencional, sino una de derecho interno, sea la Constitución del Estado o incluso una simple ley ordinaria o reglamentaria de este, con la condición de que la norma escogida sea la que, en realidad, de manera objetiva maximice la eficiencia jurídica para la protección de tales derechos.

Por último, en cuanto a la interpretación autorizada, que es una expresión utilizada en el sistema interamericano, para referirse al uso de un instrumento en la interpretación de otro. A manera de ejemplos de ello, se alude a los siguientes:



la Convención Americana debe servir para aclarar el contenido de derechos y principios plasmados en la Declaración [...] //Otro ejemplo es el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño, que se refiere a varios instrumentos no contractuales, entre ellos las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores[...]// [...] Una definición -la definición de tortura contenida en el primer artículo de la Convención contra la Tortura o la de niño contenida en el primer artículo de la Convención sobre los Derechos del Niño- siempre es relevante[...]//[...]entre el artículo XXVI de la Declaración Americana, que consagra en términos generales el derecho a un proceso regular y el artículo 8 de la Convención Americana, que consagra un número importante de garantías de debido proceso. (2012: 60, 61, 62).

Apreciándose que, la llamada “Interpretación Autorizada”, básicamente comprende una derivada potestad que conlleva a la interpretación de una norma contenida en un tratado internacional partiendo del contenido de otra, contenida en un instrumento internacional distinto; para obtener una mejor protección de los derechos humanos, sobre la base, en todo caso, de la interpretación de este, llevada a cabo por el Tribunal Interamericano.

Como ha podido evidenciarse, la adecuada interpretación del denominado *corpus iuris* interamericano de protección de los derechos humanos, conlleva a que sean tenidos en cuenta los criterios expresados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus fallos en general y, especialmente, en sus sentencias emitidas en todos los casos contenciosos sometidos a su conocimiento y decisión; lo cual, no es óbice para que, a su vez, de igual forma se tome en cuenta su jurisprudencia desarrollada en resoluciones de medidas provisionales así como en sus opiniones consultivas, las cuales, en todo caso, resultan del todo vinculantes para los Estados partes a los que estas se refieren.

Una vez comprendido que la máxima protección en materia de los derechos humanos, implica la integración de todas aquellas normas que, de una manera u otra, puedan servir para ese fin es factible entender que, en dicho sentido, tanto en el ámbito de protección universal, así como el regional interamericano, existen casos concretos que,



en ausencia de normas específicas sobre un tema particular es indispensable acudir a las contenidas en otros instrumentos internacionales para su interpretación, siempre privilegiándose la disposición normativa que mejor proteja, obviamente, partiendo de dicha interpretación.

Es así como, dentro de las distintas formas de interpretación del *corpus iuris*, siguiendo las pautas preestablecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede decir que –entre otros–: la Interpretación Conforme, así como el Principio *Pro Homine* y la Interpretación Autorizada, constituyen verdaderos instrumentos y, a la vez, directrices para la adecuada protección de los derechos humanos de las personas, por su dignidad. Por lo que, a manera de colofón, puede señalarse que, en la actualidad, el avance y la evolución latente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la protección de tales derechos es suficientemente garantista de estos.

Todo lo anterior, específicamente en cuanto a la interpretación, sea esta constitucional y/o convencional, permite establecer que, si bien es cierto tanto el control constitucional, así como el de convencionalidad, conllevan relevancia jurídica, especialmente en cuanto a la máxima protección de los derechos humanos se refiere, así también lo es que, como se ha podido advertir, ello en sí, directamente, no es del todo suficiente si no le precede una adecuada interpretación, de conformidad con lo ya expuesto sobre el particular. Esto dentro de esa relación íntima entre constitucionalidad y convencionalidad, cada vez más estrecha, al punto de que ya suele hablarse de la convencionalización de la constitución.

Al respecto, señala el profesor Néstor Pedro Sagüés, en su obra *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitucional Nacional a la Constitución Convencionalizada*, lo siguiente: “En definitiva, el intérprete constitucional debe

manejarse con una nueva versión de la constitución nacional: la constitución convencionalizada” (2017: 356).



4.4. Parámetros para su ejercicio

4.4.1. Principio y test de proporcionalidad

El denominado principio de proporcionalidad puede erigirse como un parámetro para la validez y legitimidad del ejercicio de ambos controles, por medio de un examen técnico y analítico de las diversas medidas jurídicas objeto de estos, desde el punto de vista de sus componentes particulares. Motivo por la cual, en ese sentido, se aborda lo relativo a los controles de constitucionalidad y convencionalidad, mediante la aplicación del principio de proporcionalidad y, especialmente, la factibilidad de coexistencia de estos, en una relación de parámetro, medio y fin.

En ese orden de ideas y a manera de generalidades es pertinente traer a colación el que, normalmente, se ha identificado el principio de proporcionalidad –o simplemente la “proporcionalidad”- con el derecho penal, especialmente en lo relativo a la fijación de las distintas penas reguladas en el ordenamiento jurídico de cada Estado; y, por ende, se le ha entendido como propio y exclusivo de tal rama del derecho; puesto que, con este, se tiende simplemente a preconizar que una sanción que sea adoptada con respecto a la comisión de un ilícito penal deberá ser “proporcional” a la gravedad de este así como a la pretendida protección del bien jurídico de que se trata y a las prevenciones -especial y general- perseguidas con dicha sanción.

Sin embargo, partiendo de que, tal como lo refiere el insigne jurista alemán Claus Roxín, en su obra Derecho penal, Parte General. Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. Tomo: “Un Estado de derecho debe proteger al individuo no solo

mediante el derecho penal, sino también del derecho penal” (1997: 137) el estudio y aplicación del precitado principio de proporcionalidad fue extendiéndose a otras ramas del derecho, teniendo una repercusión relevante en el ámbito del derecho constitucional y, por ende, en el de la denominada justicia constitucional –procesal constitucional, máxime si se parte de la afectación a derechos fundamentales que es propia del derecho penal.



Es por ello que, en la actualidad, no es raro y, por el contrario, es cada vez más común, el encontrarse con fallos judiciales, especialmente de rango constitucional, en los que, en efecto, al ejercerse precisamente ese control de constitucionalidad, así como también el control de convencionalidad, se invoque y aplique, para resolver en los distintos asuntos sometidos a conocimiento y decisión, precisamente, dicho principio de proporcionalidad.

Y es por ello que, en el presente trabajo de tesis doctoral, como subtema también se aborda la pertinencia de emplear como parámetro de validez y legitimidad el principio de proporcionalidad, en el ejercicio de ambos controles, especialmente cuando estos están dirigidos a corroborar la debida afectación de los derechos fundamentales, con la adopción de una decisión jurídica que emane de cualesquiera de los poderes públicos. Partiendo de que, tal principio conlleva que, en todo caso, cuando se restrinjan derechos y libertades fundamentales, la medida, además, de racional, esté revestida de la debida razonabilidad objetiva necesaria para legitimarla, lo cual, de cumplirse es factible verificar a través de una adecuada ponderación, como parte del examen de la proporcionalidad.

Al respecto, existen un sinnúmero de doctrinas, teorías y demás que buscan definir el concepto de principio de proporcionalidad, cuya enunciación no es propia del presente trabajo; sin embargo, menester resulta hacer referencia de algunas definiciones que

nos permitan vislumbrar el sentido en el que, en el presente trabajo, se aborda la importancia de este como parámetro de validación para el legítimo ejercicio de tales controles de constitucionalidad y convencionalidad.



Sobre el particular, resulta que, para el doctor Jesús María Casal H., en su obra intitulada *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, el principio de proporcionalidad:

es la traducción técnica primordial de la exigencia de justificación material que debe satisfacer toda limitación de un derecho constitucional[...] este principio opera como un cancerbero del contenido general o global de cada derecho fundamental. La expansión y fortaleza del principio de proporcionalidad es el correlato de la propia eficacia de esos derechos. (2010: 187,188).

Y esto es así, precisamente , porque dicha exigencia de justificación material que debe satisfacerse en una medida jurídica cualquiera, que se encuentre sujeta al Control de Constitucionalidad y/o de Convencionalidad, parte de que esta sí pueda superar el denominado “Test de Proporcionalidad” que, a su vez, implica que tal medida o decisión deberá someterse al escrutinio de verificación de los elementos básicos que conforman la estructura total de dicho principio; a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; a efecto de controlar y legitimar su aplicación.

Al respecto de dicha estructura, el jurista Robert Alexy, en su conocida obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, refiere que: “Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad y esta implica aquella. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y

de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio es decir es deducible de él” (1993: 111, 112); independientemente de que, en el presente, no se pretende abordar dicha base conceptual trídica del principio de proporcionalidad, sino únicamente la importancia y repercusión de este como parámetro para ejercer sendos controles de constitucionalidad y/o convencionalidad.



Siendo oportuno mencionar, sobre dicho particular, que a la subcategoría de idoneidad también se le suele denominar de la “adecuación” por diversos autores, aunque se refiere al mismo contenido; y que, a su vez, al principio de proporcionalidad también se le conoce como “principio de prohibición de exceso”, pero que, en realidad, se refieren a lo mismo. Por su parte, Villaverde manifiesta:

principio de proporcionalidad[...] es la técnica a través de la cual se realiza el mandato de optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. A través del principio de proporcionalidad se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo de manera que el límite cumpla su función. (2008: 182).

Lopera manifiesta que:

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales. (2008: 273).

Es decir, para los efectos del presente trabajo, debe entenderse la proporcionalidad como un instrumento de análisis que permite examinar la idoneidad y necesidad de una medida jurídica, cualquiera que esta sea, ponderando su proporcionalidad en sentido estricto y en el caso concreto de que se trate, para calificación y validación de la medida adoptada; teniéndose como un medio para ello el denominado “Test de



Proporcionalidad” que, en esencia, conlleva un juicio de ponderación para legitimar o no la decisión o acto jurídico.

En ese orden, no menos importante es tener presente que el principio de proporcionalidad se materializa a través del llamado “Test de Proporcionalidad”, como la herramienta para revisar el cumplimiento de esos tres aspectos. Y, en dicho sentido, Carlos Bernal Pulido en su obra El derecho de los derechos manifiesta:

en el Estado constitucional no puede valer cualquier restricción a los derechos fundamentales, sino solo aquellas restricciones que sean: idóneas para contribuir a la obtención de cierto fin legítimo; necesarias; es decir, las más benignas entre todos los medios alternativos que gocen de por lo menos esta idoneidad para conseguir la finalidad deseada; y proporcionales en sentido estricto; es decir, aquellas que logren un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que ella produce” (2005: 82).

Siendo, igual de importante, traer a colación que, desde un punto de vista estrictamente gramatical y, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su vigesimotercera edición -aplicación electrónica-, la palabra “parámetro”, en su primera acepción, debe entenderse como: “Dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación” (2014: s.p.).

Deviniendo relevante lo anterior, a efecto de definir y tener claro el concepto abordado, partiendo de que, en todo caso, lo que se pretende advertir es cómo la proporcionalidad se ha empleado y puede utilizarse en el futuro, como ese dato o factor -regla y/o canon- indispensable para llevar a cabo tanto el control de constitucionalidad, así como también el de convencionalidad, por parte de los órganos jurisdiccionales competentes para ello.

Y, en tal orden de ideas, para delimitar el ámbito de análisis del presente trabajo y que el examen pueda realizarse en conjunto en cuanto a ambos controles, el sentido de

este está dirigido a la aplicación de tal principio de proporcionalidad cuando, en efecto, los dos controles están referidos a la restricción, y/o limitación, de los derechos fundamentales.



Al respecto, el ilustre jurista venezolano, doctor Jesús María Casal H., en su obra *Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*, en cuanto al principio de proporcionalidad cita:

Esta idea subyacente al principio de proporcionalidad ha alcanzado en el Derecho alemán cotas muy altas de racionalización o tecnificación y, sobre todo, ha tenido una presencia descollante en la jurisprudencia primero-administrativa y también en la procesal-penal y constitucional. Dicho principio juega hoy un papel relevante en casi todas las decisiones del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Administrativo Federal relacionadas con derechos fundamentales. Con ello no pretende decirse que sea una idea exclusiva de tal ordenamiento. En otros sistemas, en este u otros mantos terminológicos o conceptuales, se encuentran igualmente parámetros dirigidos a asegurar la contención de la administración o de los poderes públicos en general al momento de incidir en los derechos o intereses subjetivos. La atención que en este estudio se presta a aquel ordenamiento, no implica negar estas paralelas aportaciones. (2010: 190).

Y, efectivamente es así, porque actualmente un buen número de tribunales emplean el principio de proporcionalidad al proferir sus decisiones, especialmente aquellos que se encuentran en la respectiva cúspide de la jerarquía del poder judicial de que se trate y muy específicamente -aunque no siempre pertenezcan al poder judicial en sí- aquellos denominados “Tribunales Constitucionales” (en la forma en la que figuren; ya sea como tales, como Supremas Cortes, como Salas Constitucionales, etcétera), en la adopción de sus decisiones más emblemáticas y que conllevan gran impacto dentro de la sociedad.

Tal es el caso, en nuestro medio y a manera de ejemplos, del ejercicio del control de constitucionalidad por parte de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca y, a su vez, en el ejercicio concentrado del control de convencionalidad por parte de la propia Corte

Interamericana de Derechos Humanos y, en su caso, del difuso de esa convencionalidad.



La Corte de Constitucionalidad de Guatemala, aunque en diversos fallos ha acudido al parámetro de proporcionalidad para asumir su decisión, no siempre lo ha hecho de una manera expresa, sabedora de que la reiteración de conceptos en estos tiende a provocar lo que, a lo interno, se denomina “Doctrina Legal”; que no es otra cosa más que la Jurisprudencia Vinculante del alto tribunal constitucional del país, por su reiteración.

Sin embargo, en casos puntuales ha hecho énfasis en dicho principio en forma clara y taxativa; pudiéndose citar, en ese sentido, la sentencia de fecha veintidós de enero del año dos mil catorce, dictada en el expediente 3865-2013, por medio de la cual sentó Doctrina Legal sobre la utilización de la proporcionalidad, puesto que ya había emitido dos fallos anteriores en este sentido y las cuales cita en el texto mismo de esta tercera sentencia en mención. Habiendo arribado a la conclusión de que: “la medida analizada no era necesaria y, por ende, resultaba desproporcionada, pues no supera el test de necesidad, según lo aquí analizado y, por ende, viola el principio de proporcionalidad en sentido amplio” (2014: 9). Decidiendo, en ese sentido, declarar con lugar la apelación interpuesta, revocar la sentencia recurrida y otorgar el amparo definitivo solicitado por el postulante de la acción constitucional planteada.

Interesante deviene advertir que dicho tribunal constitucional guatemalteco, en el caso anterior, procedió a utilizar ese “test de proporcionalidad” para resolver; sin detenerse a reparar si el ordenamiento jurídico así se lo permitía, en especial si la Constitución, cuya defensa le ha sido delegada se lo autorizaba; coligiéndose que, al respecto, son varios los tribunales -especialmente constitucionales- que siguen la misma línea de aplicar dicho principio aunque, de hecho, la Constitución no lo establezca

taxativamente, y, al contrario, hacen un análisis preliminar del fundamento constitucional amparado, especialmente, en la propia noción de Justicia y del Estado de derecho; específicamente cuando se trata de ponderación para la correcta protección, o limitación, de los derechos fundamentales.



Un caso más reciente lo constituye el fallo dictado por la Corte de Constitucionalidad en fecha catorce de julio del dos mil dieciséis, en el expediente 5009-2013, en el que para resolver una Inconstitucionalidad General Parcial también se hizo uso expreso del “Test de Proporcionalidad”, para asumir la decisión al respecto; habiéndose manifestado que: “denominado ‘test de proporcionalidad’, en, cuya utilización, con algunos matices, confluye con la práctica jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Europea de derechos humanos y varios tribunales constitucionales de diversas latitudes, entre los cuales cabe destacar, por su decisiva contribución a la configuración de este método, al Tribunal Constitucional Federal Alemán [...]//Lo revelado a través del examen de proporcionalidad, conduce a establecer que la inclusión de los actos de denuncia y acusación penal efectuados por el donatario contra el donante, como motivo de revocación de la donación, redundante en afectación de derechos fundamentales que carece de fundamento válido[...] estimándose inconstitucional” (2016: 30, 33, 34). Habiéndose declarado con lugar la acción de inconstitucionalidad que fuera promovida y, como consecuencia, inconstitucional la norma jurídica impugnada y, como efecto positivo de ello, se determinó que fuera expulsada del ordenamiento jurídico guatemalteco.

Y, precisamente, tal como la propia Corte de Constitucionalidad lo mencionó en su último fallo precitado, a nivel latinoamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha hecho uso del principio de proporcionalidad, para resolver diversos casos sometidos a su conocimiento y decisión, aunque siempre, o al menos normalmente, ha sido reacia a reconocer expresamente la implementación de este; partiendo, siempre, de la vinculación que, como precedentes, sus fallos importan para

todos los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con la obligación de ejercer *ex officio* el respectivo control de convencionalidad difuso, tomando en cuenta dicha jurisprudencia internacional, así como el *corpus juris* interamericano de derechos humanos; tomándose en cuenta, precisamente, las interpretaciones de esa misma Corte.



En tal sentido, de acuerdo con el análisis de su jurisprudencia más relevante al respecto, resulta que, a su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada vez más recurre a emplear el denominado principio de proporcionalidad en sus decisiones, solo que sin hacerlo de forma taxativa como sí lo hace, por ejemplo, su homólogo: el Tribunal Europeo de derechos humanos, que al respecto es expreso en su jurisprudencia.

Sin embargo, se puede vislumbrar la aplicación de dicho principio, entre otras tantas, en las sentencias pronunciadas por el aludido Tribunal Interamericano en los siguientes casos: “Canese contra Paraguay”, de fecha 31 de agosto de 2004; “Kimel contra Argentina” del 2 de mayo del 2008; “Usón Ramírez contra Venezuela” de fecha 20 de noviembre del 2009; *Fontevicchia y D’Amico contra Argentina*, del 29 de noviembre del 2011; y, también, “Castañeda Gutman contra México”, dictada el día 6 de agosto del año 2008.

En los primeros cuatro casos relacionados, la aludida Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el tema de fondo referente a la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión en relación con los derechos al honor, a la dignidad y a la privacidad. Habiéndose, en todo ellos, aplicando implícitamente dicho principio de proporcionalidad, ponderándose en favor del derecho a la libertad de expresión y, por ende, considerando desproporcionadas las medidas adoptadas por los Estados demandados en cada uno de estos; aunque señalando que la libertad de

expresión no es un derecho absoluto y que sí puede limitarse mediante decisiones razonables; lo cual, en todo caso, precisamente debe hacerse desde la óptica de la integración tripartita del citado test de proporcionalidad.



A su vez, en el último de los casos mencionados - “Castañeda Gutman vs. México”-, la Corte también declaró la existencia de una violación por parte del Estado demandado, empleando expresamente dicho principio de proporcionalidad, señalando que se violó el derecho político de este, a ser “electo”; por el simple hecho de no ser postulado por parte de un partido político, sino de una manera independiente, sin tener tal base política previa.

Pudiéndose ver, con lo anterior, cómo en casos concretos los distintos tribunales tienden a utilizar el llamado Principio y Test de Proporcionalidad, con sus categorías básicas de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como un “parámetro” -regla, canon, y/o modelo, etcétera-, para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, especialmente aquellos de relevancia; independientemente de su constitucionalización o no, como en el caso de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala que, mediante su propia Doctrina Legal, ha legitimado y positivado jurisprudencialmente su utilización.

Asimismo, no obstante, que el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos, del cual parte la Corte Interamericana para realizar control de convencionalidad, no preestablece expresamente la utilización de dicho “Test de Proporcionalidad” para la resolución de los diversos conflictos que llegan hasta su conocimiento es evidente que dicho tribunal lo emplea, en oportunidades tácitamente y, en algunas oportunidades, de manera expresa; sentándose con ello las pautas interpretativas necesarias para que los demás órganos jurisdiccionales de los Estados partes también lo utilicen al momento de

ejercer, de forma difusa, dicho control de convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias.



Observando que, ya sea en el control de constitucionalidad -independientemente de que se acepte y se reconozca o no el denominado Bloque de Constitucionalidad-, o en el de convencionalidad y sin perjuicio de su no positivización constitucional, el principio de proporcionalidad, mediante el test de proporcionalidad y la ponderación, cada vez es más recurrentemente empleado para el conocimiento y decisión de los asuntos especialmente complejos, sometidos a la justicia constitucional o bien a la jurisdicción interamericana, a través de los mecanismos previstos para ello; sirviendo, en todo momento, como el canon que permite su debida implementación, para los efectos de examinar la proporcionalidad o no de una norma, decisión jurídica, etc., asumida a lo interno, por uno de los poderes públicos del Estado de que se trate, especialmente al restringir derechos fundamentales.

Por ende, deviene relevante el que, a manera de un “parámetro racional” -utilizando los términos empleados por el autor Jesús María Casal H, en su última obra relacionada-, el principio de proporcionalidad sea empleado en cada decisión en la que esté de por medio la afectación de derechos fundamentales; ya sea que la afectación a estos se examine por vía del control de constitucionalidad o bien por medio de un control de convencionalidad, porque el fin será, en ambos casos, precisamente este; es decir, posibilitar la toma de decisiones racionales que, a su vez, resulten razonables y legítimas.

En ese sentido es evidente que el principio de proporcionalidad a la vez que sirve para determinar la legitimidad de una disposición o decisión jurídica, también tiene importancia para establecer, a su vez, la legalidad y la validez constitucional así como convencional -según el caso-, del fallo emitido al respecto; o sea, de la sentencia que

se pronuncie como producto del debido ejercicio de tales controles y de allí la importancia de entender dicho principio y su respectivo test como un parámetro adecuado para estos.



Resultando, a manera de corolario que, en el ámbito nacional guatemalteco, así como en el ámbito latinoamericano, puede afirmarse la legitimidad de emplear el denominado test y principio de proporcionalidad para resolver los asuntos en los que, especialmente, se estén afectando o pretendiendo afectar derechos fundamentales; ya sea que ello se haga mediante el ejercicio del control de constitucionalidad, a lo interno del Estado, o bien a través del obligado control de convencionalidad difuso. En virtud de que, como quedó señalado, a lo interno ya existe Doctrina Legal que así lo autoriza y, a la vez, ya hay precedentes sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizando el mismo principio como parámetro racional que permite advertir la concurrencia de validez y legitimidad en la disposición legal o decisión jurídica objeto de tales controles.

Determinándose, con lo anterior, que en efecto, en la práctica -nacional e internacional- el principio de proporcionalidad, a través del empleo racional del test de proporcionalidad y la consecuente ponderación, ya es entendido como un parámetro razonable para poder verificar y establecer la necesidad, idoneidad y legitimidad de una medida jurídica, de la clase que sea, que tienda a afectar, limitar y/o restringir libertades y derechos humanos; y lo cual repercute en que, al momento de ejercerse el control de constitucionalidad, así como el de convencionalidad, deba ponderarse la proporcionalidad estricta de la medida.

4.4.2. Juicio o test de igualdad

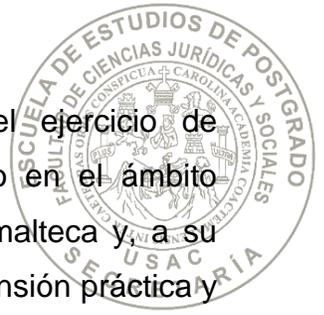


Además, del ya referido principio de proporcionalidad, resulta que, a su vez, también el llamado principio de igualdad, y no discriminación puede erigirse como un parámetro de validez y de legitimidad para el ejercicio de ambos controles, por medio del examen técnico y analítico de las diversas medidas jurídicas objeto de estos y también desde el punto de vista de sus componentes particulares. Razón por la cual, se aborda el subtema relativo a los controles de constitucionalidad y convencionalidad, mediante la aplicación del Test o Juicio de Igualdad y, especialmente, la factibilidad de coexistencia de estos, en relación de parámetro, medio y fin y, a manera de ejemplo, para su mejor comprensión, en cuanto a nacionales y extranjeros, cuando se invoca desigualdad sobre el particular.

Siendo así como, en el presente apartado, se aborda la pertinencia de emplear como parámetro de validez y de legitimidad el llamado test o juicio de igualdad, en el ejercicio de ambos controles, especialmente cuando estos están dirigidos a corroborar la debida afectación -limitación- de derechos fundamentales, en este caso específicamente de la igualdad, y no discriminación, con la adopción de una medida jurídica emanada de cualesquiera de los poderes estatales, tendiente a determinarse un trato diferente entre nacionales y extranjeros que, en su caso, tienda a ser discriminatorio y perjudicial y que, en todo caso, pueda implicar una vulneración al principio de igualdad y la cláusula de no discriminación, sin tener un soporte fáctico y jurídico que, dadas las circunstancias, pueda justificar la diferenciación de trato y, a la vez, legitimar la decisión adoptada al respecto.

En ese orden de ideas, se aborda teóricamente el tema relacionado, pero sin perjuicio de examinar casos prácticos y concretos en los cuales se ha analizado la posible violación de la igualdad, y no discriminación, en general y particularmente en cuanto a

distinciones preestablecidas entre nacionales y extranjeros para el ejercicio de determinadas acciones y/o derechos, en el ámbito interno así como en el ámbito internacional, especialmente por la Corte de Constitucionalidad guatemalteca y, a su vez, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; para la comprensión práctica y concreta de dicho parámetro.



Y, en esa secuencia, resulta que, para el insigne jurista italiano Luigi Ferrajoli, de acuerdo con lo señalado en su obra *Derecho y Razón*, con respecto al concepto sobre igualdad:

Valor primario de la persona y consiguiente principio de tolerancia son, a mi juicio, los elementos constitutivos del moderno principio de igualdad jurídica; un principio completo, que incluye las diferencias personales y excluye las diferencias sociales. En un primer sentido, en efecto, la igualdad reside en el valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas; es decir, <<sin distinción>>[...]<<de sexo, raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales>>. En ese sentido, igualdad y diferencias no solo son antinómicas, sino que se implican recíprocamente. El valor de la igualdad, según esta primera acepción, consiste precisamente en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás. Y por eso vale para individualizar los confines tanto de la tolerancia, que reside en el respeto de todas diferencias que forman las diversas identidades de las personas, como de lo que, al revés, reside en la inadmisibilidad de sus violaciones” (2000: 906).

Por su parte, el autor Rafael Sánchez Vázquez, sobre dicha igualdad, en su obra *Los Principios Generales del Derecho y los Criterios del Poder Judicial de la Federación*, refiere lo siguiente:

el principio de igualdad no es una tesis descriptiva, sino un principio normativo; no un juicio de hecho, sino un juicio de valor o, más sencillamente, un valor que se postula precisamente , porque se reconoce que los hombres son distintos” (2004: 111); y, también agrega el que: “En todos los casos, entre igualdad

jurídica y derechos fundamentales existe una relación biunívoca: no solo la igualdad es tal en cuanto constitutiva de los derechos fundamentales sino que también los derechos fundamentales son tales en cuanto constitutivos de la igualdad. (2004: 112).



Es decir, como puede advertirse de lo anterior, la relevancia de este principio radica en que no pretende crear una simple categoría de igualdad formal, sino más bien, mediante una interpretación racional, busca precisamente reconocer las desigualdades existentes entre los propios seres humanos y grupos sociales determinados, para poder equipararlos a través de un trato desigual que, a la postre, permita alcanzar una igualdad sustancial, que expedito el ejercicio de determinados derechos en condiciones que tiendan a reconocer las disparidades propias de determinadas personas y/o grupos de personas.

Siendo trascendental que, como lo refiere el último autor antes aludido, verdaderamente concorra una relación de correspondencia entre el principio de igualdad y los derechos fundamentales, en cuanto tales; y, en efecto, así ha sido ya reconocido en instrumentos internacionales variados, a lo largo de la historia; pudiéndose citar, a manera de ejemplo: en la Declaración de Derechos de Virginia, de 1776; en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789; también en la Declaración Universal de derechos humanos, de 1948; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969; entre otros tantos; y, a nivel estatal interno, especialmente en el artículo 4 de nuestra Constitución Política de la República de Guatemala, en el cual se consagra dicho principio fundamental, como una garantía de no discriminación, salvo para una mejor protección.

Por su parte, Ferrer y Pelayo Möller nos indican lo siguiente:

El artículo 1.1 de la Convención Americana no solo establece las obligaciones generales de respeto y garantía, sino también una cláusula que prevé que las personas deben gozar y ejercer 'sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen

nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social' los derechos consagrados en dicho Pacto. (2014: 56).



Y, en esta misma obra, dichos autores como corolario establecen:

En conclusión, la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 1.1 debe coordinarse con la diversa prevista en el artículo 24, preceptos que 'constituyen el fundamento de la plena y total recepción del principio de no discriminación en la Convención Americana, principio que se aplica al reconocimiento y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto de San José. Asimismo, no debe perderse de vista la expresión amplísima que utiliza la Convención, al referirse en los términos 'sin discriminación alguna', que denota el espíritu que debe estar presente en todos los casos concretos de 'respeto' y 'garantía'; lo que también implica un principio de igualdad" (2014: 60).

Empleando tal *iter*, para los efectos de comprensión de su enfoque en el presente trabajo, debe entenderse dicha cláusula en los términos relacionados por los ilustres juristas en mención; partiéndose por comprender que esta se encuentra contemplada, ab initio, en el artículo 1.1 del Pacto de San José, pero en correlación con el artículo 24 de este. Aunque, de nada serviría la simple positivización de dicho principio y esa cláusula, incluso con la categoría de *Ius Cogens*, si no existiera un mecanismo concreto e idóneo para su materialización, como al respecto lo es el test o juicio de igualdad y de no discriminación.

Y, sobre ello, los autores Rodrigo Uprimmy Yepes y Luz María Sánchez Duque, en esa misma obra del Comentario" al Pacto de San José de Costa Rica, señalan lo siguiente:

el denominado test de igualdad, que es una herramienta analítica que somete a un escrutinio judicial escalonado las medidas que establecen una distinción entre personas o grupos que se encuentran en situaciones similares. Tal distinción puede operar por vías distintas, como puede ser la fijación de una preferencia a favor solo de algunos, la exclusión de ciertas personas o grupos del goce de un beneficio o derecho, o la definición de condiciones más gravosas para dicho goce en contra de una parte de la población. Pero, además, el test también

permite evaluar aquellos casos en los que se omite otorgar un trato distinto a personas o grupos que se encuentran en situaciones significativamente diferentes y que, por lo tanto, ameritan la disposición de medidas diferenciadas. (2013: 593).



Por su parte, el Tribunal Europeo de derechos humanos ha sentado el criterio que, a su vez, ha hecho suyo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consistente en que la objetividad y razonabilidad de una distinción implica que esta obedezca a una finalidad legítima y que exista una relación razonable de proporcionalidad entre la medida que establece el trato diferenciado y el fin perseguido. Concluyendo, al respecto, en que: “el test de igualdad facilita el análisis de la objetividad y razonabilidad de una distinción y proporciona pautas racionales que reducen el riesgo de que la determinación del carácter arbitrario de una medida sea, paradójicamente, el resultado de un juicio arbitrario” (2013: 595).

Como se procederá a evidenciar a continuación, la denominada prueba o juicio de igualdad conlleva un examen crítico y objetivo para con una disposición jurídica en concreto; y, como antes se señaló, para una mejor comprensión práctica, el análisis se enfoca desde la perspectiva de limitaciones a la igualdad entre nacionales y extranjeros, cuando ello conlleva discriminación negativa para uno de esos grupos, especialmente los extranjeros. Debiendo tener presente lo que antes ya se indicó en cuanto al significado de parámetro, al tenor del Diccionario de la Real Academia Española, para los efectos de comprender dicho test o juicio, precisamente, como una pauta o directriz de análisis de una situación.

Reiterándose que, sobre ello, nuestra Corte de Constitucionalidad, aunque ya en diversos fallos ha acudido al parámetro del test o juicio de igualdad para asumir su decisión, no siempre lo ha hecho de una manera expresa, por lo antes dicho de que la reiteración de conceptos en estos tiende a provocar lo que, a lo interno, se llama:



“Doctrina Legal”; que no es otra cosa más que la Jurisprudencia vinculante del alto tribunal constitucional.

No obstante, lo anterior, como se pasará a examinar a continuación, en cuanto a los casos concretos en los que se ha alegado una violación a la igualdad, dicha Corte, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros Tribunales a los que se citará, han utilizado dicho test o juicio de igualdad, como un parámetro de objetividad para tal efecto.

Verbi gratia:

En el expediente 1331-2005, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, en su fallo fechado 14 de febrero del 2006, al resolver una acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 2° de la Ley de Titulación Supletoria, entre otros, señaló: “se advierte que el artículo 2° de la Ley de Titulación Supletoria, se encuentra en franca contravención con lo dispuesto en el artículo 146 precitado, pues dispone coartar la posibilidad para los guatemaltecos naturalizados, de poder acceder a titular supletoriamente determinado bien inmueble, sin más argumento que el hecho mismo de no tener la categoría de guatemalteco de origen o “natural” a que se referían algunas de las legislaturas anteriores a la de 1985; ello, debido a la reserva realizada por la propia Constitución, en cuanto a que las únicas limitaciones que podrían soportar esta categoría de guatemaltecos, serían, como excepción a la regla general, las que ella estableciera al respecto[...]/[...].se advierte que la restricción a la que hace referencia la Ley de Titulación Supletoria, respecto al requisito de la nacionalidad de origen es infundado y totalmente arbitrario/[...]Estas circunstancias, por su contundencia, permiten afirmar que dicha norma es inconstitucional por los motivos alegados[...] así debe declararse” (2006: Pág. 4).



En este asunto aludido, en realidad, el interponente de la acción lo que había alegado, específicamente, era que:

En este caso, hay una discriminación pues extranjeros no pueden titular supletoriamente, lo que viola la igualdad prescrita en la Constitución”; agregando, al respecto, que: “al prohibirse a un extranjero titular supletoriamente, no se le garantiza el ejercicio del derecho de propiedad. Es decir, al extranjero se le garantiza tener propiedad privada y comprar posesión, pero no puede titular; es decir, convertir esta última posesión en propiedad privada con los requisitos de la Ley de Titulación Supletoria, porque hay una prohibición específica y discriminatoria en contra de ellos, individual y colectivamente. (2006: Pág. 1).

Sin embargo, como puede advertirse, en el caso concreto al tribunal constitucional se le sometió a conocimiento, en una forma concreta, la existencia de una discriminación legal entre nacionales -guatemaltecos- y extranjeros; sin embargo, este no hizo un análisis directo y objetivo al respecto, sino más bien se circunscribió a verificar y determinar dicha concurrencia , pero desviando su análisis a esa diferenciación entre nacionales “de origen” y nacionales “naturalizados”; y, aunque eventualmente el resultado fue el pretendido por el accionante, lamentablemente la Corte no utilizó un parámetro concreto y objetivo para arribar a la conclusión jurídica de declarar “Con Lugar” la pretensión de fondo ni cumplió, debidamente, con el principio de congruencia entre la petición y el fallo emitido; habiendo expulsado del ordenamiento jurídico guatemalteco la disposición legal impugnada por la denuncia de inconstitucionalidad, en su totalidad, con sus efectos derogatorios y *ex nunc*.

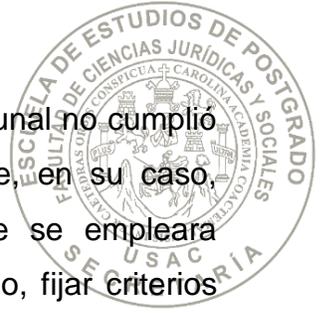
En otro caso concreto, en el expediente 534-2007, la Corte de Constitucionalidad conoció de la acción de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 926, inciso 5), del Código Civil guatemalteco, en el cual se establece, en relación con la sucesión hereditaria, que son incapaces para suceder por testamento, entre otros: *Las instituciones extranjeras, cualquiera que sea su finalidad*, habiéndose alegado que dicha norma jurídica violaba, especialmente, el derecho a la igualdad, contemplado en

el artículo 4 de la Constitución; por lo que, al respecto, se manifestó por la Corte, lo siguiente:



Es necesario señalar que el artículo 4 de la Constitución Política de la República, al determinar la libertad e igualdad, impone que situaciones iguales sean tratadas normativamente de la misma forma; pero para que el principio de igualdad rebese un significado puramente formal y sea realmente efectivo, se impone también que situaciones distintas sean tratadas desigualmente, conforme sus diferencias. Esta Corte ha expresado en anteriores casos, que este principio de igualdad hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe ni se opone a dicho principio, el hecho que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que tal diferencia tenga una justificación razonable de acuerdo con el sistema de valores que la constitución acoge[...]/[...]. Por ello se concluye en que sería contrario a la realidad nacional permitir que mediante el mecanismo de sucesión hereditaria, se incluyera como herederos a las instituciones extranjeras, reconociendo el sustento lógico-jurídico del Código Civil con tal disposición, explicitada con claridad en la exposición de motivos; por ello esta Corte con base en el análisis precedente concluye que no existe razón para que dicha norma impugnada sea expulsada del ordenamiento jurídico y consecuentemente, la presente acción debe ser declarada sin lugar, haciéndose las consideraciones pertinentes en el segmento resolutivo” (2008: Págs. 5,6).

Como puede inferirse del razonamiento expresado por dicho Tribunal Constitucional, en su último fallo relacionado, nuevamente evade hacer un análisis directo y de fondo sobre la alegada violación al derecho de igualdad entre los nacionales y los extranjeros y, por el contrario, desvía su razonamiento hacia el derecho de propiedad privada para justificar la constitucionalidad de la norma señalada. Aunque, como algo relevante, cabe señalar que, a diferencia de la sentencia anterior, en esta otra la Corte indica, a grandes rasgos, los aspectos que estima pertinente analizar, para establecer la concurrencia o no de la inconstitucionalidad denunciada; siendo estos: justificación razonable y que, a su vez, esta sea de acuerdo con el sistema de los valores que la propia Constitución acoge.



Sin embargo, igual mención merece, indicar que, a pesar de ello, el tribunal no cumplió con analizar, debida, razonada y suficientemente, tales aspectos que, en su caso, podrían constituir la base de su test o juicio de igualdad, si este se empleara taxativamente; omitiendo, de nuevo, ser expreso al respecto y, con ello, fijar criterios concretos para ello.

Asimismo, siempre en cuanto a la Corte de Constitucionalidad, a manera de referencia, cabe mencionar que, con respecto a un mismo tema y a la misma persona, en sentencia dictada dentro del expediente 280-90 se declaró sin lugar una acción de amparo; y, en sentencia emitida en el expediente 1089-2003 se acogió esta; habiéndose, en ambos casos, alegado la supuesta violación al derecho de igualdad del postulante y, en la última, sí se empleó de manera formal y expresa un test o juicio de igualdad, para su resolución.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha abordado dicho tema de la igualdad y la cláusula de no discriminación en sus diversas manifestaciones; y, para efectos del presente trabajo, específicamente en relación con los nacionales –de un país determinado- y los extranjeros, utilizando una metodología más objetiva y precisa que el tribunal constitucional guatemalteco. Estableciéndose, con claridad, los elementos que forman parte de su prueba o juicio de igualdad, para la ponderación de rigor, en dichos casos, tal como se pasará a analizar, concretamente, a continuación.

En su “Opinión Consultiva OC-4/84” de fecha 19 de enero de 1984 –que se solicitara por el Gobierno de Costa Rica-, entre otros aspectos de relevancia, la Corte manifestó:

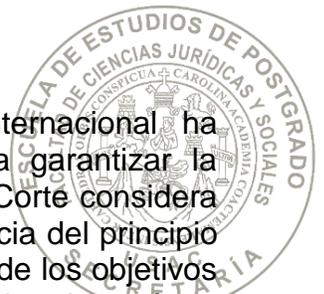
La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad humana esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por



considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza[...]/[...]. A la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar” (1984: Párr. 55, 60).

Interesante resulta que, en efecto, inicialmente la Corte hace mención expresa de lo que entiende por “igualdad” y, posteriormente, señala por qué, en el caso concreto, en cuanto a la distinción de tratamiento entre los nacionales y los extranjeros y, en especial, entre extranjeros centroamericanos y los de los otros países, no advierte una discriminación propiamente dicha, sino únicamente la distinción de tratamiento que, a su juicio, cuenta con una justificación objetiva y, a su vez, resulta razonable; y, en ese sentido, su opinión al respecto, en cuanto a esa específica circunstancia, fue de que no concurría violación alguna a la Convención Americana de Derechos Humanos y, en su caso, el *corpus iuris*; por considerar que, en todo caso, no se rebasaban los límites de la razonabilidad y de la racionalidad que, en su conjunto, tornaban legítima la medida pretendida por el Estado. Además, en su “Opinión Consultiva OC-18/03” del 17 de septiembre de 2003 –y que le fuera solicitada por los Estados Unidos Mexicanos-, la Corte expresó, en especial:

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso, los instrumentos ya citados ([...]), al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna. Este tribunal ha indicado que “[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio[...]/[...]. Generalmente, los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad[...]. con respecto a los no-migrantes (nacionales o



residentes)[...]/[...]. En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes[...]/[...]. La Corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean estas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos” (2003: Párr. 83, 112, 117, 172).

En el caso, nuevamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia a los conceptos de no discriminación e igualdad, señalando que ambos están ligados de manera compleja; a la vez que reconociendo la situación de vulnerabilidad en la que se hallan normalmente los migrantes como sujetos de derechos humanos; refiriendo que los Estados partes no pueden, por ningún argumento de consecución de los objetivos de sus políticas públicas, subordinar y/o condicionar la observancia del principio de igualdad, y no discriminación, especialmente en materia de protección de derechos fundamentales de los migrantes; opinando que, en determinadas circunstancias, la distinción de trato a los extranjeros migrantes, con respecto a los nacionales, suele resultar discriminatoria, sino se hace a la luz de criterios razonables y justificativos, debidamente objetivados.

En consecuencia, aunque de manera más directa y contundente, por referirse a un asunto contencioso, el citado Tribunal Interamericano en su sentencia de fecha 8 de septiembre del 2005 en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, argumentó:

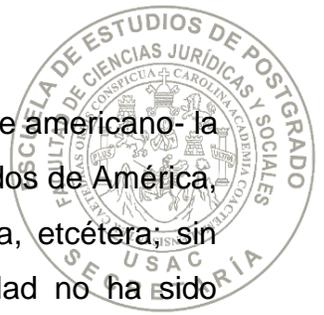
La Corte considera necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley, y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa[...]/[...]. La Corte considera que al haber aplicado a las niñas, para obtener

la nacionalidad, otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos y de forma contraria al interés superior del niño, lo que constituyó un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad, en cuanto al ejercicio y goce de sus derechos[...]/[...]lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad. (2005: Párr. 155, 166, 174).

Y, para arribar a sus conclusiones, sobre la violación o no al principio de igualdad ante la ley, y no discriminación, especialmente en los casos contenciosos, la Corte ha empleado, como parámetro, un test o juicio de igualdad, de manera expresa; el cual, según el autor y jurista Najman Alexander Aizenstatd Leistenschneider en el artículo *denominado Medir con la Misma Vara: Parámetros Generales de Escrutinio Judicial para la evaluación de limitaciones al derecho constitucional a la Igualdad*, contenido en la Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, V. 58 es el siguiente:

a) Supuestos de hecho sustanciales y relevantes diferentes; b) Fin legítimo; c) Justificación objetiva y razonable; d) Proporcionalidad razonable y objetiva entre los medios empleados y el objetivo, cuya realización se persigue”. Agregando este, que: “en ocasiones en que el grupo afectado ha sido históricamente discriminado o es especialmente vulnerable por sus características intrínsecas la Corte ha establecido una categoría especial, denominada ‘prohibida’ o ‘sospechosa’ a la cual le debe aplicar un estándar de protección más estricto (2009: 46).

Aunque por limitaciones a la extensión del subtema no es factible abordar cada uno de los aspectos ya relacionados en el test precitado, relevante resulta evidenciar que dicho tribunal interamericano sí ha utilizado, como jurídicamente corresponde, el test específico como parámetro para determinar la existencia de un trato igual o desigual que, por las particularidades, tienda a provocar una discriminación injustificada e irrazonable; lo cual, a su vez, también debe decirse que recurrentemente ha explicitado

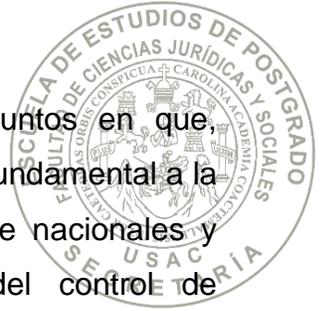


la Corte Europea de derechos humanos, así como también -en continente americano- la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, etcétera; sin embargo, en nuestro caso en particular, la Corte de Constitucionalidad no ha sido expresa y conteste en cuanto a emplear un parámetro concreto para tal efecto y cuando lo ha pretendido hacer no lo ha desarrollado como en derecho correspondería, lo cual, a su vez, ha tendido a provocar incertidumbre y ausencia de fundamentación suficiente, objetiva y razonable, provocando con ello un evidente vacío de juicio en dichas decisiones e falta de certeza al respecto.

Por ende es importante que, a manera de parámetro racional, el test o juicio de igualdad sea empleado en cada decisión en la que se encuentre de por medio la afectación del Derecho Fundamental a la igualdad y la no discriminación; ya sea que la afectación al mismo se examine por vía del control de constitucionalidad o por medio del control de convencionalidad, porque el propósito será, en ambos, precisamente este; es decir: posibilitar la toma de decisiones racionales que, a la vez, sean razonables y legítimas.

De igual manera es evidente que el test o juicio de igualdad a la vez de que sirve para determinar la legitimidad o no de una disposición o decisión jurídica que conlleva a un trato distinto, también tendrá importancia para establecer, a su vez, la legalidad y validez constitucional así como convencional -según el caso-, del fallo emitido al respecto; o sea, de la sentencia que se emita como producto del debido ejercicio de tales controles y, de allí, la importancia de comprender dicho juicio o test como un parámetro para estos.

Y es por ello que, al igual que con respecto al principio y test de proporcionalidad, en el ámbito nacional, así como en el internacional, puede afirmarse la legitimidad de



emplear el llamado juicio o test de igualdad para resolver los asuntos en que, específicamente, se esté afectando o pretendiendo afectar el Derecho Fundamental a la igualdad y a la no discriminación; en el ejemplo: especialmente entre nacionales y extranjeros. Ya sea que, ello se haga mediante el ejercicio del control de constitucionalidad, o bien por medio del obligado control de convencionalidad *ex officio*. En virtud de que, como quedó señalado, a lo interno ya existe jurisprudencia que así lo autoriza y, a la vez, ya hay precedentes sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos utilizando dicho test, como parámetro racional que permite advertir la concurrencia de validez y de legitimidad en la disposición legal o la decisión jurídica objeto de tales controles.

Claro está que, si bien es cierto el enfoque práctico que se le ha dado al subtema en este trabajo de tesis doctoral, ha sido en relación con igualdad, o discriminación, entre nacionales y extranjeros, así también lo es que, como se advirtió oportunamente, ello lo ha sido en función de expeditar una mejor comprensión de la utilidad de emplear ese test o juicio de igualdad cuando, en efecto, se esté examinando la constitucionalidad o convencionalidad de una desigualdad, partiendo de la cláusula de no discriminación; lo cual es pertinente y razonable llevar a cabo en relación con todas aquellas medidas jurídicas que la impliquen.

4.4.3. Margen de apreciación nacional

Por último, y como antes se señaló, circunscrito específicamente al ejercicio del control de convencionalidad, concretamente en su vertiente concentrada; es decir, la que se lleva en sede internacional, directamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, también existe la doctrina -o técnica como algunos doctrinarios le denominan- del llamado “Margen de Apreciación Nacional”, como parámetro empleado para su ejercicio.



Al respecto, como generalidades y definición preliminar de conceptos, para su posterior comprensión, se determinó que, a nivel internacional, específicamente por parte del Tribunal Europeo de derechos humanos o la Corte de Estrasburgo, como también se le denomina, se ha dado en llamar como *Margen de Apreciación Nacional* a esa cierta posibilidad de valoración discrecional de los Estados partes –del Convenio Europeo de derechos humanos– especialmente en cuanto a la restricción de determinados derechos fundamentales; partiendo, entre otros aspectos, de sus particularidades, especialmente culturales, atendiendo a temas relacionados, particularmente, con la moral y/o la religión, en una especie de deferencia, diálogo, cortesía o simplemente diplomacia para con estos.

García manifiesta lo siguiente: “Se funda en una diplomática deferencia que deja el enjuiciamiento de algunas interferencias en manos de los Estados en ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas nacionales. Su aplicación posee una acusada concreción o dependencia del contexto” (2014: 901).

Pudiéndose ver que, en concreto, esta doctrina –o técnica como también diversos autores le denominan- realmente consiste en una autocontención del respectivo Tribunal, en este caso especialmente del Europeo de los derechos humanos, para no inmiscuirse en el juzgamiento de aquellos casos en los que, por su propia soberanía y, a la vez, por sus obligaciones internacionales, les correspondería a los Estados partes la protección de los derechos humanos de su población, a través de sus órganos internos, conforme a sus competencias y políticas públicas. Tendiéndose, con dicha doctrina o técnica, de manera subsidiaria, a trazar la diferenciación entre los asuntos que deben decidir las autoridades nacionales y aquellos que, eventualmente, sí deberán armonizarse y abordarse a nivel internacional –europeo–; fijándose los estándares mínimos y comunes para tales efectos.

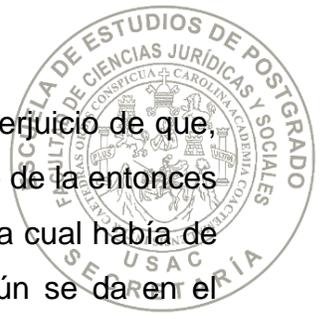


Lo relevante consiste en establecer como esa técnica y/o doctrina se utiliza, en especial por la Corte de Estrasburgo –y eventualmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, como un parámetro idóneo de razonabilidad para determinar la legitimidad de restricciones o limitaciones a libertades y derechos fundamentales; partiendo, en efecto, de esa apreciación nacional que, a lo interno del Estado de que se trate, se le ha dado al fenómeno regulado, a través de la medida jurídica y/o política adoptada en sede nacional.

Por lo que, independientemente de lo que ya se ha manifestado con anterioridad, cabe señalar que, en cuanto al llamado Margen de Apreciación Nacional, definitivamente que el desarrollo y la aplicación de dicha doctrina o técnica, no ha sido el mismo en el ámbito del Sistema Europeo de derechos humanos con respecto al del Sistema Interamericano, ambos con sus respectivos tribunales internacionales: el Tribunal Europeo de derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente.

En virtud de lo anterior, la interpretación y la jurisprudencia que, con mayor énfasis, se abordará para los efectos de evidenciarse el parámetro en cuestión es la del Tribunal Europeo de derechos humanos –o Corte de Estrasburgo-, relegando, por lo mismo, a un segundo plano la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por, prácticamente, resultar inexistente en cuanto a aplicación e invocación expresa de esa doctrina o técnica.

En ese sentido, cabe resaltar que dicha doctrina o técnica no encuentra asidero alguno, expreso, en el propio Convenio Europeo de los derechos humanos, porque no aparece regulada explícitamente en este; es decir, no tiene carácter normativo, sino más bien, por el contrario su origen es eminentemente jurisprudencial, toda vez que ha surgido y se ha sustentado directamente por el Tribunal Europeo de derechos humanos, en los



casos contenciosos que han llegado a su conocimiento y decisión, sin perjuicio de que, con antelación a ello, inicialmente se hiciera invocación de esta por parte de la entonces Comisión Europea de Derechos –Humanos-, hoy ya desaparecida (y a la cual había de acudirse previamente a hacerlo ante dicho Tribunal Europeo, como aún se da en el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con la Comisión Interamericana de derechos humanos), especialmente en el denominado “Caso Lawless”; mediante el fallo que se pronunciara en fecha 1 de julio de 1961.

Lo anterior cobra relevancia partiendo de que, en consecuencia, tal doctrina o técnica es el fruto y/o producto de la constante resolución de casos y jurisprudencia sentada por el aludido Tribunal Internacional; teniendo como base el reconocimiento a una diversidad y pluralismo jurídico, propio de cada uno de los Estados partes del Convenio que sirve de fundamento principal a la labor jurisdiccional de este; siendo que, como ya es sabido, cada Estado, no obstante, de contar con rasgos comunes a los demás, tiene su propia realidad jurídica, política, económica, social, religiosa, etcétera; y, partiéndose de ello, se ha tomado en cuenta que el Derecho, en cuanto tal, no puede ser aplicado e interpretado en general, o en abstracto, ignorándose precisamente esa realidad, aunque todo ello con la medida que conlleva cuando de derechos fundamentales se trata, puesto que, en ese contexto, sí cabe sentar lo que, comúnmente, se ha llamado: estándares internacionales.

Sobre este tema en particular y a manera de evidenciarse en cuanto a qué se dirige, en especial la invocación y la aplicación de dicho margen, en su interpretación, la autora Marcela Rita Ortiz Torricos en su obra titulada *El dialogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales de la Región Andina y el Tribunal Europeo de derechos humanos. Hacia un derecho americano y global de los derechos humanos*, menciona lo siguiente:



Uno de los ámbitos donde se ha profundizado y es más amplio el margen de apreciación nacional es en la moral, que se constituye como un límite al ejercicio de cualquier derecho en forma restrictiva, campo en el que las autoridades nacionales están más capacitadas que las jurisdiccionales del TEDH, para fijar el concepto de moral. (2014: 335).

Y, como ejemplo de ello, la autora en mención, relaciona la sentencia de fecha 25 de noviembre de 1996, pronunciada en el *Caso Wingrove*, en la que, en su párrafo 58, al conocer y resolver, dicho Tribunal Europeo de derechos humanos manifestó lo siguiente: “se deja un mayor margen de apreciación a los Estados contratantes que juzguen la libertad de expresión sobre cuestiones susceptibles de ofender convicciones íntimas, en el ámbito de la moral y, especialmente, de la religión. (2014: 335, 336).

Claro está que, como lo refiere la aludida autora:

“tratándose de la moral, debe tenerse presente que la doctrina del ‘margen de apreciación nacional’, tiene sus propios y naturales límites, porque no está para convalidar ilegalidades y violaciones a los derechos, so pretexto de la realidad nacional[...] en estos casos no se puede pensar que, por la realidad, costumbres o normas de un determinado lugar, sea viable la doctrina del ‘margen de apreciación nacional’” (2014: 336).

Lo abordado en el párrafo precedente, reviste trascendental importancia, puesto que es precisamente ello lo que más se le critica y cuestiona a dicha técnica o doctrina, porque, a criterio de variados juristas y/o filósofos, la utilización de una herramienta como esta, provoca que el propio órgano internacional llamado a garantizar la protección irrestricta de los derechos humanos, se inhiba de hacerlo y, para ello, se justifique remitiendo a la decisión adoptada, al respecto, por el órgano competente -a lo interno- del Estado de que se trate; produciendo con ello un alto grado de discrecionalidad que, en circunstancias concretas, puede devenir en una arbitrariedad; y provocando, de tal forma, una sensación de inseguridad jurídica y de imprevisibilidad del respectivo resultado en el litigio incoado.



Sin embargo, no obstante, ello, como ya se ha anotado, debe tenerse en cuenta que ese margen reconocido a los Estados partes no lo es absoluto, sino más bien obedece al análisis llevado a cabo por el propio Tribunal, con el propósito de establecer si la medida adoptada en el ámbito interno del Estado obedece a determinados patrones culturales, religiosos o de otra índole, que le son propios y, a la vez, también reúne las condiciones de idoneidad y necesidad que la hacen estrictamente proporcional, para con los medios empleados y con respecto a la obtención de los fines propuestos con esta.

Es decir, la aceptación y el reconocimiento de ese margen de apreciación, no obedece a razones antojadizas del Tribunal, sino más bien son la consecuencia de un examen de razonabilidad que se haya materializado al resolver el caso; lo que, a la vez, provoca que este se abstenga de formular pronunciamiento de fondo alguno en cuanto a la validez y legitimidad de la decisión adoptada al respecto en la sede nacional, como parte de ese mismo reconocimiento y del control de convencionalidad, realizado.

En tal orden de ideas, Marrama, al abordar el análisis de dicha doctrina del margen, manifiesta que esta cuenta con argumentos a favor y también en contra; destacando, dentro de los primeros:

a) [...]que los actores nacionales están en mejor posición que los tribunales internacionales para resolver determinadas problemáticas; b) [...] c)[...] d) [...] a que los tribunales internacionales tienen un conocimiento deficiente o inexacto de las particularidades históricas, culturales, sociales, económicas o jurídicas de un determinado Estado. El pluralismo local, la diversidad de opciones culturales, sociales, económicas –entre otras– de los Estados parte de un tratado internacional, abogan por una especial prudencia de los tribunales internacionales a la hora de resolver determinadas controversias; e) la legitimidad democrática en la toma de decisiones, que actúa en favor del uso de la doctrina del margen en la medida en que determinadas decisiones de alcance general deber ser adoptadas por los ciudadanos o por sus representantes electos, a través de un proceso de discusión pública; f) [...]la utilización de la doctrina del margen por tribunales internacionales evita confrontaciones poco útiles entre tribunales nacionales e internacionales, favorece la cooperación entre ambas instancias de control, la aplicación interna de las normas internacionales y la posterior ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales. (2016: 10).



Y, en cuanto a los argumentos en contra de dicha doctrina, menciona los siguientes:

a) que esta técnica sería abiertamente contraria a la propia idea de universalidad de los derechos humanos, en la medida en que permitiría a los Estados determinar el alcance de estos e impediría a los particulares acceder a los niveles de garantía que les reconocen los textos internacionales ratificados por sus Estados. La utilización de esta técnica estaría erosionando, en beneficio de cierto relativismo cultural, la consecución de un mínimo estándar de protección de los derechos humanos, que habría quedado reflejado en los numerosos textos internacionales en la materia; b) que los tribunales internacionales utilizarían la doctrina del margen de apreciación nacional para evitar cumplir las obligaciones jurisdiccionales que han asumido, negando a determinados particulares su derecho a un pronunciamiento en el que se determine si se ha producido o no una violación de los derechos humanos; c) [...]deficiente configuración jurisprudencial de esta doctrina, que impide a los operadores jurídicos conocer, con ciertas dosis de previsibilidad, cuál será el desenlace de un litigio planteado ante un tribunal internacional. En este sentido, se ha señalado que a menudo un observador no sabe con la suficiente seguridad jurídica cuándo el TEDH va a usar el margen ni con qué resultados y esa falta de previsibilidad debería ser un elemento por desterrar a través de una labor de sistematización” (2016: 11).

Ahora bien, importa para los fines de la presente tesis doctoral relacionar, de una forma somera atendiendo a los objetivos de este, la interpretación, la invocación y aplicación que por los tribunales internacionales antes mencionados se ha hecho con respecto a la doctrina y/o técnica del margen de apreciación nacional, en su jurisprudencia sentada en los distintos fallos emitidos dentro del ámbito de sus competencias, ya sea esta de carácter consultivo y/o contencioso; con el fin de arribar a las conclusiones pertinentes.

Reiterándose que, sobre esa materia, ha sido el Tribunal Europeo de derechos humanos el que más se ha fundamentado al resolver, en contraposición a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido renuente en aceptar, expresamente, dicha doctrina; prefiriendo, al contrario, fijar pautas o directrices que, desde el concepto de los Estándares Internacionales, deben aplicarse y observarse por

los Estados, en general, desarrollando en ese sentido y desde esa base, su denominada doctrina del control de convencionalidad.



Tribunal Europeo de derechos humanos:

Entre otros tantos fallos, se citan especialmente los siguientes:

- a) Sentencia del “Caso Tremblay contra Francia”, de fecha 11 de septiembre del 2007: se refiere al derecho a la vida y a la prohibición de malos tratos; y, en este caso se cuestionó la prostitución como trato degradante, pero en su sentencia el Tribunal reconoció un cierto margen de regulación del fenómeno, habiéndose puesto por delante la inexistencia de un consenso normativo sobre el carácter degradante de la prostitución y, por ello, la imposibilidad de formular pronunciamiento al respecto.
- b) Sentencia del “Caso Hauschildt contra Dinamarca”, de fecha 24 de mayo de 1989: alude al derecho a un tribunal independiente e imparcial; y, en su fallo, la Corte de Estrasburgo señaló que, en efecto, por ese margen de apreciación nacional, con la acumulación de funciones –de instrucción y juzgamiento- en un solo juez, no se incurre en violación alguna; porque, en todo caso, deberá de determinarse caso por caso si en realidad concurre conculcación alguna.
- c) Sentencia del “Caso Ebru Tayfun Colak contra Turquía”, del 30 de mayo del 2006: se aborda el derecho a la vida privada y familiar; y, a través de esta el Tribunal Europeo reconoció el margen de apreciación y consideró que era compatible con el Convenio Europeo de derechos humanos que los Estados no prevean medios jurídicos para obligar a los supuestos padres naturales a someterse a pruebas de determinación y verificación del “ADN”, aun cuando se reconoce que regulaciones domésticas deben ordenar un justo equilibrio de intereses con los derechos de quienes ejercen la acción de filiación –padres biológicos-.
- d) Sentencia del “Caso Leyla Sahin contra Turquía”, de fecha 10 de noviembre del 2005: se refiere al derecho de libertad religiosa; y, en su sentencia el Tribunal



Europeo de derechos humanos se circunscribió a convalidar la decisión del Tribunal Constitucional turco que, en su sentencia, había sostenido la prohibición del llamado “velo islámico” y otros atuendos religiosos en las universidades y a la vez le había prohibido a la afectada realizar un examen y matricularse para su ingreso en la facultad de medicina. Habiéndose, por parte del Tribunal o Corte de Estrasburgo, invocando tal margen de apreciación nacional, manifestando que la reglamentación de la vestimenta en la Universidad de Estambul era una medida necesaria; pero, sin proferir una mayor fundamentación del tema.

- e) Sentencia del “Caso Py contra Francia”, de fecha 15 de diciembre del 2000: se alude al derecho de sufragio en las elecciones libres; y, por medio del fallo, se revisaron las elecciones y el derecho de sufragio activo al parlamento de Nueva Caledonia, un territorio francés en el que se reclamaba el deber de residencia como requisito electoral para ejercer ese derecho. Habiendo, al respecto, el Tribunal Europeo de derechos humanos reconocido un amplio margen de apreciación nacional para la regulación de requisitos como este.

Pudiéndose observar, con el recuento anterior de fallos citados, que por parte del Tribunal Europeo de derechos humanos constantemente se recurre a la invocación y la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, al conocer de casos sobre diversos temas, tales como: la vida, el debido proceso, la intimidad, como la libertad religiosa, libre asociación, el derecho a contraer matrimonio, de propiedad, de instrucción, de sufragio; etcétera. Advirtiéndose, en cada caso en particular de los precitados y en los que se ha hecho uso de la referida técnica, en palabras del autor Javier García Roca, una especie de deferencia hacia la garantía nacional, según lo ampliamente analizado por este en su obra denominada: El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos: soberanía e integración. (2010).

Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Como antes se manifestó, la invocación y la aplicación de dicha doctrina del margen de apreciación nacional, por parte de este otro Tribunal Internacional es mucho menor a la de su homólogo europeo, al extremo de que algunos autores estiman que, en realidad, dicha Corte Interamericana nunca ha hecho uso de esta en su jurisprudencia. No obstante, se citan los siguientes casos en los que, se dice, que sí se ha aplicado esta:

- a) Sentencia del “Caso Castañeda Gutman contra México”, del 6 de agosto del 2008: en esta, según diversos autores y juristas, la Corte Interamericana –aún en contradicción de su propia jurisprudencia anterior, sustentada en la sentencia ya emitida en el “Caso Yatama contra Nicaragua”, de fecha 23 de junio del 2005- aceptó que la dirección del gobierno y la actividad democrática interior le correspondía, con exclusividad, al respectivo Estado; es decir, en este caso, al mexicano. Ello, independientemente del contenido de fondo de la decisión asumida por la propia Corte que, como mencionamos con anterioridad, fue condenatoria para el Estado.

- b) Opinión Consultiva identificada como “OC-04/84”, de fecha 19 de enero de 1984: a través de esta la Corte señaló la existencia de los límites de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto a la definición de las reglas sobre la nacionalidad y nacionalización, refiriéndose a la posibilidad de que se otorgara la naturalización, como medio para adquirir la ciudadanía; y, en ese sentido, señaló que es al Estado -en este caso, a Costa Rica- que va a conceder la nacionalización al que le compete apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla sí esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente; agregando el que, la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización, sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla, conforme a su propia realidad nacional; reconociendo, en este sentido, la facultad discrecional del Estado al respecto. Aunque, como se



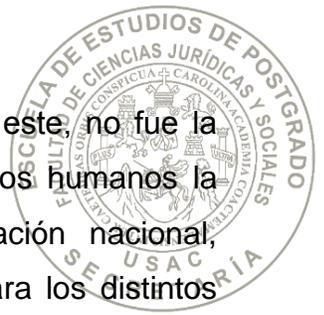
advierte, dicho criterio fue expresado por la Corte por medio del análisis efectuado con ocasión de una Consulta realizada.



No obstante, lo anterior, existen diversos juristas y, entre estos, el chileno Claudio Nash Rojas, que afirman que la aplicación de la mencionada doctrina, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solo lo es en apariencia, no obstante, de que, en algunos de los casos citados por este, dicho tribunal interamericano ha sido expreso; aunque, como ya se ha dicho, lo ha hecho en asuntos no contenciosos y, eventualmente, sin pretender establecer, al respecto, un estándar internacional con carácter vinculante.

Y, en dicho sentido, relaciona diversos casos que ahora devienen oportuno individualizar:

- i. “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”: señala que en el fallo del caso, si bien es cierto que la Corte hizo mención de un “margen nacional de apreciación”, así también lo es que, a su vez, indicó que para regular el ejercicio de los recursos o impugnaciones no pueden imponerse restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir las sentencias; es decir, lo utilizó, pero en contrario. Siendo pertinente mencionar que este caso toma en cuenta la necesidad de regular a lo interno, una adecuada revisión de segunda instancia.
- ii. “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”: refiere que, aunque la Corte nuevamente hace alusión a dicho margen de apreciación nacional, respecto del diseño de los sistemas procesales penales, también a la vez señala que, para ello, debe cumplirse con determinados requisitos mínimos, de acuerdo con las garantías preestablecidas en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, según el Principio Pro Actione, que tiende a privilegiar el derecho a impugnar.

- 
- iii. “Caso Efraín Ríos Montt vs. Guatemala”: menciona que, en este, no fue la Corte, sino más bien la Comisión Interamericana de derechos humanos la que en efecto aplicó la doctrina del margen de apreciación nacional, reconociendo la variabilidad de las reglas de elegibilidad, para los distintos cargos de elección popular; y, que con ello se hace notorio que la oposición es de parte de la Corte.

Los anteriores y otros casos más, son referidos por el autor chileno en su artículo: “La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, concluyendo en que dicho Tribunal, en realidad, no ha hecho un uso formal y expreso de esta y que, en todo caso, el empleo del término tiene alcances diferentes a los que, por su parte, se le han asignado comúnmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Corte de Estrasburgo.

Como puede colegirse de lo anterior, cada uno de los tribunales antes referidos – Tribunal Europeo de derechos humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, ha venido desarrollando y evolucionando junto a su jurisprudencia y en congruencia de las particularidades de la región en la que ejercen su respectiva función jurisdiccional; y, en dicho sentido, mientras el Tribunal Europeo se ha dedicado a implementar su doctrina del margen de apreciación nacional como una cierta deferencia diplomática para los Estados partes del Convenio Europeo de derechos humanos, la Corte Interamericana, por su parte ha hecho lo propio en cuanto a la llamada doctrina del control de convencionalidad, a través de la cual persigue la implementación de los estándares de aplicación general.

Siendo notorio el que la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, por parte de la Corte de Estrasburgo conlleva el reconocimiento de discrecionalidad soberana a los Estados partes del Convenio Europeo; en atención de la diversidad



cultural –entre otros aspectos- de estos. Suponiendo, a la vez, el que dicho tribunal se abstenga de pronunciarse sobre la procedencia, o no, de fondo, derivando en la convalidación del acto o decisión estatal cuestionada, como una deferencia diplomática hacia este.

En cuanto a la reticencia por la Corte Interamericana, de emplearse, expresamente, esa misma doctrina, la percepción es que, al respecto, los propios órganos de control a nivel interamericano –en especial el tribunal en referencia- no tienen confianza en delegar y/o convalidar la regulación de asuntos relacionados con los derechos fundamentales, a los órganos internos de cada Estado parte de la Convención Americana; y, por el contrario, actualmente se prefiere procurar que exista uniformidad en la observancia y protección de estos, a permitir que sea el Estado el exclusivamente obligado de proveer dichas garantías; prefiriendo que lo hagan los Órganos del Sistema, a pesar de ser subsidiarios.

Sin embargo, por el contrario, aunque de igual forma no de manera explícita, se advierte cierta aplicación del Margen de Apreciación Nacional por dicho Tribunal Interamericano en cuanto al control judicial difuso de convencionalidad, específicamente en relación con las competencias y a los procedimientos internos de cada uno de los Estados partes; y, aunque ello puede, eventualmente, provocar falta de certeza al respecto, se parte de que es un parámetro empleado por dicha Corte, en deferencia o consideración de estos.

4.5. Generalidades sobre su ejercicio en Guatemala

En Guatemala, en cuanto al precitado control de constitucionalidad, ab initio, se había intentado instaurar un sistema de control por medio de la implementación de la Corte de



Constitucionalidad preestablecida por la Constitución del año 1965, que resultaba ser un tribunal no permanente y que en su caso exclusivamente se constituiría ante la existencia de un planteamiento de esa naturaleza y, a su vez, estaba integrada de manera ad-hoc.

Al respecto, el autor Mynor Pinto Acevedo -recién fallecido- en su obra *La Jurisdicción Constitucional en Guatemala*, menciona lo siguiente:

“El proyecto aprobado por el III Congreso Jurídico Guatemalteco sirvió de marco de referencia a los constituyentes de 1965, quienes incorporaron el Tribunal Constitucional con el nombre de Corte de Constitucionalidad (Arto. 262), de carácter transitorio, y no autónomo, integrado por doce magistrados, incluyendo al presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien lo presidía, cuatro magistrados de esta y los siete restantes por sorteo global que se practicaba entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo” (1995: 26).

No obstante, lo anterior, no fue, sino hasta en la Constitución Política de la República de Guatemala, de 1985, que en realidad se estableció un Tribunal Constitucional de carácter permanente, con competencias definidas, aunque siempre con el nombre de Corte de Constitucionalidad, así como un modelo mixto de justicia constitucional de control judicial de constitucionalidad, teniendo matices del control concentrado y del difuso, pero siempre la “última palabra”, en ambos casos, por parte del precitado alto tribunal, ya sea en única instancia -como control concentrado- o bien en apelación -en control difuso- dependiendo del planteamiento general o bien de su interposición en un caso concreto.

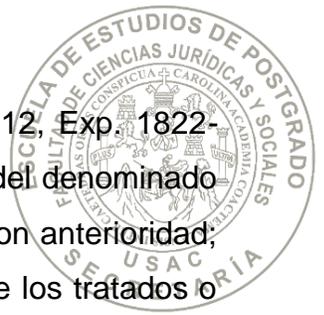
Es así como, a lo largo de más de tres décadas se ha ejercido en el Estado de Guatemala un control de constitucionalidad hasta cierto punto híbrido; es decir, de forma mixta; sea por los jueces de la jurisdicción ordinaria en función de tribunales constitucionales o bien por la propia Corte de Constitucionalidad, según el caso y sus

respectivas competencias; descartándose, a mi personal parecer, la existencia de un sistema dual en nuestro país.



Recordando que, a pesar de que el control de constitucionalidad, en términos generales, se ha llevado a cabo para corroborar la compatibilidad de cualesquiera normas jurídicas jerárquicamente menores a la Constitución y esta misma, sin que ello implique realmente un problema mayor de aplicación y de interpretación jurídica; no ha sucedido lo mismo cuando se ha cuestionado la supremacía constitucional con respecto a los tratados o los convenios internacionales sobre materia de derechos humanos, atendiendo a que estos, según el artículo 46 de nuestra Constitución deben prevalecer sobre el derecho interno, aunque, a su vez, el artículo 204 –y, en su caso, el 175- de esta, establece el deber de observar que nuestra Constitución deberá tener preminencia sobre cualquier ley y/o tratado, pero en términos generales y sin hacer discriminación o diferenciación alguna.

Lo anterior ha sido motivo de múltiples discusiones y criterios jurisprudenciales, a lo largo de la historia de nuestro Tribunal Constitucional; el cual, como ya se dijo, no siempre ha tenido coherencia, continuidad y permanencia en su perspectiva al respecto; al extremo de que, dependiendo de la conformación de este, en ocasiones ha determinado que la Constitución es superior, inclusive a tales Tratados, en otras que los convenios son los superiores y, en unas más, que ambos están al mismo nivel de jerarquización, partiendo de que la Constitución Política no puede estar comprendida en esa dicción de derecho interno y que por lo mismo la Constitución y Tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía normativa y, por ende, supremacía jurídica por sobre todo el resto del ordenamiento jurídico guatemalteco e, inclusive, sobre los demás tratados y/o convenios internacionales ya ratificados, pero que no se refieran a tales derechos fundamentales.



Reiterándose que fue en la sentencia de fecha 17 de julio del año 2012, Exp. 1822-2011, que la Corte de Constitucionalidad, por medio de la introducción del denominado Bloque de Constitucionalidad, dio por concluida discusión relacionada con anterioridad; toda vez que, por la vía jurisprudencial, fijó el criterio consistente en que los tratados o convenios internacionales de derechos humanos también serán parámetros de la constitucionalidad.

Porque, con anterioridad, la Corte de Constitucionalidad se mostraba renuente a aceptar que, dichos instrumentos internacionales en materia en derechos humanos se utilizaran como parámetros objetivos para determinar y controlar la constitucionalidad de las demás normas internas del Estado y, en su caso, de todos los actos del poder público en general.

A manera de ejemplo de ello, se cita el fallo del 26 de marzo de 1996, dictado dentro del Exp. 334-95, en el que, dicho Tribunal Constitucional, en su parte conducente, determinó: “al analizar la violación del artículo 46 que invoca el accionante, se concluye que dicha disposición tampoco se ha violado con la emisión del artículo impugnado, pues en aquel únicamente se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tiene preeminencia sobre el derecho interno. Es decir, que en presencia de un eventual conflicto entre normas ordinarias del orden interno y los tratados y convenios[...] derechos humanos prevalecerán estos últimos, pero como ya se dijo[...] no son parámetros de constitucionalidad”.

Siendo menester reiterar que, a partir del reconocimiento e incorporación del tal bloque y por sus efectos procesales, el control de constitucionalidad, ya sea en caso concreto y/o de manera abstracta y general, también puede llevarse a cabo en confrontación con los tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos; terminando,

con ello, la Corte de Constitucionalidad, las discrepancias e incertidumbre anteriores sobre el tema, independientemente que ello se comparta o no; porque, para algunos tratadistas ello conlleva a la implícita reforma constitucional ilegítima, que incluso es indeterminada.



Lo anterior, si bien es cierto, tiene una connotación directa y específica en cuanto a dicho control de constitucionalidad, para los efectos y fines del presente trabajo, repercute en cuanto al análisis del control de convencionalidad a lo interno de Guatemala y en especial en lo relativo al que se practica en el ámbito estrictamente judicial, por: “todos los jueces”.

Y, como antes se ha indicado, en cuanto a los orígenes y evolución jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad emanada de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Guatemala como Parte del Pacto de San José también está obligado y es responsable internacionalmente de la implementación y aplicación de dicho control por todas sus autoridades y en especial por sus jueces. Siendo oportuno recordar que, inclusive, fue precisamente en un caso contencioso llevado ante la citada Corte en contra del Estado de Guatemala – *Myrna Mack Chang contra Guatemala* - en el que, a partir de un Voto Razonado del juez Sergio García Ramírez, se empezó a gestar y difundir el concepto de control de convencionalidad, cuya aplicación venía dándose, de hecho, desde el primer fallo de dicho Tribunal Interamericano contra Honduras, en 1988.

Ratificando que, si bien es cierto ambos controles judiciales -de constitucionalidad y el de convencionalidad-, a pesar de tener ciertas similitudes, parten de supuestos y parámetros diferentes; y, en efecto, en ello radica la importancia de abordarlos conjuntamente en el presente trabajo, atendiendo a que, no obstante, su independencia y autonomía, pareciera que en Guatemala, en los términos referidos en el fallo de la



Corte de Constitucionalidad, al que anteriormente se ha hecho mención, dicho control de convencionalidad se legitima en atención al Bloque de Constitucionalidad, puesto que es este el que permite y jerarquiza los tratados y convenios que, en materia de derechos humanos, Guatemala ha suscrito a nivel internacional; aunque a su vez debe tenerse presente que ello obedece a fines eminentemente procesales, según el propio texto del fallo; es decir, para los efectos de poderse establecer o no la constitucionalidad de un acto jurídico determinado, y, en especial, la legislación; independientemente a su crítica por la objeción contramayoritaria.

Al respecto del control de convencionalidad, la propia Corte de Constitucionalidad ha ido sentado su jurisprudencia y doctrina legal correspondiente, siendo así como, a manera de ejemplo, recientemente en la sentencia de fecha 7 de marzo del 2018, dictada dentro del expediente No. 5181-2017, sobre el particular, manifestó expresamente lo siguiente:

Esta Corte parte de que la realización del control de convencionalidad entre normas de derecho interno y las de un instrumento normativo internacional es un control que debe realizar *ex officio* todo juez dentro de sus respectivas competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes. La viabilidad de realización de este tipo de control ya ha sido determinada, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varios de sus fallos[...] En el caso del control de convencionalidad que debe hacerse en las resoluciones judiciales en las que puedan verse afectados derechos e intereses[...] es la realización de dicho control lo que evidencia una correcta observancia de lo regulado en los artículos 44 y 46 de la Constitución. (2017: Pág. 13).

Cabe recordar y advertir, que ambos controles -constitucionalidad y convencionalidad-, funcionan simultánea e interdependientemente dentro del Estado de Guatemala y cobran especial relevancia en el ámbito judicial; al punto de que, en su caso, eventualmente tienden a confundirse y hasta a pretenderse el ejercicio del segundo por vía del primero, cuando, en realidad, este último tiene un espectro mucho más amplio y más garantista; y, a su vez, exclusivamente funciona en cuanto a la protección de los derechos humanos, mientras que el primero de estos tiende a proteger la integralidad

normativa de la ley fundamental del Estado, independientemente de que determinadas normas de esta no se refieran a derechos humanos, sino a disposiciones constitucionales de otra índole.



Determinándose que, en todo caso, si bien es cierto el control de constitucionalidad solo puede realizarse mediante las acciones judiciales respectivas, y no por todos los jueces, así también lo es que, por su parte, el control de convencionalidad debe realizarse, en general, por todos los funcionarios públicos y, en especial, por todos los jueces, sin que deba exigirse que, para ello, se inicie acción alguna de inconstitucionalidad, atendiendo a la naturaleza de la institución y a la responsabilidad internacional del propio Estado.

Como colofón, puede afirmarse que dentro del Estado de Guatemala se aplican, de forma simultánea, paralela e interdependiente, el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, especialmente en el ámbito judicial; el primero por los jueces ordinarios -excepto por los jueces de paz, en cuanto a las acciones constitucionales, propiamente dichas- y el segundo -sí- por todos los jueces -ordinarios y constitucionales- sin distinción alguna en cuanto a sus competencias: de grado, material, territorial, por cuantía, etcétera.

En cuanto al control de constitucionalidad, se ejerce de manera difusa por los jueces del poder judicial -con la salvedad antes apuntada- y de forma concentrada por la Corte de Constitucionalidad; mientras que el control de convencionalidad se aplica en forma difusa por todos los jueces del Estado de Guatemala -jueces ordinarios y constitucionales- y, en su caso, de manera concentrada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, todo ello, conforme a la Doctrina del control de convencionalidad que esta última ha ido desarrollando por medio de su jurisprudencia, con efectos

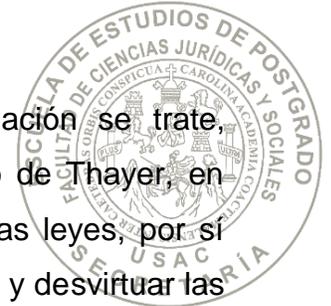
vinculantes a lo interno de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.



Mereciendo especial análisis determinar si, mediante la aceptación y el reconocimiento e incorporación del denominado Bloque de Constitucionalidad -a través del fallo de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, antes relacionado- [determinándose que los tratados y los convenios internacionales, en materia de derechos humanos, sí pueden utilizarse como “parámetros de constitucionalidad” para establecer, en esa materia, si una norma ordinaria o de menor jerarquía -o en su caso, una decisión de orden jurídico, en general- es o no constitucional], a su vez, el denominado control de convencionalidad también debe realizarse, a lo interno, de la misma manera; es decir, por medio del aludido bloque de constitucionalidad, y no de manera directa e independiente; lo cual, conforme a lo antes analizado, pareciera ser así. Sin embargo, dicha cavilación debería hacerse de una forma más detenida y en el presente trabajo de tesis doctoral no constituye su objeto.

Y, en ese sentido, desde el contexto de su aplicabilidad en el Estado de Guatemala, se puede determinar cómo se aplica y cómo influye en nuestro Sistema de Justicia dicho control, partiendo del hecho de que, en efecto, en su vertiente judicial este tiene gran relevancia en Guatemala; siendo importante determinar los medios y los procedimientos normativos y jurisprudenciales mediante los cuales es factible practicarse judicialmente, en especial a lo interno de Guatemala, atendándose las disposiciones normativas, tanto nacionales -ordinarias y constitucionales- así como también las de carácter internacional.

Reiterándose con lo anterior, la real relevancia que cobra el que, en la actualidad, aún se mantenga vigente -a pesar de los detractores- el control de constitucionalidad que ha sido confiado, especialmente, a los jueces; quienes en, todo caso, tienen el deber de



ejercerlo, en todo momento, con prudencia y, cuando de la legislación se trate, haciendo uso debido de la denominada doctrina deferente o principio de Thayer, en virtud a la presunción de constitucionalidad de que están revestidas las leyes, por sí mismas. Todo ello, a efecto de legitimar su ejercicio en el ámbito judicial y desvirtuar las críticas que, más allá de lo filosófico y lo estrictamente jurídico, parten -en ocasiones con razón- del ejercicio abusivo, arbitrario e, inclusive, hasta ilegal de dicho control, como antes ya se ha manifestado.

Como ya se señaló, quienes están llamados a ejercer dicho control, deben tener presente la importancia de la adecuada, ética y legítima interpretación subyacente, haciendo uso, en todo caso, del denominado principio de corrección funcional, para hacer valer dicho control, pero sin vaciar de contenido sustancial a los demás órganos o poderes de rango constitucional, cuyas competencias se encuentran en la Constitución Política; profundizando, en todo momento, en el asunto sub *judice*, mediante una ponderación.

Por lo que, sin perjuicio que en la actualidad el control de constitucionalidad sea objeto de críticas negativas, especialmente partiendo de su supuesto carácter contramayoritario –por ejercerse por funcionarios que, en su mayoría, no han sido electos popularmente: los jueces-, lo que no puede negarse, partiendo de todo lo anterior es la relevancia que dicha institución posee, especialmente en función del resguardo de la supremacía constitucional y la Constitución misma –guardián, en palabras de Kelsen- y, con especial importancia, cuando a la protección de derechos fundamentales se refiere.

Es por ello que, como ya se advirtió, esa trascendencia no debe obnubilarnos y llevarnos a creer ciegamente en la legitimidad de su ejercicio –; es decir, en la práctica del control de constitucionalidad-, concretamente cuando este se lleva a cabo en el

ámbito judicial; porque, conforme a lo previamente señalado, la eficacia depende, en gran manera, de la interpretación adecuada que le sea subyacente; es decir, en general el control judicial de constitucionalidad y con especial énfasis cuando se haga recaer sobre la legislación, solo será legítimo sí es el producto de una razonable, lógica y suficiente interpretación y adecuada fundamentación que exprese, claramente, las razones de quienes juzguen.

Y, a manera de colofón y reiterándose, cabe recordar que, en un sinfín de oportunidades, durante la historia –inclusive la relativamente reciente-, se ha utilizado al Sistema Judicial para llevar a cabo actos incivilizados y deleznable, en nombre de la justicia y de la ley; e, inclusive, con base en la propia ley fundamental, como sucedió, por ejemplo, con el régimen nazi al mando de Hitler. Siendo interesante que, como paradoja al respecto, cuando se juzgó a los jefes nazis por crímenes de lesa humanidad, su defensa partió, especialmente, de invocar, a su favor: la obediencia debida y, a su vez, el cumplimiento legítimo de un deber; tal como se puede corroborar con los registros hoy existentes sobre los diversos procesos incoados y, en particular, con los llamados “Juicios de Núremberg”.

Advirtiéndose que, la legitimidad de los controles -constitucionalidad y convencionalidad- dependerá, en gran manera, de la razonabilidad de la fundamentación y de un adecuado uso de los parámetros pertinentes para llevarlos a cabo, en una sociedad democrática.

Resultado que, de lo anterior, a lo largo del presente capítulo y con un enfoque particular, se ha podido determinar la importancia del ejercicio de los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, como medios de resguardo de la supremacía normativa, ya sea a nivel interno o internacional y con respecto a la Constitución y/o al Pacto de San José.

Aunado a ello, en ese orden de ideas, se comparta o no, se ha abordado la existencia de los llamados bloques, de constitucionalidad y de convencionalidad — este último, *corpus iuris* interamericano de protección de derechos humanos como también suele llamársele—su legitimidad y conformación; lo cual conlleva trascendental importancia para el análisis integral de ambos controles y, especialmente, para el estudio de fondo que conlleva el presente trabajo de tesis doctoral, porque, junto a la norma principal que los fundamenta permiten la eventual determinación de una inconstitucionalidad o una inconvencionalidad.

Asimismo, se ha hecho énfasis en que un adecuado y objetivo ejercicio de los controles, necesariamente debe partir de una debida interpretación subyacente de la normativa que les es aplicable y que les sirve para controlar la compatibilidad, sea esta formal o material, entre las decisiones jurídicas cuestionadas y las disposiciones supremas y sus bloques.

Por último, ha quedado evidenciado como, a través de parámetros objetivos y racionales, puede materializarse un adecuado ejercicio de ambos controles, desde proporcionalidad, así como igualdad, y no discriminación, hasta el margen de apreciación nacional para el caso del control de convencionalidad, específicamente en sede internacional. Para poder culminar coligiendo la forma en la que, a lo interno del Estado de Guatemala, se realizan dichos ejercicios, partiendo de la jurisprudencia tanto nacional, así como la internacional.

Siendo pertinente, en ese sentido, la confluencia de todo lo anterior, antes de pasar al tema de fondo de la presente investigación; porque solo mediante una base sólida como la que se ha pretendido establecer, se podrán entender las similitudes y diferencias que existen, precisamente, entre la inconstitucionalidad e la inconvencionalidad, resultantes de sus subyacentes controles de compatibilidad normativa y de una debida interpretación.



Pudiéndose determinar que, en efecto, un adecuado uso de tales controles: es decir, del de constitucionalidad, así como el de convencionalidad, respetando las formas, así como su sustancia, a la postre nos proveerán de sociedades democráticas estables; en las que, como cuestión indisponible se respeten los derechos humanos de las personas, estén constitucionalizados o no, partiendo del principio de dignidad que tienden a proteger.

Mereciendo especial atención el caso de Guatemala, en el que, como se logra advertir, pareciera que el control de constitucionalidad sirve, a su vez, para el cumplimiento de la obligación internacional de ejercer el control de convencionalidad; todo ello, partiendo de la confusión que, al respecto, puede traer consigo el bloque de constitucionalidad, debido a que, por conducto de este, se tiende a controlar la constitucionalidad de normas y/o actos del poder público que atentan contra los tratados y/o convenios internacionales en materia de derechos humanos; empleando estos como parámetros de constitucionalidad.

Debiéndose, en todo caso, partir de una lógica y razonable interpretación que, a su vez, tienda a la conservación de los actos, mediante su adecuación a los preceptos de orden constitucional y/o convencional; y que, en todo caso, respete las formas, pero, a su vez, privilegie, por encima de ellas, la sustancia de los derechos humanos en una democracia.





CAPÍTULO V

5. INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD SIMILITUDES Y DIFERENCIAS

5.1. Prolegómenos

Teniendo como fundamentos subyacentes suficientes, todo lo abordado en los capítulos previos, se pasa a analizar el tema central del presente trabajo de investigación doctoral; es decir, el relacionado en el epígrafe de este apartado, como el planteamiento de fondo.

Es así como, finalmente, en el presente se cavila y se discurre sobre dos instituciones de total importancia para la actualidad, especialmente en Latinoamérica y, específicamente, en Guatemala; desde la perspectiva de la llamada justicia constitucional y/o derecho procesal constitucional, así como dentro del Sistema Regional Americano de Protección de los derechos humanos y, en concreto, como Estado Parte del Pacto de San José o Convención Americana sobre Derechos Humanos –respectivamente-.

Por lo que, partiéndose del estado del arte en cuanto a ambos temas, se busca avanzar en el estudio y conocimiento de estos, en general y a la vez en particular para el caso del Estado de Guatemala. Y, como consecuencia de ello, a continuación, se trata lo tocante a ambas instituciones jurídicas, con el propósito de fondo de advertir, en cuanto a ellas, sus analogías y sus diferencias, así como sus efectos y demás aspectos torales.

5.2. Antecedentes generales

A manera de simples recordatorios de introducción, cabe resaltar que, en el caso de la primera institución jurídica en mención; es decir, la “inconstitucionalidad”, debe tenerse presente lo ya mencionado en cuanto al tema del control de constitucionalidad que, sin perjuicio de la preexistencia de decisiones sobre el particular, en especial se reconoce a partir de la famosa sentencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos; presidida, en ese entonces, por el juez John Marshall, en 1803, en el aclamado caso “Marbury contra Madison” –independientemente que su contenido se comparta o no-.

Con dicho fallo surge –sin perjuicio de la salvedad hecha- el llamado control difuso de constitucionalidad, concretamente en el Sistema Jurídico Estadounidense, por medio del cual se propugna por la facultad de todos los jueces –y no solo por la Suprema Corte- de controlar la constitucionalidad de los actos y disposiciones normativas emanadas de los poderes públicos; a contraste del Sistema Europeo, Kelseniano, Austriaco o Concentrado en el que únicamente un Tribunal –Constitucional- tiene y puede ejercer dicha facultad.

Por su parte y también como repaso es pertinente reiterar que, por otro lado, la segunda institución jurídica analizada, o sea, la “inconvencionalidad” es producto del control de convencionalidad originado, a nivel regional, con el Pacto de San José; y que de manera concentrada se realiza por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que de forma difusa se debe practicar por los Estados partes de tal Pacto, a partir del fallo emitido por esa Corte en el caso “Almonacid Arellano contra Chile”, en fecha 26 de septiembre del 2006.





5.3. Precisiones conceptuales

Existen un sinnúmero de definiciones, sin embargo, es necesario seleccionar una que pertenezca a un jurista de reconocida reputación para tener un fundamento teórico válido.

5.3.1. Inconstitucionalidad

Al respecto, el actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice, en su obra *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, que:

Dicha garantía constitucional debe considerarse como una acción[...] que tiene por objeto esencial garantizar la aplicación de la Constitución y la certeza del orden jurídico fundamental[...]//El objeto de esta vía es controlar la regularidad constitucional de las normas[...] que produzcan un conflicto normativo actual[...] constituye un medio de control[...] de la constitucionalidad de tales actos[...] Su alcance es materialmente universal, porque en ella es impugnabile la violación a cualquier norma constitucional, sin importar si pertenece a la parte dogmática u orgánica de la ley fundamental. (2016: 279, 595).

En efecto, en dicha acción se parte, principalmente, de la confrontación de la Constitución con las normas jurídicas, cuya legitimidad constitucional se cuestiona; teniendo como fin principal garantizar la supremacía constitucional, conforme a la Jerarquía normativa. Siendo punto relevante de la definición precitada por el insigne autor, el que, dicha acción –con independencia de la naturaleza, modelo, clase y demás de esta- puede hacerse valer en relación con cualesquiera normas constitucionales, para hacer valer su hegemonía.

5.3.2. Inconvencionalidad

Tomando en cuenta lo ya dicho en relación con la doctrina del control de convencionalidad, cabe ahora, partiendo de esta, abordar el tema de la llamada inconvencionalidad; debiendo tomar en cuenta que, mutatis mutandi, la constitución –y en su caso, el bloque de constitucionalidad- le es al control de constitucionalidad y a la inconstitucionalidad, lo que, para el enfoque concreto ahora abordado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –y el bloque de convencionalidad o *corpus iuris* interamericano de protección de los derechos humanos- le es al control de convencionalidad y la inconvencionalidad.

Al respecto, un jurista autorizado sobre el particular, lo es el autor Néstor Pedro Sagüés, quien en su obra *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, sobre la inconvencionalidad, en general, menciona:

refiere a las conductas incumplidas por el Estado, impuestas en las convenciones internacionales, en particular sobre las de derechos humanos. Se trata de una cuestión [...] que genera responsabilidad internacional para el Estado renuente[...]/La no realización de estas funciones genera, según los casos, inconvencionalidad [...] igualmente imputables al Estado[...]/[...]lo cierto es que la mora o la renuencia del Estado en cumplir con una convención o tratado que le impone ciertas obligaciones significa inconvencionalidad. (2017: 365, 373, 374).

Es decir, para los efectos de este trabajo, importa lo relativo a la inconvencionalidad, en materia de derechos humanos, a raíz de la inobservancia o violación de un Estado Parte.





5.4. Modelos

Partiendo de que el presente trabajo de investigación no tiene como fin principal abordar lo relativo a la llamada justicia constitucional (“Jurisdicción Constitucional”, o derecho procesal constitucional, entre otras denominaciones), el tratamiento de este subtema, así como los demás relacionados con ello, en cuanto a la inconstitucionalidad y también la inconvencionalidad, tiene con objeto únicamente establecer las bases de conocimiento que, a su vez, posteriormente permitan analizar y comprender el tema principal de fondo; como: las analogías y divergencias entre inconstitucionalidad e inconvencionalidad, y, ante ello, su examen tiende a abordar las meras generalidades subyacentes de este.

5.4.1. De constitucionalidad

Sobre el particular, existen diversas categorizaciones, unas muy generales y otras, a su vez, escrupulosamente específicas que, por razones de extensión y de fines del presente trabajo de tesis doctoral, resulta inviable tratar en este; sin perjuicio de que se pueda hacer una simple relación e individualización de ello para los efectos de su conocimiento.

En ese sentido, resulta que, para los objetivos trazados para esta tesis y para los efectos de la determinación de esas similitudes y diferencias a las que alude su tema central, se aborda la clasificación general y más conocida y coincidente entre los doctrinarios, en cuanto a los modelos de constitucionalidad –de su control- existentes a la fecha; con los cuales, a su vez, se relaciona, como veremos, lo relativo al control de convencionalidad.

5.4.1.1. Difuso

A este también se le conoce como “Judicial Review”, americano o estadounidense, y tiene su base, principalmente, en el famoso y ya mencionado fallo del juez John Marshall en el caso “Marbury contra Madison”, de 1803 –independientemente de que, con anterioridad, en 1610 en Inglaterra, el juez Edward Coke ya se había pronunciado de manera similar, a través del cual el *chief justice* en mención, sin que se encontrara regulado expresamente en la Constitución de los Estados Unidos de América, procedió a examinar si una norma o disposición inferior a la misma era constitucional o no; y, en dicho ejercicio, declaró la inconstitucionalidad de la norma, por la premisa de la citada supremacía constitucional.

Al respecto, el jurista Alejandro Amaya señala en su obra *Control de Constitucionalidad*, como características y reglas –básicas- de dicho modelo, las relacionadas a continuación: “1) Es un sistema judicial, pues el control recae en los magistrados judiciales. 2) Es un sistema difuso, porque todos los jueces –estadales o federales- pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y actos inferiores. Es decir que el modelo no se adscribe a un órgano específico, sino que, dentro del Poder Judicial, todos los jueces son dotados de idéntica competencia para esta cuestión” (2015: 92).

Este último aspecto es el fundamento total de este modelo de control constitucional, porque, como se verá ulteriormente, a diferencia del que se analizará con posterioridad, en este todos los jueces tienen la facultad –y el deber- de controlar la constitucionalidad de las normas y/o los actos del poder público que puedan contradecir la ley fundamental.

Continúa indicando el autor precitado: “3) El control es incidental, o sea, nace y se desarrolla en el seno de un proceso judicial. La cuestión constitucional no es objeto principal, pero se presenta como una cuestión que ha de ser lógicamente deslindada para la solución del litigio. 4) Rige la noción de ‘causa’, lo que implica que los jueces solamente pueden pronunciarse dentro de los juicios que se planteen ante sus





estrados. 5) Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos, y no cuando la cuestión ha devenido abstracta” (2015: 92).

Esto implica, especialmente, que en este modelo la revisión judicial de constitucionalidad solamente puede surgir del sometimiento a conocimiento y decisión de un caso concreto, dentro del cual, a su vez, se cuestiona la constitucionalidad, o no, de una norma jurídica, disposición o acto del poder público; regularmente emanado del parlamento o el ejecutivo y que resulta necesario confrontar y, dado el caso, inaplicar, por resultar inconstitucional.

Jorge Amaya sigue manifestando, en su monografía lo siguiente:

6) Los jueces ejercen el control de constitucionalidad a pedido de las partes interesadas y que tengan un interés concreto en la no aplicación de la norma pretendidamente inconstitucional (standing). 7) El control de inconstitucionalidad es muy amplio, especialmente considerando la flexible interpretación a la que la ley fundamental estadounidense se ve generalmente sometida. (2015: 92).

Este último punto resulta de trascendental importancia, puesto que nos vislumbra como, a través de la interpretación judicial de la constitución, puede arribarse a la conclusión de la inconstitucionalidad de una norma y/o acto, no obstante, interpretaciones precedentes. Lo cual se puede evidenciar, claramente, en la sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el famoso caso

Brown contra Board Of Education”, en 1954; mediante la cual, interpretando esta norma jurídica que, en su oportunidad, había sido estimada constitucional, dicho Tribunal Supremo determinó que las escuelas públicas racialmente segregadas eran inconstitucionales; siendo este el primer caso que, por las mismas circunstancias fácticas, fue acogido por la máxima Corte del país, debido a que, anteriormente, los casos planteados al respecto habían sido desestimados por la doctrina que propugnaba por la idea de: “separados , pero iguales”. Resultando ideal para entender cómo, una misma norma, por interpretaciones distintas,

puede en un caso concreto estimarse constitucional y posteriormente inconstitucional, sin cambiar su texto.



Además, sigue señalando: “8) Los tribunales judiciales no ejercen control sobre las cuestiones no justiciables, políticas o actos de gobierno (, según lo que ellos mismos han ido calificando como tales). (2015: 93).

Interesante rubro, para el momento coyuntural en el que se encuentra Guatemala [2019], porque por un lado se cuenta con el tribunal constitucional que muchos señalan de ejercer un activismo judicial desmedido, por su intromisión en asuntos que no le competen y que, en todo caso, son de competencia exclusiva del Organismo Ejecutivo; y, por el otro, con un Jefe de Estado –y sus Ministros- que, de una forma u otra, tienden a tildar de “ilegales” precisamente esas decisiones del referido tribunal y, por ende, a cuestionar su legitimidad así como el deber que, en todo caso, se tiene de obedecerlas, cuando la propia norma fundamental –Constitución- establece la no obligación de acatarlas en esas condiciones; todo lo cual provoca cavilar sobre legitimidad y límites de los Tribunales Constitucionales.

Asimismo, continúa citando:

9) Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas en las sentencias, produciendo efectos que, en principio, se circunscriben al caso concreto, pero que en varios otros tienen un alcance más genérico, en virtud de la regla del precedente. 10) La resolución judicial acerca de la constitucionalidad de una norma o de su inconstitucionalidad solo afecta a las partes (efecto inter partes) y los efectos de la declaración en cuestión no se extienden al resto de la norma, que mantiene vigencia en el ordenamiento. 11) La sentencia es declarativa, porque el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una ‘nulidad’ preexistente y, por lo tanto, con efectos ex tunc. (2015: 93).

Es decir, partiendo de que, como antes se señaló, la pretensión y conocimiento de una aparente inconstitucionalidad se hace, en este modelo, en caso concreto, y no de manera abstracta. Por lo que, por ende, en caso de declararse la inconstitucionalidad sus efectos se limitarán, normalmente, a las partes involucradas en el asunto principal



subyacente; sin perjuicio de que, por virtud del principio *stare decisis*, que se refiere al precedente Vinculante, estos pueden repercutir en la invalidez general de la norma en cuestión.

El autor en mención, a quien se alude por la especialidad de su monografía al respecto, se refiere a todas las características anteriores del modelo difuso como: “Las reglas de Marshall, de Cooley y de Brandeis” (2015: 92). Puesto que, estas, son producto de la jurisprudencia y doctrina relacionada con el tema; que, como antes se ha señalado, no está libre de las críticas en contra, especialmente por la doctrina que se ha llamado del argumento contramayoritario o bien de dificultad contramayoritaria, según lo dicho.

5.4.1.2. Concentrado

Con el propósito de llevar un mismo *iter* en el desarrollo y análisis de este otro modelo de control de constitucionalidad, para los efectos de determinar la inconstitucionalidad de las normas y/o actos del poder público; por su claridad y completitud, se tomarán como base para su desarrollo las obras del autor argentino Néstor Pedro Sagüés, así como también del jurista venezolano Allan Brewer-Carias, por su perspicuidad y profundidad en el tema.

A manera de prefacio, valga decir que, a diferencia del sistema americano –ya citado-, el concentrado (también denominado, europeo, continental, austríaco o Kelseniano –por su creador: el jurista Hans Kelsen-), parte de la institucionalización y constitucionalización, de órganos jurisdiccionales encargados de examinar la constitucionalidad de las normas y/o actos del poder público, en especial del poder legislativo y, en su caso, del Poder Ejecutivo, comúnmente denominados: “Tribunales Constitucionales”, aunque, como ya se indicó con anterioridad, actualmente existen otras denominaciones para referirse a estos e, inclusive, también hay otras formas de establecimiento de dichos órganos.

Bajo la premisa de: “¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?”, Kelsen desarrolló su teoría constitucional sobre la necesidad de creación de un Tribunal Constitucional para el efecto, en contraposición a la postura del jurista alemán Carl Schmitt, para quien dichos órganos eran innecesarios; porque el control constitucional debía –para este- dejarse en las manos del Jefe de Estado (“Führer”). Posiciones estas, de las que puede hallarse un oportuno análisis en el libro *Derecho y Poder* del autor Lorenzo Córdova Vianello. (2009).

Al respecto, de este otro modelo de control de constitucionalidad, ejercido por parte de tribunales constitucionales creados e institucionalizados precisamente para dicho fin es menester recordar que, aunque este se relaciona comúnmente con la Constitución de Austria -octubre, 1920-, en realidad fue inicialmente en la Constitución de Checoslovaquia –febrero, de 1920- que se estableció formalmente este modelo, así como también que se creó un Tribunal Constitucional para cuidar y establecer la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, por su prácticamente nula jurisprudencia durante su existencia, se tiende a identificar dicho modelo directamente con la constitución austriaca y con su creador y, a la vez, magistrado titular del tribunal constitucional creado en esta: Hans Kelsen.

Kelsen, citado por Jorge Amaya –en su obra mencionada–: “señala a la anulación del acto inconstitucional como la principal y más eficaz garantía de la constitución, la que debe encomendarse a una jurisdicción o tribunal constitucional, independiente de los demás órganos constitucionales” (2015: 113).

Por su parte Amaya, directamente, señala que: “El sistema introduce un cambio básico respecto del sistema estadounidense de control de constitucionalidad de las leyes, concentrando dicho control en un solo tribunal, consagrándose así un nuevo sistema (‘el concentrado o europeo’) frente al ‘difuso o estadounidense’” (2015: 113).

Amaya sintetiza las características de este modelo Kelseniano, a manera de mapa conceptual, para su comprensión; así: “-Órgano especial (tribunal constitucional). //–



Control represivo o a posteriori. //–Control abstracto y concentrado.// en ‘sujetos públicos’ .// –Efectos erga omnes y ex nunc” (2015: 119).

A su vez, el gran jurista Allan R. Brewer-Carias, en su obra *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (Estudio de derecho comparado)*, sobre dicho modelo, al que se refiere como un “sistema”, puntualiza los siguientes aspectos de total importancia:

El sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, contrariamente al sistema difuso, se caracteriza por el hecho de que el ordenamiento constitucional confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como juez constitucional; es decir, que este sistema existe cuando un solo órgano estatal tiene la facultad de decidir jurisdiccionalmente la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado de rango y valor similar.//El órgano estatal dotado del privilegio de ser único juez constitucional puede ser la Corte Suprema de Justicia, ubicada en la cúspide de la jerarquía judicial de un país, o una Corte, un Consejo o un Tribunal Constitucional creado especialmente por la Constitución, dentro o fuera de la jerarquía judicial, para actuar como único juez constitucional. En ambos casos, estos órganos tienen en común el ejercicio de una actividad jurisdiccional como jueces constitucionales” (1994: 12).

En efecto, , además, de cualesquiera otras, la diferencia sustancial entre ambos modelos de control de constitucionalidad –difuso y concentrado-, radica en que, mientras que en el primero todos los jueces del poder judicial están legitimados para ejercer ese control, en el segundo se ha creado o reconocido un único órgano jurisdiccional para tal efecto, llámese este: Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Corte de Constitucionalidad, etcétera; aunque, con matices diferenciadores, teniendo en ambos casos, como objetivo principal de su función, proteger la supremacía de la Norma Fundamental; es decir, de la Constitución o Carta Fundacional del Estado de que se trate.

En ese sentido, el último jurista citado, en su obra aludida, al respecto continúa diciendo:



Esta es la esencia propia del sistema concentrado en relación con el sistema difuso, sea que el órgano dotado del poder para actuar como juez constitucional sea el Tribunal más alto del Poder Judicial o un tribunal especializado en materia constitucional, sea que se trate de un órgano constitucional especial, creado fuera de la organización judicial, aun cuando este último aspecto no resulte esencial para establecer la distinción.//[...]el sistema concentrado de control jurisdiccional de la constitucionalidad solamente puede ser un sistema de control establecido y regido expresamente por la Constitución. (1994: 14).

La primera parte del párrafo anterior ya ha sido abordada con antelación, como una de las diferencias entre ambos modelos; ahora bien, la afirmación contenida en la segunda parte de este, deviene de trascendental importancia para su análisis; puesto que, en sustancia, implica que el establecimiento de un control de constitucionalidad concentrado así como la determinación del órgano facultado para ello, con exclusividad, únicamente puede ser producto de su positivización constitucional; es decir, de su regulación en la Ley Suprema del Estado. A contrario del modelo difuso del control de constitucionalidad en el que, como ya se indicó, todos los jueces pueden y deben, ejercerlo, sin perjuicio de que, como sucede en el caso de los Estados Unidos de América tal competencia ni siquiera se encuentre regulada, de manera expresa, en su propia Constitución Federal.

Concluyendo el autor en mención, en cuanto a la distinción entre ambos modelos, que: “la diferencia entre los dos grandes sistemas de control[...] no es una posible concepción distinta de la Constitución y de su supremacía, sino más bien el tipo de garantía adoptada en el sistema constitucional para preservar dicha supremacía” (1994: 20).

Por su parte, en cuanto al tema abordado –modelos de control de constitucionalidad-, pero referido ya al ámbito y contexto latinoamericano, en el que concurren peculiaridades en cuanto a estos, el insigne jurista Néstor Pedro Sagüés, en su obra *El Sistema de Derechos, Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, manifiesta que:



“Ningún país latinoamericano sigue completamente puro el régimen propuesto por Hans Kelsen para la constitución austríaca de 1920, en el sentido de erigir una Corte o Tribunal Constitucional especializado en esta temática, fuera del poder judicial (órgano extra poder, entonces), con pretensiones de controlar monopólicamente la constitucionalidad de las leyes y con sentencias con efectos erga omnes. En este sistema, como se sabe, los jueces del Poder Judicial no realizan, por lo común, control de constitucionalidad. //No obstante, las ideas kelsenianas de implantar un dispositivo concentrado de control de constitucionalidad han tenido ciertas concreciones en Latinoamérica, aunque con modalidades muy diferentes” (2004: 30).

Siguiendo esa línea de pensamiento, el profesor argentino Sagüés, a manera de cuadro sinóptico señala que, partiéndose de los modelos clásicos citados, en este ámbito existen:

1) Sistema judicial difuso[...] 2) Sistema judicial concentrado[...]a) En Corte Suprema[...] b) En la Sala Constitucional de la Corte Suprema[...] 3) Sistema judicial biconcentrado [...] 4) Sistemas mixtos[...]a) Judicial difuso, con más control concentrado en un órgano no especializado en lo constitucional[...]b) Judicial difuso, con más control concentrado en un órgano especializado en lo constitucional[...]b') Sala Constitucional de la Corte Suprema[...] b'') Tribunal Constitucional situado en el Poder Judicial[...] c) Judicial difuso, con más control concentrado en un órgano extra poder[...] d) Judicial concentrado, con más Tribunal Constitucional extra poder[...] 5) Control no judicial (parlamentario). (2004: 28).

Como puede verse, en cuanto al control de la constitucionalidad, de manera general, se acepta y reconoce la existencia de dos modelos clásicos; a saber: a) Modelo americano, difuso o estadounidense; y, b) Modelo continental, europeo, austríaco o Kelseniano. Los cuales, sin embargo, en la actualidad han ido sufriendo mutaciones en su conformación, especialmente en el ámbito latinoamericano, en el que, como lo refiere el doctor Sagüés, en cuanto al segundo de estos [reiterándose]:

Ningún país latinoamericano sigue completamente puro el régimen propuesto por Hans Kelsen para la constitución austríaca de 1920, en el sentido de erigir una Corte o Tribunal Constitucional especializado en esta temática, fuera del Poder Judicial (órgano extra poder, entonces), con pretensiones de controlar monopólicamente la constitucionalidad de las leyes y con sentencias con efectos erga omnes. (2004: 30).



Ahora bien, de igual forma, podría decirse que el primero de los modelos relacionados de la misma manera no se sigue, a la perfección, en el contexto latinoamericano, siendo el Estado que más se aproxima a ello: Argentina, aunque con sus variantes internas propias; concretamente en cuanto a lo relacionado al denominado “Precedente Obligatorio” que, al menos en los Estados Unidos de América, propugna por la hegemonía jurisprudencial.

Teniendo, ambos modelos clásicos ya relacionados, como denominador común – aunque, como se sabe, con sus variantes y peculiaridades-: la supremacía constitucional, como el parámetro idóneo para controlar los distintos actos del poder público, en especial aquellos que, por sus características, contienen las disposiciones de carácter general, sin perjuicio de que eventualmente se pretenda su aplicación para casos concretos; porque, en todo caso, lo diferente serán las garantías y medios instituidos para su confrontación.

5.4.1.3. Otros

Con base en la oportuna salvedad en cuanto a que el análisis de los distintos modelos de control de constitucionalidad, específicamente en materia judicial, no constituye, en sí, el objeto primordial y de fondo de la presente tesis doctoral, como sí lo es el cavilar sobre la inconstitucionalidad e inconventionalidad y, especialmente, en cuanto a las analogías y diferencias entre ambas instituciones jurídicas, con ese mismo fin conviene abordar, de manera general, el análisis de ciertas variantes, a saber: modelo mixto o híbrido y/o dual; porque estas se dan, especialmente, en el ámbito latinoamericano, de conformidad con las particularidades relacionadas, escrupulosamente, por el doctor Néstor Pedro Sagüés, aunque con específica referencia a las categorías indicadas, por ser las que, para efectos de la presente investigación, interesa abordar en general, para su ulterior concatenación.

5.4.1.3.1. Mixto (híbrido)



En su misma obra precitada, el profesor Sagüés, sobre el particular, reitera lo siguiente:

Actualmente un gran número de países de Latinoamérica ha instrumentado sistemas mixtos o duales de control de constitucionalidad: ellos son una mezcla del sistema difuso, al estilo norteamericano y sistemas concentrados, más o menos parecidos al creado por Hans Kelsen” (2004: 34). Es decir, en sustancia, un modelo mixto –de la clase que sea- se caracteriza por tener, de una u otra manera, una mezcla normativa –que unas veces será profunda y en otras más superficial- de ambos modelos clásicos ya mencionados; entiéndase: a) Austriaco, europeo o kelseniano; y b) Difuso, americano o estadounidense. Continúa manifestando el autor Néstor Pedro, en su obra: “Detectamos estas variables: a) Control judicial difuso con, además, control concentrado, en un órgano no especializado en lo constitucional, del Poder Judicial. b) Control judicial difuso con, además, control concentrado en un órgano especializado en lo constitucional, del Poder Judicial. c) Control judicial difuso con, además, control concentrado en un órgano extra poder. d) Control judicial concentrado con, además, control concentrado en un extra poder. (2004: 34, 35).

De lo anterior, si bien es cierto –para fines del presente trabajo- no es importante entrar a la profundización de cada una de esas variantes de control mixto de constitucionalidad, así también lo es que, en todo caso, lo verdaderamente relevante consiste en advertir que, al menos a un nivel latinoamericano, no existe pureza en cuanto a la aplicación del control judicial de constitucionalidad; existiendo una mixtura – a veces compleja y hasta confusa y otras más clara- de las bases sustantivas y adjetivas para su desenvolvimiento.

Pero más allá del parangón entre los modelos clásicos y los ahora empleados en ámbito latinoamericano, un aspecto que resulta pertinente resaltar es que, esa misma mezcla de ambos modelos –europeo y americano-, con sus respectivas variantes, han causado en la mayoría de casos determinadas tensiones especialmente entre los jueces ordinarios y los constitucionales, en cuanto a sus competencias, límites y efectos de sus decisiones; al extremo de que, en palabras del profesor Sagüés: “El problema se complica más cuando un país adopta el sistema ‘dual’ (para algunos, ‘híbrido’ o ‘mixto’)

de control de constitucionalidad, vale decir, cuando tanto los jueces ordinarios como los de la jurisdicción constitucional específica ejercen control de constitucionalidad” (2004: 41).



5.4.1.3.2. Dual (paralelo)

Este –aunque no todos coincidan en ello- puede estimarse otra especie de modelo mixto del control judicial de constitucionalidad; aunque, en palabras del ilustre jurista Domingo García Belaunde en su obra *derecho procesal constitucional* [y quien, al respecto es uno de los más –, sino el que más- autorizados autores sobre el tema, especialmente , porque en su propio país –Perú- funciona este y, ante esto, buena parte de su investigación la ha dedicado a ello]: “cuando se dan las dos situaciones básicas en un mismo ordenamiento; esto es, cuando coexisten dos modelos en un solo sistema jurídico nacional, sin mezclarse ni desaparecer (como sería el caso de los mixtos); así, por ejemplo, el Perú desde 1979 y Ecuador desde 1996” (2001: 20).

Es decir, según el autor precitado, se estará ante un modelo dual o paralelo cuando, en el ordenamiento jurídico de un mismo Estado, coexistan simultánea y paralelamente, los dos modelos clásicos de control de constitucionalidad; que, como se sabe, son: a) modelo kelseniano, austriaco, europeo o continental; y, b) modelo difuso, americano o estadounidense.

Aunque, según lo argüido por el aludido profesor, no basta únicamente la existencia de ambos modelos en un mismo sistema jurídico, como sí podría ser en uno mixto, sino que, a la vez, también es necesario que los modelos no se mezclen ni por su confusión tiendan a desaparecer. O sea, que de acuerdo con regulaciones jurídicas internas concurren medios o mecanismos locales para la existencia simultánea de ambos, pero

sin interrelación de estos y sin que, en alguna etapa de su procedimiento, tiendan a depender uno del otro.



Para García Belaunde el modelo al que ha bautizado como dual o paralelo –desde 1987- corresponde a un sistema derivado, surgido concretamente, por primera vez, en el Perú.

Reiterando que, para dicho autor, en su monografía referida:

“El modelo dual o paralelo –puede llamarse indistintamente- es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y esto, que no es frecuente, tiene su partida de nacimiento en la Constitución peruana de 1979 y ha sido reiterado en la vigente Carta de 1993” (2001: 126).

Al respecto, como uno de los más prolijos en el tema, el profesor Belaunde en su aludida obra hace un recuento y análisis del origen de este modelo llamado dual o paralelo, de manera indistinta; señalando en concreto su nacimiento y consolidación en Perú, citando:

en el caso peruano, no podría hablarse en rigor de un sistema mixto, pues lo mixto supone una mixtura, una mezcla de dos o más elementos, que en el caso peruano no solo no se mezclan, sino que tampoco originan un *tertium*, que sea distinto a sus dos fuentes de origen. (2001: 127).

Este último aspecto, relativo a que no se origina un *tertium* deviene de total importancia; porque, precisamente es ello lo que, quienes no comparten la existencia de este modelo, señalan para deslegitimarlo; por el argumento de que, en realidad, este no es, por sí, un nuevo modelo de control constitucional –o de justicia constitucional-, sino más bien solo conlleva a la reafirmación de los modelos clásicos existentes, antes

individualizados, sin tener elementos propios y suficientes para poder estimarse independiente y autónomo.



Sin embargo, para el autor en mención, en su obra citada: “por haberse incorporado casi en bloque el modelo concentrado dentro de un sistema difuso, sin contaminarlo ni absorberlo es que creo que dentro de los modelos derivados y al lado del modelo mixto, debemos colocar al dual o paralelo, cuya primera forma nítida de manifestación, está en la Constitución peruana de 1979”; agregando, sobre ese mismo particular, lo siguiente:

La vigente Constitución del Perú de 1993 mantiene en sustancia el modelo, con[...] variantes que no alteran su esencia”; concluyendo, a su vez, en que: “Ecuador se aproxima a lo que hemos denominado el modelo paralelo o dual, toda vez que convergen en el mismo sistema normativo, los dos modelos de control antes descritos, sin fusionarse y que obedece en parte a la influencia externa y en parte, a la propia lógica de su desarrollo político[...] la nueva constitución del Ecuador aprobada el 11 de agosto de 1998, que confirma el modelo dual o paralelo. (2001: 130).

En conclusión, puede señalarse que este modelo –con la salvedad antes dicha- a la fecha se encuentra vigente y opera tanto en el Perú, así como también en el Ecuador, con sus particularidades; funcionando de forma sui generis, más allá de sus bases subyacentes referidas a los clásicos antes abordados. Al extremo de que, inclusive, en el caso de Perú ello se ha desarrollado de manera más amplia con la emisión, en el 2004, de un Código Procesal Constitucional; que tiene el calificativo de ser el primero en el mundo hispánico.

En dicho Código se reafirma precisamente que los procesos constitucionales serán del conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo ya dispuesto en la Constitución, así como en sus respectivas leyes orgánicas y en tal Código; de lo cual se deriva la arraigada convicción del autor sobre la existencia de dicho modelo.

5.4.2. De convencionalidad

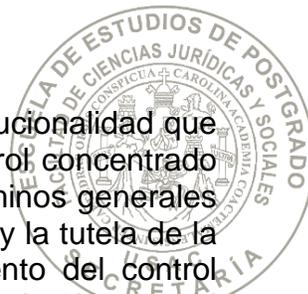


Lo relativo a los modelos de control de convencionalidad –específicamente en cuanto al ámbito judicial- se abordará tomándose en cuenta lo antes relacionado con respecto a los modelos de control judicial de constitucionalidad; concretamente en cuanto a los que, en la doctrina, se conocen, aceptan y reconocen como tales, en general y en particular; es decir: a) europeo; b) americano; c) otros: mixtos y duales. Aunque, en lo tocante a este rubro de convencionalidad, el énfasis estará dirigido, en especial, al primero y al segundo.

Siendo pertinente enfatizar que, como ya se indicó, el presente trabajo de tesis doctoral no está dirigido a profundizar en los modelos o sistemas de control de convencionalidad, sino más bien a evidenciar las analogía y diferencias que concurren entre lo concerniente a la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad, específicamente en el ámbito judicial.

Es por ello que, a efecto de no incurrir en redundancias que resulten innecesarias – salvo excepciones puntuales que se consideren imprescindibles- este subtema será abordado tomando en cuenta los aspectos doctrinales y jurisprudenciales a los que se hizo alusión en el capítulo precedente y, además, teniendo como fundamento y guía para ello lo antes relacionado y analizado en cuanto a los modelos –o sistemas- sobre el control judicial de constitucionalidad; procediendo a puntualizar cómo se desarrolla y aplica la doctrina del control judicial de convencionalidad, normalmente, sobre la base de tales modelos, con la consecuente equiparación y hasta confusión, de dichos sistemas clásicos en cuanto a la constitucionalidad de las normas y actos del poder público, con su convencionalidad.

Al respecto y aunque no todos los doctrinarios compartan esa equiparación del control de constitucionalidad al de convencionalidad, el autor Haideer Miranda Bonilla en su obra *Diálogo Judicial Interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*, expresa:



puede existir una similitud entre el control concentrado de constitucionalidad que llevan a cabo las Cortes o Tribunales Constitucionales y el control concentrado de Convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH, pues en términos generales ambos tienen como finalidad limitar el poder arbitrario del Estado y la tutela de la dignidad de la persona humana. Asimismo, en el establecimiento del control difuso de convencionalidad, la Corte de San José en la sentencia ‘Almonacid Arellano vs. Chile’ tomó como referencia la jurisprudencia de Cortes, Salas y Tribunales Constitucionales de la región, quienes, desde hace tiempo, vienen ejerciendo ese tipo de control en sus respectivos ordenamientos” (2016: 130).

Lo anterior, también encuentra su respectivo asidero en la propia jurisprudencia emanada del aludido Tribunal Interamericano, porque, en su fallo fechado 20 de marzo del 2013 en el “Caso Gelman contra Uruguay” –conocido como el “Caso Gelman 2”, en alusión a que se refiere a una Sentencia de Supervisión, y no a la originaria de fondo sobre el caso-, este, entre otras tantas cosas, rediseñó su doctrina del control de convencionalidad, a partir del párrafo 65 de este y en el párrafo 88 determinó específicamente que: “los jueces locales deben realizar conjuntamente el control de constitucionalidad con el de convencionalidad”, manifestando que en su confluencia no hay obstáculo jurídico alguno; partiéndose de que, en todo caso, la aprobación y ratificación que haya hecho un Estado en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos –y los demás tratados que conforman el *corpus iuris*- debe, necesariamente, tener fundamento constitucional.

5.4.2.1. Concentrado

En cuanto a este, cabe resaltar que, conforme a lo antes señalado sobre el particular es el control aplicado y desarrollado de manera subsidiaria, en sede internacional, por parte de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos; y que, de hecho, siempre ha ejercido en el desarrollo de su función y competencias, pues, en sí, tal control resulta ser la esencia de su creación y existencia misma, partiendo del instrumento internacional de derechos humanos a través del cual fuera constituida –,

según se señaló anteriormente-; es decir, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.



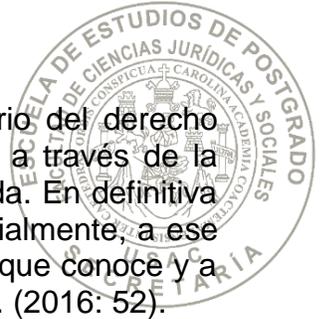
Por tratarse de una actividad desarrollada en el ámbito supranacional, cabe mencionar que, a diferencia del control judicial concentrado de constitucionalidad, que normalmente se lleva a cabo por parte de la más alta Corte o Tribunal interno de cada Estado, el control concentrado de convencionalidad se realiza, con exclusividad, en el ámbito internacional; en el caso concreto del continente americano y como parte del Sistema Interamericano de Protección de derechos humanos, por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra establecida en la ciudad de San José, de Costa Rica.

Es decir, siguiendo la lógica anterior, el control de convencionalidad que, en sede interna, se realice por el más alto Tribunal o Corte nacional, independientemente de su jerarquía, será estimado difuso, y no concentrado, pues este último en el ámbito interamericano de derechos humanos, siempre será competencia exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en todo caso de manera subsidiaria a lo actuado en sede nacional.

Sobre dicho tópico, nos ilustra el autor Ariel Alberto Rojas Caballero en su obra *El Control Difuso y la Recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México*, quien denomina indistintamente a este control como externo, concentrado o en sede internacional y, citando al profesor Sergio García Ramírez – creador del concepto del control de convencionalidad, como antes se ha mencionado-, expresa lo siguiente:

García Ramírez afirma que el control que le es propio de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de

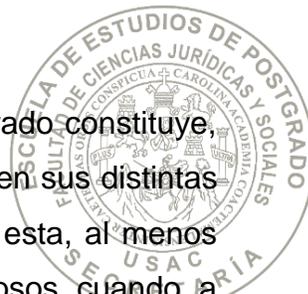
apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas –bajo el imperio del derecho internacional de los derechos humanos- y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva –dice el exjuez de la CoIDH-, ese control incumbe, original y oficialmente, a ese Tribunal Internacional, cuando se trata de examinar casos de los que conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material. (2016: 52).



O sea, ese control concentrado de convencionalidad es el objeto mismo del Tribunal en mención, con la salvedad de que –a mi juicio- este es ejercido independientemente de la acción y/o pretensión de que esté conociendo tal Tribunal, así como de la resolución que emita al respecto; ya sea en materia de medidas provisionales, o bien como opinión consultiva, y no se diga al emitir sus fallos de fondo; y, en su caso, en la supervisión de cumplimiento de estos. Todo ello, en el ejercicio de confrontación y compatibilidad que lleva a cabo en cuanto a normas, resoluciones y/o actos en general del poder público y su conformidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y *corpus iuris*.

Aludiendo al jurista Rey Cantor, el autor precitado, en su misma obra, señala lo siguiente: “En esencia se trata, dice Rey Cantor, del examen de confrontación normativo del derecho interno (‘leyes internas’, Constituciones, proyectos de reforma constitucional, actos administrativos, etcétera) que constituye el objeto del control, con la CADH y otros tratados internacionales” (2016: 53) –con lo cual hace referencia al *corpus iuris*, en los términos tratados anteriormente y que integran el llamado bloque de convencionalidad-. Y, en la misma obra en mención y como aporte propio de su autor, este nos manifiesta:

Así, el control de convencionalidad ejercido por la CoIDH también es subsidiario, porque es un mecanismo de protección procesal que se ejerce en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etcétera) sea incompatible con la CADH u otros tratados (2016: 54).



Lo anterior denota, como ya se había señalado, que el control concentrado constituye, *per se*, el quehacer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus distintas manifestaciones; y que, a su vez, este solamente puede ejercerse por esta, al menos en el ámbito del conocimiento y decisión de fondo de los casos contenciosos, cuando, a lo interno de cada uno de los Estados Partes del Pacto de San José –que han reconocido dicha competencia- no se ha cumplido, como corresponde, con brindar esa protección en materia de derechos humanos por medio de sus poderes constitucionales, instituciones o dependencias estatales y, ante ello, ha debido acudir a ese Tribunal Interamericano.

Resultando indispensable resaltar que, precisamente, ese carácter de subsidiariedad no le confiere, al control concentrado de convencionalidad, la calidad de instancia revisora de lo actuado en sede interna, pues no es ese precisamente el objeto de su ejercicio, sino más bien, como antes se ha indicado, velar por la máxima y más eficaz protección de los derechos humanos, actuando como guardián e intérprete último del Pacto de San José.

Sobre dicho particular, Autor señala que: “La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en este, a los sujetos del proceso respectivo y a las características de juicio internacional de derechos humanos” (2012: 178).

Lo diáfano de la afirmación del profesor Ferrer Mac-Gregor, permite advertir lo que, en todo caso, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido recalcando en los últimos tiempos; en el sentido de que su competencia, función y jurisdicción, no corresponden a una “instancia” adicional a las ya agotadas a lo interno del Estado parte



de que se trate; dado que, por el contrario, lo ventilado en sede nacional no constituye el mismo objeto del litigio internacional desarrollado ante su sede y la relación jurídica varía sustancialmente, puesto que ante esta el Estado pasa a tener la calidad de demandado.

Sin embargo, no obstante, lo anterior, si bien es cierto el ejercicio del control concentrado de convencionalidad, *per se*, no ha implicado un mayor problema para el propio Tribunal Interamericano, en cuando a su ejercicio; sí lo ha sido en relación con sus efectos y, muchas veces, negativa de acatamiento y/o cumplimiento de lo ordenado en sus sentencias. A lo cual, atinadamente, Miranda: “resistencias nacionalistas” (2017: 189).

En ese orden de ideas, *verbi gratia*, pueden citarse varios casos en los cuales los Estados Partes han sido renuentes a acatar y dar, exacto cumplimiento, a lo decidido y ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos, especialmente cuando estos son el producto del ejercicio de la competencia contenciosa de esta.

Al respecto, cabe mencionar asuntos concretos en los que ya se ha visto cuestionada la procedencia y legitimidad de lo resuelto por la referida Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque eventualmente se ha cedido -en cierta manera- al cumplimiento de lo decidido por esta. Entre otros: la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto al “Caso Fontevecchia y D’amico contra Argentina”; la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en relación con el fallo del Caso Gelman contra Uruguay”; en los que se ha dado cierta negativa a la ejecución de los fallos, no obstante, la Supervisión de su Cumplimiento a cargo de la propia Corte internacional. Incluso, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana en un caso paradigmático del 2014,

fue más allá, al declarar la inconstitucionalidad del instrumento interno de aceptación de la competencia de dicha Corte, aprobado en 1999.



El caso más grave de incumplimiento y renuencia constante a acatar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo constituye el Estado de Venezuela, que a través de su Sala Constitucional del Tribunal Supremo desafió recurrentemente cumplir con estos; lo cual llevó a que, en el 2012, el Gobierno de ese país denunciara de manera formal el Pacto de San José, lo cual surtió efectos para tal Estado a partir del 10 de septiembre del 2013.

Entre otros, mediante su sentencia del 18 de diciembre de 2008, dicha Sala declaró que era inejecutable la sentencia emitida por dicho Tribunal Interamericano en el “Caso Apitz Barbera y otros contra Venezuela”; y, además, de ello, en ese mismo fallo la Sala decidió solicitarle al Poder Ejecutivo Nacional que procediera a “denunciar” –en los términos del derecho internacional- la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo cual, al tenor de lo dicho en el párrafo precedente, efectivamente se materializó posteriormente.

Igualmente, en su sentencia dictada en el expediente 1547-2011, nuevamente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, volvió a declarar la inejecutabilidad de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esta vez, el ya pronunciado en el “Caso López Mendoza contra Venezuela”. Lo cual, de nuevo, declaró en el fallo que dictara en el expediente 1175-2015, con respecto a la sentencia del Tribunal internacional en el “Caso Marcel Granier y otros contra Venezuela”. Advirtiéndose con ello que el control concentrado de convencionalidad, en cuanto a sus efectos, también ha tenido oposición de distintos Estados para expedir su efectivo cumplimiento a lo interno de estos.

5.4.2.2. Difuso



Este modelo de control de convencionalidad, resulta que, en realidad, puede ser el que, hasta cierto punto, conlleva mayor dificultad o complejidad, o confusión, a la hora de su aplicación –a lo interno- de cada uno de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; partiéndose del deber internacional que, a su vez, implica responsabilidad internacional, de ejercer –entre otros- en el ámbito judicial control de convencionalidad -por todos los jueces del poder judicial-.

En efecto, la aludida doctrina del control de convencionalidad emanada y forjada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido sentando el criterio jurisprudencial obligatorio de que dicho control no debe ejercerse únicamente a nivel internacional y de manera subsidiaria, concentrada y externa, por parte de esa misma Corte internacional, sino que, en especial es un deber inicial y originario de los propios Estados partes y, en el ámbito judicial, , además, de corresponderles a todas las autoridades públicas vinculadas al sistema de justicia, de los jueces que conforman e integran su Poder Judicial.

Lo anterior ha sido fijado por la citada Corte, entre otros, en su fallo del 24 de noviembre del 2006, emitida en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú”, en el que, en su párrafo 128, manifestó lo siguiente:

Los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Villalba, acerca del control de convencionalidad manifiesta –que dicho control-: “Actúa en consonancia con el sistema de control de constitucionalidad jurisdiccional difuso, donde todos los jueces de cualquier materia e instancia están obligadas a efectuar el control de convencionalidad de las normas internacionales que son parte del orden interno (como el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros documentos que integran el

sistema de protección) debiendo aplicar las normativas de derechos humanos en prelación a las leyes positivas que no contengan dicha protección o, incluso, que se contrapongan a aquellas. (2017: 289).



En ese sentido, independientemente de que ello no sea compartido por un buen número de doctrinarios, resulta que, siguiendo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre su doctrina del control de convencionalidad, especialmente en relación con aquel que debe realizarse a lo interno de los Estados partes, de forma difusa, pareciera que el ejercicio de dicho deber debe supeditarse al modelo o sistema de control de constitucionalidad que, en sede nacional, se tenga implementado en el Estado parte.

Ahora bien, ello puede no significar mayor problema cuando se trata de Estados partes que, en efecto, de una u otra manera aplican el control difuso de constitucionalidad; sin embargo, aunque ello no constituye tema puntual de la presente investigación doctoral, cosa distinta sucede cuando el modelo responde a un control judicial concentrado; porque, según la propia Corte, no se pretende implantar un modelo o sistema para tal efecto, invocando en cuanto a ello, en forma implícita, un cierto Margen de Apreciación Nacional.

Debiéndose al respecto, tomar en cuenta que, según el autor en mención y en la misma obra:

Las previsiones referenciadas en los párrafos anteriores, denotan la obligatoriedad por parte de los Estados de cumplir con el control de convencionalidad en todo tipo de proceso, sea del orden penal, civil, laboral, administrativo, constitucional, parlamentario o de cualquier índole que fuere, siempre que requiera investigación mediante la viabilización de un modelo procesal” (2017: 289).

Siendo importante resaltar que, como lo hace el jurista aludido, el ejercicio de tal control judicial difuso de convencionalidad no está circunscrito a asuntos de orden constitucional, sino más bien su aplicación es de amplio espectro y, por ende,



corresponde hacerlo en cualesquiera clases de procesos sometidos a conocimiento y decisión de los juzgadores; quienes, a raíz de ello, en palabras de Ferrer Mac-Gregor, son: “Jueces Interamericanos”.

Y, sobre el tema, Villalba Bernié concluye:

“Implica que el Control de Constitucionalidad y el control de convencionalidad actuarán fusionados en pos de brindar una mejor protección e incluso, la Convención deberá prevalecer por encima de la Constitución, cuando verse como una mejor garantía de los derechos humanos en aplicación del principio *pro-homine*” (2017: 289).

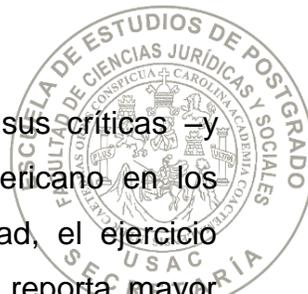
Es precisamente por ello que, a criterio de juristas, existe una confusión en cuanto a tales controles, cuando ambos deberían obedecer a normativa y jurisprudencia diferentes y, a su vez, tener procedimientos y efectos propios. Sin embargo, un punto de referencia es que, independientemente de ello, siempre debe privilegiarse la norma o acto que de mejor manera proteja a las personas (principio *pro homine*) y sea el eficaz para ello (*effet utile*).

Por ejemplo, Osvaldo Alfredo Gozaíni, en su obra *Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, expresa:

la doctrina que emana del control de convencionalidad se debe diferenciar del control de constitucionalidad, porque si bien es cierto en un primer momento la Corte IDH sostiene que su actuación es una ‘especie’ de fiscalización sobre el principio de supremacía, después debió cambiar lo afirmado en la medida que, entre una y otra forma de control, hay diferencias de métodos y sistemas, tanto como los hay en orden a los derechos que se tutelan. (2016: 446).

En esa misma parte de su obra, el autor referido señala, como otras diferencias, estas:

la mención del destinatario, toda vez que el control de constitucionalidad es función judicial, mientras que el control de convencionalidad se dirige a todos los niveles del poder”; y, además: “en algunos sistemas de control de constitucionalidad que impiden trabajar sobre ello si no hay petición expresa de partes; mientras que el control de convencionalidad se dispone como un deber propio del oficio de cualquiera que aplique derechos humanos. (2016: 446, 447).



Y es por esto que, como ya antes se había advertido, más allá de sus críticas –y demás– en cuanto al eventual hiper activismo del Tribunal Interamericano en los últimos tiempos sobre la base misma del control de convencionalidad, el ejercicio concentrado de este, en cuanto a su desarrollo y su aplicación, no reporta mayor problema en la práctica; caso contrario sucede en relación con el ejercicio difuso que, en ámbito judicial, todos los Estados partes del Pacto de San José están obligados a realizar, a través de sus jueces; porque, conforme a su propia jurisprudencia, este deberá practicarse: “por todos sus jueces”, con la salvedad, que ello , según sus competencias y regulaciones procesales respectivas.

Dicho lo anterior, se puede definir el control judicial difuso de convencionalidad, también denominado interno o en sede internacional, siguiéndose las palabras del insigne jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su obra *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, quien manifiesta que:

Este control es una nueva manifestación de la constitucionalización del Derecho internacional. El <control difuso de convencionalidad> consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016: 674).

Coligiéndose que, dicho control es producto de la “convencionalidad”, la cual, a nivel internacional debe observarse y aplicarse, por todos aquellos sujetos y partes que hayan suscrito un Convenio; y ello en consonancia con el Principio Pacta Sunt Servanda, el cual exige que los compromisos internacionales adquiridos, mediante estos, se cumplan de buena fe, conforme a las normas jurídicas contenidas en estos.

Siendo importante, en ese sentido, tomar en cuenta lo que, en términos generales y para tales efectos, establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

–de 1969-, en sus artículos 31, 32 y 33, en cuanto a las reglas generales de interpretación de los diversos tratados y, en particular, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 29, que determina las directrices especiales que, a su vez, deberán tomarse en cuenta; en su caso, con preeminencia, para la interpretación del Pacto de San José y el *corpus iuris*.



Deviniendo interesante la afirmación del jurista precitado en cuanto a que: “Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH. Deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2016: 674); especialmente partiendo de que, actualmente, este es el juez presidente de dicho Tribunal Interamericano.

Y es que, en efecto es como Ferrer Mac-Gregor lo refiere en el párrafo anterior transcrito, porque, como antes se ha dicho, el control concentrado de convencionalidad, más allá de que si se encuentra -o no- así contemplado en ese concepto en el Pacto de San José: constituye su objeto primordial y su razón de ser. Sin embargo, en cuanto al control difuso de convencionalidad, especialmente en el ámbito judicial, resulta ser una creación de tipo jurisprudencial de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la evolución de sus fallos, específicamente a partir del famoso fallo –ya mencionado- de fecha 26 de septiembre del 2006 en *el Caso Almonacid Arellano contra Chile*; aunque, sin olvidar que, con antelación a ello, uno de sus jueces –el profesor Sergio García Ramírez- ya había hecho acopio en ello y conceptualizado la doctrina, mediante votos razonados.

Determinándose, de esta manera, que en efecto y tal como dicho Tribunal Interamericano lo ha preestablecido en sus fallos, para el adecuado y legítimo ejercicio del control difuso judicial de convencionalidad, los jueces que integran el Poder Judicial de cada uno de los Estados partes del Pacto de San José –en especial los que sí han aceptado y reconocido la competencia contenciosa de este- no deben circunscribirse únicamente a tal Pacto, sino también al *corpus iuris* de protección de los derechos humanos que el Tribunal ha ido señalando, así como a su jurisprudencia, por ser la

intérprete última de la Convención; lo cual se ve reflejado en la construcción, desarrollo y evolución de dicha doctrina.



A manera de ejemplo y para una mejor comprensión e ilustración de esta clase de control judicial difuso de convencionalidad y atendiendo a que, con posterioridad, se abordara lo concerniente a la situación actual de Guatemala, en cuanto al tema; se considera que es pertinente relacionar, a grandes rasgos, como se ha recibido y funciona esa doctrina a lo interno de un país vecino, como México; teniendo una especial consideración a que son originarios de este el creador del concepto del control de convencionalidad así como también el actual presidente de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Sergio García Ramírez y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot —en el orden respectivo—.

En el caso del Estado de México, el artículo 133 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente, señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con esta, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.//Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

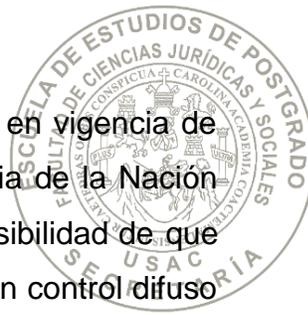
Del contenido de la norma trascrita, se advierte la existencia normativa de un bloque de constitucionalidad, conformado por varias disposiciones y estas, a su vez, se incluyen en un solo cuerpo jurídico denominado “Ley Suprema”, entendiéndose un claro principio de prevalencia de todos los tratados internacionales -sin hacerse distinción sobre aquellos referentes solo a materia de derechos humanos, como en Guatemala-, en relación con las demás disposiciones normativas de derecho interno; a la vez que, también, se colige el establecimiento de un claro control difuso de constitucionalidad, de acuerdo con el último párrafo transcrito, para que todos los jueces de cada Estado —de

la Unión- lleven a cabo este control de regularidad, conforme a la Constitución y a los Tratados Internacionales.



No obstante, lo anterior, especialmente en cuanto al segundo aspecto señalado; es decir, el control difuso de constitucionalidad, mediante jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación de México, por mucho tiempo, se negó dicha facultad para los demás jueces, circunscribiéndose está a la propia Suprema Corte, con exclusividad; y limitándose tal control al Poder Judicial de la Federación, especialmente mediante el juicio de amparo; evitándose, con ello, que los demás jueces ejercieran, en sus competencias, tal control.

En todo caso, lo anterior fue superado, inicialmente, de manera normativa, a través de la reforma constitucional del año 2011, en materia de derechos humanos; en, cuyo artículo primero se determinó lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y en las condiciones que esta Constitución establece.//Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.//Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.



No obstante, lo anterior, fue necesario que posteriormente a la entrada en vigencia de dicha reforma y de manera jurisprudencial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordara dicho tema, para materializar esta; abriéndose con ello a la posibilidad de que todos los jueces de cada Estado de dicha Federación pudieran ejercer un control difuso de constitucionalidad y, como consecuencia de ello, a la vez también un control de convencionalidad, por obligación internacional del Estado, dándole prioridad al principio *pro homine* así como también a la interpretación conforme y demás; y, ello, en función de garantizar la protección de los derechos humanos, cumpliéndose con dicho mandato constitucional y, por ende, también de índole convencional, con lo cual se sobreentiende el deber, en general, de todas las autoridades y, dentro de estas especialmente todos los jueces, de cumplir con ejercer ambos controles; haciéndose a un lado cualquier obstáculo que no permitiera el debido cumplimiento de dicho deber, independientemente del nivel, jerarquía o ámbito competencial de cada uno de ellos.

Lo anterior fue producto, principalmente, de la anterior condena que en contra del Estado de México emitiera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*, de fecha 23 de noviembre del año 2009; y, al analizar el efectivo cumplimiento de dicho fallo internacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de julio del año 2011 dentro del Expediente conocido como “Asuntos Varios 912/2010”, entre otros tantos aspectos relevantes, dicho Alto Tribunal Nacional, utilizando el concepto del control de convencionalidad, preestableció, por vía jurisprudencial, la facultad y es más, el deber, de los jueces en general -sin importar su nivel y competencia- de ejercer un control difuso en dicha materia y, con ello, también se abrió a la posibilidad de un control de este orden , pero de constitucionalidad; variando sustancialmente, en tales sentidos, su Sistema de Justicia Constitucional, de un Modelo Concentrado a uno de índole Difuso. Aunque, como aspecto negativo, se critica el hecho de que dicha Suprema Corte haya fijado el criterio de que la jurisprudencia, de la Corte Interamericana, sería vinculante solo en aquellos casos en los que el Estado mexicano hubiere sido parte del litigio y, en



los que no, esa jurisprudencia solo tendría un criterio orientador, para todos los jueces, al momento de resolver en distintos casos concretos.

Es así como, el tema en cuestión fue nuevamente abordado, ya con otros matices, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante el “Expediente Varios 293/2011” durante los meses de agosto y septiembre del 2013; estableciendo en su fallo, entre otros aspectos, que en las contradicciones que puedan darse entre los tratados internacionales y la Constitución, deben prevalecer las restricciones a los derechos preestablecidas en la Constitución; y, asimismo, que la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos contenciosos, aunque el Estado de México no haya sido parte del litigio, resultará vinculante para todos los jueces de la federación, para el debido ejercicio de su deber en cuanto al control difuso de convencionalidad. Mereciendo especial crítica lo relativo a la prevalencia de la Constitución en cuanto a las restricciones de los derechos fundamentales, así como también lo concerniente a que no se dieran estos efectos a las Opiniones Consultivas emanadas de dicho Tribunal Interamericano.

Por último, para los efectos prácticos, conviene resaltar que dentro del Expediente Varios 912/2010, resolución del 14 de julio del 2011, entre otros, la Corte mexicana indicó: “Es en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133, en relación con el artículo 1º., en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario, establecidas en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez, o expulsar del orden jurídico, las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores,

dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia”.



Y, a su vez, en su resolución emitida en el expediente registrado como 293/2011, que se formara con ocasión de una -acción denominada en México- “Contradicción de Tesis”, la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, entre otros aspectos, manifestó: “El primer párrafo del artículo 1° constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos, cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En ese sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano”.

Lo anterior, de manera general, pero a la vez perspicua, permite advertir la complejidad del control difuso de convencionalidad, concretamente en el ámbito judicial –sin abordar la que le es propia al ejercicio que, de este, debe realizarse en otros ámbitos, por las demás autoridades públicas (no judiciales) que constituyen internamente a los Estados- en cuanto a su recepción, desarrollo y aplicación se refiere; pero, a la vez, lo relevante que resulta su comprensión, en cuanto a su aplicación, alcances, límites, etc., al respecto.

Y es que, siguiendo ese *iter* es factible advertir que los distintos Estados partes del Pacto de San José de Costa Rica no siempre han sido abiertos y receptivos a la aplicación de forma expedita de la aludida doctrina del control de convencionalidad, específicamente en cuanto al ámbito judicial; puesto que, como se señaló, los sistemas

de justicia constitucional adoptados a lo interno de estos no siempre son coincidentes y flexibles, como para poder viabilizar el adecuado cumplimiento del control, partiendo de que, según lo antes afirmado: todos los jueces están obligados a su ejercicio.

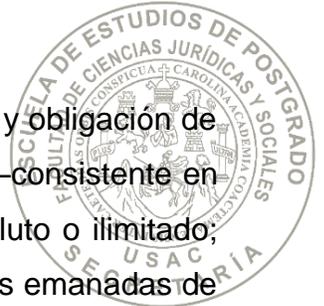


5.4.2.3. Otros

En cuanto a los demás modelos sobre control judicial de convencionalidad que pudiesen existir, basta con decir que, siguiendo la tradición y las pautas generales establecidas por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en principio dependerá mucho del sistema de justicia constitucional que se encuentre implementado a lo interno del Estado de que se trate, de conformidad con lo antes abordado sobre el particular.

Sin embargo, cabe recordar que, como se indicó oportunamente, en el caso del control de convencionalidad que se lleva a cabo en sede nacional, este siempre será difuso; toda vez que, por su parte, el control concentrado indiscutiblemente estará a cargo del Tribunal Interamericano y, por ende, el interno, independientemente de que se ejerza por la más alta Corte o Tribunal nacional o en su caso por el juez de menor jerarquía, en sede nacional, siempre tendrá por ello, la calidad de control judicial difuso de convencionalidad.

Ahora bien, no obstante, lo anterior, lo que sí es relevante mencionar es que, en cuanto a dicho control judicial difuso de convencionalidad, pueden surgir ciertas vicisitudes; entre las cuales, bien podría darse el que, a lo interno de un Estado parte, existan jueces que, por disposición legal e, inclusive, de Ley Suprema, no tengan facultad para ejercer control de constitucionalidad y por ende se cuestione su legitimidad para el de convencionalidad; sin embargo, al respecto, deberá tomarse en cuenta que el mandato jurisprudencial de la Corte Interamericana es que todos los jueces ejerzan este, evidenciándose, con ello, que no se hace discriminación alguna para el cumplimiento de ese deber internacional.



No obstante, lo último, también debe tenerse presente que, esa facultad y obligación de carácter internacional encargada a “todos los jueces del poder judicial” –consistente en ejercer *ex officio* el respectivo control de convencionalidad- no es absoluto o ilimitado; porque, por el contrario, sí se encuentra sujeto a las directrices generales emanadas de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que ello debe cumplirse: “dentro del marco general de sus competencias y conforme a las regulaciones procesales correspondientes”; de acuerdo con la propia jurisprudencia de ese Tribunal Interamericano.

Es decir, partiendo del Margen de Apreciación Nacional antes relacionado, la Corte deja que, a lo interno de los Estados Partes del Pacto de San José, se determine como se va a cumplir con ese deber de ejercer el control judicial difuso de convencionalidad; y, por ende, esto tenderá a crear, a su vez, eventualmente, un proceder distinto de los jueces en cuanto al control de convencionalidad en relación con el control de constitucionalidad.

Ello en virtud de que, como antes se señaló, en sede nacional podrá haber jueces que no tendrán la facultad legal y/o constitucional para ejercer el control de constitucionalidad, pero que, por virtud del mandato internacional contenido en la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a su doctrina del control de convencionalidad, sí estarán facultados y es más, obligados, al ejercicio de este. Lo cual, atendiendo al caso en particular, podrá tender a crear, a lo interno del mismo modelo difuso del Estado, subclasificaciones que bien podrían, a su vez, encuadrarse dentro de los otros modelos referidos en cuanto al control de constitucionalidad; a saber: a) Control mixto o híbrido; y, b) Control dual o paralelo; en congruencia con las particularidades sobre competencias y procedimientos, a lo interno de los Estados partes.

5.5. Clases

Al tratar lo referente a las clases, se pretende hacer mención específica a la clasificación general más conocida, o tradicional, en cuanto a los distintos tipos de inconstitucionalidad y de inconventionalidad que puedan existir, ya sea partiendo de la forma o manera en que es posible su planteamiento o bien, entre otros, de los efectos que puedan producir. Y, para ello, se tratará de realizar un análisis conjunto en cuanto a ambas instituciones, teniendo como principal referente para ello lo concerniente a la inconstitucionalidad, por ser la institución más antigua y con más abundante doctrina y jurisprudencia al respecto; sin que ello implique el no hacer las salvedades que, por las propias particularidades de ambas, resulte necesario evidenciar, para su mejor comprensión; tomando en cuenta que normalmente se tiende a equiparar los sistemas de justicia constitucional para el ejercicio del control de convencionalidad, con las salvedades dichas. Por lo que, en ese orden, se tratan, en este apartado, los aspectos sustantivos de ambas, sin perjuicio de los adjetivos.

Es decir, para su análisis conjunto, se parte de que, en ambos casos, tales instituciones, por su parte, buscan resguardar, a través de un análisis confrontativo y de compatibilidad, la supremacía normativa; en el caso de la inconstitucionalidad: la de la Constitución de cada Estado –y en su caso del bloque de constitucionalidad, según lo antes señalado-, y, en el caso de la inconventionalidad: la de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –y, a su vez, del bloque de convencionalidad o *corpus iuris* de protección de tales derechos, conforme lo antes dicho-; y, en determinados supuestos, la concurrencia de una conlleva a la otra, pero sin que ello conlleve a una regla general, sino excepcional.

5.5.1. Abstracta

A esta clase de inconstitucionalidad también se le denomina general o directa; y, sobre esta, para su posterior análisis conjunto, menester es señalar que el autor Geovani





Salguero Salvador, en su obra *El Control de Constitucionalidad de las Normas Jurídicas*, al respecto, señala lo siguiente:

la inconstitucionalidad general, directa o en abstracto es un mecanismo procesal de control constitucional, por el cual las personas legitimadas pueden hacer efectivo su derecho –por vía de la acción- a que un tribunal constitucional declare la existencia de inconstitucionalidad en preceptos normativos de alcance general y, como consecuencia, que los expulse del ordenamiento jurídico, restableciendo la supremacía constitucional. (2010: 133).

De la definición anterior, puede extraerse que, independientemente del sistema de justicia constitucional adoptado y del trámite o procedimiento a emplearse para su sustanciación, esta clase de inconstitucionalidad –*mutatis mutandi*, aplicable a la inconvencionalidad-, conlleva un planteamiento que no parte de la preexistencia de un caso concreto en el cual vaya aplicarse una determinada norma jurídica para su resolución de fondo; es decir, no se precisa de que ya esté iniciado un proceso legal -en general- para su interposición.

Por ello mismo, se dice que es abstracta en virtud de que su formulación no se encuentra condicionada a la preexistencia de un proceso ya incoado; y, a la vez, directa, porque a su vez, al no depender de un proceso iniciado, su planteamiento implica una acción de carácter general, o sea, una cuestión principal, y no accesoria, indirecta o incidental.

Partiendo de lo anterior es factible advertir que su interposición ataca las normas jurídicas cuestionadas en esta, sin importar su aplicación en casos concretos; persiguiendo, con ello, la inaplicación general de las normas; es decir, en su caso que sean expulsadas del ordenamiento jurídico de que se trate.

De acogerse, producirá efectos “*erga omnes*” –contra todos- y, a la vez, “*ex nunc*” - desde su declaración y, en su caso, comunicación a la población por los medios establecidos-; y, con ello, la norma o normas impugnadas dejarán de tener efecto alguno y, en tal orden, dejarán de ser aplicables en el Estado respectivo por ya no

formar parte del ordenamiento jurídico o bien por formar parte de este, pero ser inaplicables por la inconstitucionalidad.



Pues bien, de la misma forma sucede, o puede suceder, independientemente del trámite o tipo de planteamiento que se emplee o sea necesario para ello, con normas señaladas o cuestionadas de inconvenientes; porque, independientemente de que deba atacarse la inconstitucionalidad de una determinada norma, puede –y, es más, debería poderse- accionarse para obtener la declaración de inconvencionalidad, con estos efectos que en el caso de la inconstitucionalidad abstracta, general o directa.

Con la salvedad de que, en el caso de la inconvencionalidad, a mi juicio, ello solo podrá llevarse a cabo en el ejercicio del control judicial difuso de convencionalidad, y no en el concentrado; puesto que para que este último se dé al menos en modo contencioso, debe necesariamente preexistir un caso concreto que, eventualmente, se someta a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previo conocimiento por la Comisión Interamericana de derechos humanos, conforme a nuestro Sistema Regional americano.

5.5.2. Concreta

También conocida como indirecta o incidental; y, refiriéndose a esta el ilustre autor Néstor Pedro Sagüés, en su referida obra sobre los procesos constitucionales en América Latina, al respecto, señala que:

es el instrumento clásico del derecho[...] para plantear en un proceso la inconstitucionalidad de una norma. En tal supuesto, el demandante al interponer su demanda, o el demandado al contestarla, invocan ante un tribunal que determinado precepto legal que se le pretende aplicar, viola a la Constitución. Esa pretensión de declaración de inconstitucionalidad es entonces algo accesorio a lo debatido en el proceso principal (que puede ser de materia civil, comercial, penal, laboral, administrativo, etc.). La resolución judicial tiene efectos, en principio, para el caso concreto. (2004: 65, 66).

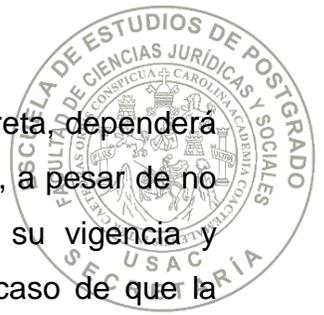


Esta, a diferencia de la anterior, normalmente sí depende de la existencia de un proceso jurisdiccional previamente iniciado o que, en su caso, paralelamente se promueva junto a la pretensión de inconstitucionalidad de una o varias normas jurídicas determinadas, Las cuales se cree, prima facie, que servirán de fundamento principal para que el juez o el tribunal resuelva el fondo del caso concreto.

En ese sentido, como lo refiere el autor en mención, en general se puede plantear en el momento mismo de la demanda, al contestar esta o, salvo disposición legal contraria, en cualquier estado del proceso mientras no se haya dictado el fallo que le ponga fin al fondo del litigio; por lo que, como se colige, sí depende del estado del proceso principal. Es así como, por su propia naturaleza, los efectos que produce un planteamiento de esta clase de inconstitucionalidad, en caso de ser acogida es “inter partes” –o sea, solo entre las partes del proceso de que se trate- y *extunc* -desde siempre; es decir, surte efectos para el caso concreto que se conoce-, independientemente de que la norma sí conserva sus efectos jurídicos dentro del ordenamiento jurídico y para la resolución de otros casos.

Advirtiéndose que, al acogerse una inconstitucionalidad concreta, indirecta o incidental, la norma o normas jurídicas cuestionadas no podrán utilizarse para la resolución de fondo del asunto sometido a decisión jurisdiccional partiendo de su vicio de inconstitucionalidad; pero, por no haberse interpuesto con carácter general, sino solo concreto, la norma o las normas refutadas no serán expulsadas del ordenamiento jurídico y seguirán vigentes.

En cuanto a la inconvencionalidad puede aludirse que la de esta clase podría, en realidad, darse en ambos ámbitos de su aplicación; es decir, mediante el control difuso a lo interno de los Estados partes, así como también en sede internacional a través del concentrado que es ejercido, con exclusividad, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Sin embargo, particularmente en esta clase de inconventionalidad concreta, dependerá del órgano jurisdiccional que internamente la declare para que la norma, a pesar de no haberse cuestionado de manera abstracta, siga o no manteniendo su vigencia y continúe perteneciendo al ordenamiento jurídico del Estado; y, en el caso de que la declaración se haga mediante control concentrado, esta deberá dejar de tener vigencia y efectos, aunque eventualmente ello pueda depender de la modificación legislativa interna a cargo del Estado condenado; pudiéndose, inclusive, disponer una metamorfosis constitucional.

5.5.3. Subclases

En estas ya no se trata, simplemente, del tipo de acción que se ejercita para obtener la declaratoria de inconstitucionalidad o inconventionalidad -abstracta o en caso concreto- porque deben hacerse valer en cualquiera de tales formas, sino más bien se circunscriben a determinar cómo es que se produce tal vicio en relación con la normativa cuestionada.

5.5.3.1. Sobrevenida

A esta también se le conoce como preconstitucional y, sobre su naturaleza, el autor Mynor Pinto Acevedo, en su obra *La jurisdicción constitucional en Guatemala*, manifiesta que: “Como consecuencia de la supremacía constitucional todas las normas que integran el ordenamiento jurídico tienen que encontrarse acordes a la ley fundamental, por lo que al existir dentro del sistema jurídico alguna que la contraríe, sea anterior o posterior a la Constitución, esta debe dejar de surtir efectos para mantener esa supremacía” (1995: 55).

Desprendiéndose que esta concurre cuando la inconstitucionalidad y en su caso la inconventionalidad se origina de la propia entrada en vigencia de la Constitución y/o, de la Convención Americana de Derechos Humanos; o, de ser el caso, de la entrada en



vigor de aquellos otros tratados internacionales de derechos humanos que, respectivamente, conforman los bloques de constitucionalidad y de convencionalidad, antes descritos.

Ergo, esta clase de inconstitucionalidad - y de inconventionalidad-, de ser declarada es el producto de la incompatibilidad normativa entre las disposiciones legales preexistentes y la Constitución o Pacto de San José que, posteriormente a la vigencia de aquellas, haya entrado en vigor; en el caso de la Convención Americana después de su suscripción en 1969 y su puesta en vigencia en 1978 y en el de la Constitución pues dependerá de cada Estado Parte y de la sanción de su ley fundamental; en el caso de Guatemala: en 1986.

Concluyéndose que, en tales supuestos, la o las normas refutadas de inconstitucionalidad e inconventionalidad, al momento de su promulgación y su entrada en vigencia, aún no adolecían de ninguno de esos vicios; pero que, sin embargo, al entrar en vigencia una nueva Constitución o haberse ratificado el Pacto de San José y entrada en vigor para el Estado parte de que se trate, estas devienen en inconstitucionales e inconventionalidad como efecto de su incompatibilidad con las nuevas disposiciones normativas vigentes.

5.5.3.2. Por omisión

Al respecto el jurista argentino Víctor Bazán, en su monografía

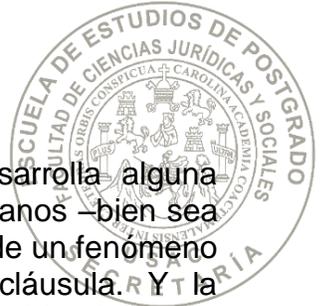
Control de las Omisiones Inconstitucionales y Inconvencionales”, al definir dicho concepto manifiesta lo siguiente: “consiste en la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas falta de acción total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución. (2014: 103).

Es decir, esta variante de inconstitucionalidad -aplicable también a la inconvencionalidad- se da cuando, a pesar de existir en la Constitución y/o, en su caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos –o sus respectivos bloques-, la orden taxativa de emisión -o derogación- de determinada disposición jurídica, el ente encargado de hacerlo, en el caso de la inconstitucionalidad: el parlamento o congreso de la república, o en su caso el Poder Ejecutivo en cuanto a reglamentos y para el caso de la inconvencionalidad: el Estado Parte, propiamente dicho, no cumple con ello dentro de un plazo razonable o bien dentro del que fuera fijado expresamente para tales efectos.

Cada vez es más común su aceptación y reconocimiento, por lo que vale referir que fue a partir de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 1969, que se ha dado vida e implementado la denominada doctrina de “Inconstitucionalidad por Omisión”; y, desde entonces, esta se ha llevado a la práctica a través de normas explícitas y/o bien por medio de la jurisprudencia de los más altos tribunales estatales. Teniendo como fin principal poner fin a la inacción e incumplimiento de la normativa relacionada, porque ello se estima inconstitucional, al no cumplirse con lo ordenado por la propia Constitución.

Cosa similar sucede en cuanto a la inconvencionalidad por omisión, partiendo de que, por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera expresa, establece y ordena, en su artículo dos, que todos los Estados Partes de esta deben adecuar su normativa interna a dicho Tratado y, ante ello, el no hacerlo, después de estar vigente esta para el Estado de que se trate, su omisión resulta falta de conveniencia, dado que conlleva incumplimiento de la obligación internacional y, por ende, una consecuente responsabilidad de ese mismo tipo para el Estado Parte que sea renuente a cumplirlo.

Al respecto, Eto manifiesta que, a su parecer, concurren dos clases de inconvencionalidad por omisión; a saber: a) *latu sensu*; y, b) *corpus iuris*. Sobre ese particular manifiesta:



Cabe, entonces, esgrimir con énfasis que cuando no se desarrolla alguna cláusula de un tratado internacional en materia de derechos humanos –bien sea a nivel regional o internacional- estamos estrictamente hablando de un fenómeno concreto: se viola por omisión el no desarrollo de dicha cláusula. Y la inconventionalidad por omisión puede manifestarse en sentido lato, ya desarrollado brevemente líneas arriba; o *corpus iuris*, cuando se detecta que alguna cláusula internacional requiere de una norma interna que logre desarrollarla y el Estado o gobierno ha venido intermitente y sistemáticamente omitiendo su desarrollo normativo, quedando la mencionada cláusula internacional como una norma lírica, sin vida y sin sentido, porque no ha llegado a ser integrada, por decirlo así, en el ordenamiento jurídico interno de dicho país. (2015: 288-290).

Coligiéndose, de lo anterior, que la violación a la Constitución –y, en su caso, del bloque de constitucionalidad-, así como del Pacto de San José –y, eventualmente, del bloque de convencionalidad o *corpus iuris*-, se produce tanto por acción, así como por omisión. Es decir, por hacer algo en contra de la normativa constitucional o internacional, en el orden respectivo, así como también por no hacer lo que dichos cuerpos normativos ordenan; y, ello, por virtud de la supremacía normativa que, para el caso de la inconstitucionalidad, se traduce en la Constitucional y, para el de la inconventionalidad, en la Convencional.

5.5.3.3. Por vetustez

Al respecto, Gozáni menciona lo siguiente:

La ley actúa sobre la generalidad, haciendo abstracción de los hechos, sistematizando las acciones y asignando plenitud al cuerpo orgánico del sistema, en cambio, las normas fundamentales, las cartas magnas, o simplemente las Constituciones, especifican los derechos y crean el sentido de los deberes. Por eso tienen más elasticidad y admiten creaciones flexibles donde la supremacía de los intereses admite adaptaciones al tiempo y las circunstancias, aunque se sepa de antemano que ello será para situaciones de excepción[...]/[...]/[...] con normas previstas para un tiempo que se eterniza como si todo continuara como hace dos siglos atrás, todo conduce a una fastidiosa y cruda realidad” (2015: 98, 100).



Esta modalidad, evidentemente se encuentra relacionada con la anterior, es decir, con la preconstitucional o sobrevenida; y, en síntesis, consiste, tanto para la inconstitucionalidad como la inconventionalidad, en el vicio normativo que se origina de la longevidad de una disposición determinada o de una ley en general que si bien vigente puede no ser positiva.

Es decir, su incompatibilidad con la Constitución y el Pacto de San José –y sus bloques- se origina del hecho mismo de que, no obstante, encontrarse vigente, la norma ya no es positiva y expedita para la resolución de determinados conflictos jurídicos; y, aunque no colisione directamente con estas, tampoco se adapta perfectamente a sus preceptos, lo que, por derivación, la torna en inconstitucional e inconventional, según sea el caso.

5.5.3.4. Ex officio

Amaya señala que dicha posibilidad crea una inminente tensión procesal, porque hay argumentos en contra y también en favor de esta; refiriendo, en cuanto a la primera postura, que: “las cuestiones a ser resueltas por el Poder Judicial deben provenir de una precisa elaboración, producto del choque entre los argumentos de las partes opuestas, que exploren todos los aspectos de la multifacética situación, que comprende los intereses y reclamos en conflicto[...]/[...]. La ausencia del proceso discursivo ensombrece la cuestión constitucional a los ojos del sentenciante, cuando precisamente sobre aquella debería recaer la más abundante luz, por su magnitud en el juego de las instituciones”. Y, con respecto a la segunda posición, refiere: “el derecho dispone un orden jerárquico de las normas jurídicas[...] de manera que las inferiores resulten inválidas de ser incompatibles con las superiores; luego, como el derecho lo sabe el juez, conforme al principio *iura novit curia*, él debe ajustar sus decisiones a la norma superior” (2015: 240, 241).



De lo anterior, se advierte que, al menos en cuanto a la inconstitucionalidad, a pesar de existir ciertas posturas doctrinarias favorables, también las hay —y con total vehemencia— las posturas en contra de que, en efecto, tal declaración pueda llevarse a cabo de oficio.

Entre los argumentos más fuertes contra la declaratoria de inconstitucionalidad, de oficio, está lo relativo a la presunción de constitucionalidad que debe privilegiarse en cuanto a las normas emanadas de los poderes estatales facultados para ello.

Puesto que, según se señala, partiendo del principio del *indubio pro legislatoris*, las leyes emanadas especialmente del poder legislativo están revestidas de esa presunción; por lo que, permitir una declaración oficiosa de su inconstitucionalidad, sin que medie acción y/o pretensión legítima en dicho sentido y sin argumentos sólidos que evidencien que en efecto carece de ese vicio, tiende a vulnerar dicha presunción y su sustento democrático.

Ahora bien, cosa distinta sucede con la inconvencionalidad; la cual, dicho sea de paso, en su doctrina forjada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha establecido que, como uno de sus principios torales es que sea ejercida *ex officio*; es decir, sin necesidad de que se haga un planteamiento formal al respecto y sin que, para ello, el juez o tribunal se encuentre limitado por el requerimiento que se formule en cuanto al mismo, porque, inclusive, no concurriendo este, la obligación para su ejercicio subsiste.

Al respecto, el jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en su ya precitada obra *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, nos manifiesta: “Debe ejercerse <<de oficio>> sea invocado o no por las partes. Esta característica del <<control difuso de convencionalidad>> constituye una precisión de la doctrina original. Se estableció en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú[...]y a partir de entonces se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Corte IDH. Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, con independencia de que las partes lo invoquen[...] implica que[...] <<esta función no debe quedar limitada

exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto>> [...]Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho y la jurisprudencia convencional)” (2016: 723, 724).



Evidenciándose que mientras que para el caso de la inconstitucionalidad existen diversas posturas que niegan la legitimidad de ejercer su control y declaratoria de oficio, para el caso de la inconvencionalidad se tiende a reconocer y aceptar la factibilidad de ejercer el respectivo control que conlleve a su declaratoria, de oficio; tal como lo ha determinado el Tribunal Interamericano desde los inicios de la formulación de su doctrina del control de convencionalidad, conforme a lo antes manifestado y así lo ha venido desarrollando.

La complejidad, en estos supuestos, podría darse en aquellos Estados partes del Pacto de San José en los que, en efecto es el Sistema de Justicia Constitucional implantado en este el que, a su vez, se emplea para el ejercicio del control de convencionalidad; porque, partiendo de lo antes dicho es factible y, de hecho, muy recurrente, el que dicho ejercicio de convencionalidad se lleve a cabo precisamente mediante los procedimientos internos preestablecidos para el ejercicio del control de constitucionalidad.

Y, en tal orden de ideas lo complicado podría surgir en aquellos supuestos en los que, en efecto, no se pueda ni tenga facultad y competencia para declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma jurídica, por depender de la disposición de la persona o ente legitimado para su requerimiento, sin que este se haya dado, pero a la vez se tenga el compromiso de ejercer *–ex officio–* el respectivo control de convencionalidad y, como resultado de ello, se tenga la facultad y competencia para declarar la inconvencionalidad de la misma norma; máxime si dicha declaratoria de inconvencionalidad exclusivamente puede declararse por vía de la propia inconstitucionalidad, como sucede en determinados ordenamiento jurídicos internos, especialmente aquellos en los que, por la vía que sea, se ha aceptado y reconocido el denominado Bloque de Constitucionalidad.



5.5.3.5. Otras (formas de controlar una eventual incompatibilidad)

Aunque no pueden llevar, por sí mismas, a la declaración directa de inconstitucionalidad, en su caso sí pueden, a través de un control preventivo de constitucionalidad, determinar y evidenciar la probable incompatibilidad entre ciertas normas jurídicas y la Constitución; radicando en ello, precisamente, la diferencia entre un control represivo, como el que se produce por los medios antes mencionados y uno de naturaleza preventiva, como el que, por su parte, originan –entre otros-, generalmente, los siguientes: el veto presidencial; las opiniones consultivas; los dictámenes previos; etcétera.

Al respecto, José Arturo Sierra González, referido por Geovani Salguero Salvador, en su obra *El Control de Constitucionalidad de las Normas Jurídicas*, señala:

Es la potestad otorgada a los tribunales de justicia constitucional para que conozcan y se pronuncien, acerca de la compatibilidad con la Constitución de determinados textos normativos, antes de que estos entren en vigencia. Es de tipo preventivo, porque persigue la finalidad de evitar que entren al ordenamiento jurídico normas inconstitucionales. Se actúa a propio para proteger el principio de supremacía, generalmente, antes de que finalice el proceso de sanción, promulgación y aplicación de la ley. (2010: 222).

Analizándose someramente tales medios de control preventivo, para mejor comprensión, en este orden expresado –veto, consulta, dictamen-; aunque sin obviarse que, a su vez, existen otros tantos, como los informes, objeción, requerimiento, control automático, etcétera; pero todos ellos con un mismo fin: un control preventivo de constitucionalidad.

En ese sentido, el profesor Néstor Pedro Sagüés, en su multicitada obra *El Sistema de Derechos, Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, manifiesta que: “Ciertas constituciones determinan que si el Poder Ejecutivo veta un proyecto de norma



por razones de su inconstitucionalidad, el caso debe girarse al órgano de control de constitucionalidad (por ejemplo, Corte Suprema, Sala Constitucional), quien se expedirá sobre la constitucionalidad de la iniciativa de ley[...]/Es un procedimiento de control preventivo de constitucionalidad” (2004: 72).

Es decir, el “veto” por la inconstitucionalidad, consiste en aquella facultad que le asiste al Poder Ejecutivo de ejercer, preventivamente, cierto control de constitucionalidad en el proceso de formación de ley; por estimar que la normativa jurídica aprobada por el poder legislativo resulta incompatible con la Constitución o con el Bloque de Constitucionalidad; lo cual, de ser el caso, no permitirá la entrada en vigencia de la normativa cuestionada, salvo que, como se regula en algunos sistemas, se haga valer la Primacía Legislativa.

En cuanto a la consulta de inconstitucionalidad –u opiniones consultivas- el autor Geovani Salguero Salvador, refiriéndose expresamente a Guatemala y la regulación de este mecanismo de control preventivo en la Constitución Política, señala:

la opinión consultiva constituye un mecanismo facultativo y preventivo de control de constitucionalidad, por medio de la cual la Corte de Constitucionalidad emite pronunciamiento en torno a constitucionalidad de determinados asuntos, sean de naturaleza normativa o fáctica, planteados por los órganos estatales específicamente facultados –el Congreso de la República, el presidente de la República y la Corte Suprema de Justicia-” (2010: 224).

En términos más generales, el jurista Néstor Sagüés, en su misma obra antes precitada, sobre el tema particular refiere: “si las partes promueven en un proceso la declaración de inconstitucionalidad de una norma, el juez ordinario debe remitir los autos al órgano de control de constitucionalidad (Corte Suprema, Sala Constitucional)[...] Algo similar ocurre si el juez tiene dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma que debe aplicar[...] y que él mismo no puede declarar inconstitucional, por residir tal poder en otro cuerpo del Estado[...]/En Ecuador, la ‘consulta’ ante el Tribunal Constitucional es un mecanismo que permite a este revisar



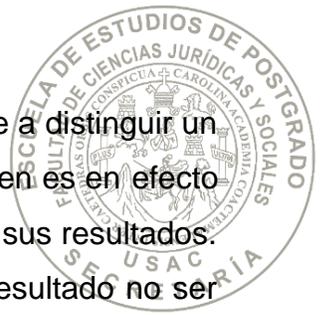
las sentencias admisorias de amparos dictadas por los jueces inferiores y es obligatoria[...].//También[...]existe la ‘consulta legislativa de constitucionalidad’[...]sobre proyectos legislativos, de reformas constitucionales, aprobación de convenios o tratados internacionales, proyectos de ley[...] etc.” (2004: 67).

Advirtiendo de lo anterior que, por la denominación común de “consulta”, puede hacerse referencia a distintos medios para controlar de manera preventiva la constitucionalidad de normas y/o actos jurídicos en general; pudiendo hacerse, dicha consulta, por medio de una vía judicial y en este caso sería cuestionable si realmente dicho control deviene de carácter preventivo por ya haberse iniciado un proceso jurisdiccional, o bien hacerse con carácter de legislativa, aunque podría suceder que esta no provenga del poder legislativo estrictamente, sino del Ejecutivo o de otro órgano estatal con facultades para emitir reglamentos u otras disposiciones normativas de carácter general.

En síntesis, la consulta de constitucionalidad sea por vía judicial o bien legislativa, con las salvedades antes dichas, normalmente corresponderá atenderla al más alto tribunal interno, con competencia para dirimir esta; pudiendo ser, incluso, obligatorio hacerla. Por último, en cuanto al dictamen sobre la constitucionalidad, el autor Salguero Salvador en su precitada obra menciona, aunque siempre refiriéndose al caso guatemalteco, que:

un dictamen constituye un mecanismo directo, abstracto, preventivo y vinculante de control de constitucionalidad, por medio del cual la Corte de Constitucionalidad se pronuncia sobre la constitucionalidad de proyectos de reforma de leyes de rango constitucional, a instancia del Congreso de la República” (2010: 234).

En realidad, pareciera ser un mecanismo sui generis del sistema guatemalteco, aunque a su vez, con sus diferencias, tiende a parecerse, en esencia, a la consulta legislativa de constitucionalidad, antes mencionada, y no a la que surge ya iniciado un proceso judicial.



Sin embargo, al menos en el sistema jurídico guatemalteco, lo que tiende a distinguir un mecanismo del otro; es decir, la consulta u opinión consultiva del dictamen es en efecto el carácter obligatorio de uno y otro y, en concreto, lo vinculante o no de sus resultados. O sea, mientras que la consulta puede hacerse facultativamente y su resultado no ser del todo vinculante por su propia naturaleza y atendiendo a las disposiciones especiales que la regulan; en el caso del dictamen su requerimiento y producto siempre será obligatorio, al tenor de las propias normas jurídicas que así lo determinan.

Son pues los anteriores, en conclusión, y, en términos generales, los medios, mecanismos, vías y/o instrumentos con los que, comúnmente, se cuenta para el ejercicio del control de constitucionalidad que, *mutatis mutandi*, también resultarían aplicables para el ejercicio del control de convencionalidad, de forma difusa, a lo interno de cada Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con su propia doctrina.

Siendo relevante, en cuanto al tema de las “consultas” y en cuanto a la convencionalidad, recordar que la Corte Interamericana también tiene una función consultiva; la cual está regulada en el artículo 64 del Pacto de San José y por medio de esta Corte responde las consultas hechas por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos o de los órganos de esta, en cuanto a: i.- la compatibilidad de las normas internas para con dicha Convención; y, ii.- la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de derechos humanos en los Estados Americanos.

En el desarrollo de tal función -la consultiva- debe reiterarse que el tribunal interamericano es el intérprete último de la Convención Americana de Derechos Humanos y, ante ello, a pesar de su carácter de “consulta”, la interpretación que del Pacto haga la Corte a través de esta, según el ordenamiento jurídico, podría ser vinculante para quien la gestionó.

Esta competencia de la Corte no es menos importante que la contenciosa, puesto que, a través de esta, se dan pautas y directrices para quien la solicita que, en caso de ser un Estado Parte de la Convención, eventualmente puede repercutir en las decisiones que sobre el tema concreto sometido a consulta, pueda adoptar a futuro e inclusive los demás Estados también podrían tomar en cuenta las interpretaciones de dicha Corte, contenidas en las consultas en mención, a efecto de evitar asuntos contenciosos con posterioridad.

A la presente fecha, la Corte Interamericana ya se ha pronunciado –en total– en unas 24 consultas que le han sido formuladas y en las cuales ha interpretado y opinado en relación con temas tan diversos; por ejemplo, efectos de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana; las restricciones a la pena de muerte; modificaciones a la Constitución Política de un Estado Parte; Colegiación Obligatoria de los Periodistas; etc.

5.6. Órganos competentes

5.6.1 En cuanto a la inconstitucionalidad

Como se sabe, definitivamente dependerá del sistema de justicia constitucional que a lo interno del Estado de que se trate se haya adoptado, para los efectos del ejercicio del respectivo control de constitucionalidad; es decir, especialmente: a) el europeo, y, b) estadounidense; sin perjuicio de las modalidades que de estos existen en Latinoamérica.

Así, entonces, por ejemplo, en el sistema europeo –en orden, para su mejor comprensión– lo básico, común y hasta normal será que, por tratarse de un modelo concentrado, dicha competencia recaiga directa y concretamente en un Tribunal Constitucional; como el ente encargado de defender la Constitución y controlar la constitucionalidad de las normas y actos normativos de carácter general del poder

público, o en su caso de normas jurídicas que eventualmente también podrían ser aplicadas para resolver en los casos concretos.



En el sistema Kelseniano la denominación de los órganos competentes variará desde el clásico Tribunal Constitucional –en España, Alemania, etcétera- hasta las distintas Cortes Constitucionales –Italia, entre otros-; pasando, a su vez, por órganos tan sui generis como el denominado Consejo Constitucional Francés que ejerce un control político previo y la Corte Suprema del Reino Unido que asumió las competencias de la Cámara de los Lores.

Es así como, en el sistema americano puro la cuestión de competencia se torna un tanto menos compleja si se parte de que en lo judicial, ab initio, todos los jueces pueden ejercer el control de constitucionalidad y, por ende, advertir y declarar una inconstitucionalidad; ello partiendo de la llamada Judicial Review, conforme la “lógica de Marshall”, a la que ya se hizo referencia y que se encuentra en el famoso fallo del caso “Marbury contra Madison”.

Es decir, la competencia para el control y eventual declaratoria de inconstitucionalidad, entre uno y otro sistema de justicia constitucional –clásico- irá de la existencia de un solo órgano competente para ello –Tribunal Constitucional, Corte Constitucional, etcétera- a la delegación de esa misma facultad de control y declaratoria de inconstitucionalidad de todos los jueces que forman parte del Poder Judicial de un Estado –sin perjuicio de que puedan existir ciertas limitaciones al respecto como en Guatemala, con Jueces de Paz-.

Interesante resulta advertir como, a nivel latinoamericano se da, conforme lo antes dicho, una especie de simbiosis entre ambos sistemas clásicos, surgiendo con ello



modalidades específicas en cuanto a competencia para ejercer el control judicial de constitucionalidad y en su caso declarar la inconstitucionalidad e inaplicar o expulsar la norma o acto viciado.

Advirtiendo que, en Latinoamérica, según se ha abordado anteriormente, no se encuentran implantados, en su forma pura, los sistemas clásicos de justicia constitucional –ya antes señalados-, valga salvedad en cuanto al modelo dual; lo que repercute en la competencia.

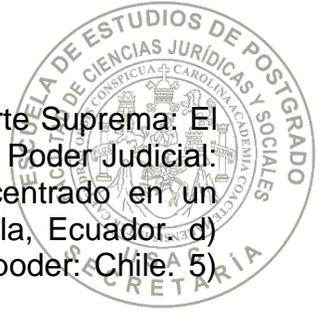
Al respecto de los distintos órganos competentes en Latinoamérica, para ejercer el control de constitucionalidad y, por ende, poder declarar una inconstitucionalidad, el autor Néstor Sagüés, en su obra *El Sistema de Derechos, Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, confirma que:

son tan disímiles esos tribunales en la experiencia latinoamericana, que tampoco puede constatarse ahora una fórmula hegemónica. Incluso, un importante grupo de naciones adopta un esquema dual o mixto, con ingredientes del régimen norteamericano y del austríaco. En otros supuestos, el modelo austríaco es adaptado y transformado con modificaciones locales que le dan una fisonomía distinta” (2004: 27).

Y, sobre el particular, formula una especie de cuadro sinóptico en los siguientes términos:

- 1) Sistema judicial difuso. Argentina. 2) Sistema judicial concentrado. a) En Corte Suprema: Uruguay, Panamá. b) En la Sala Constitucional de la Corte Suprema: Costa Rica. 3) Sistema judicial biconcentrado (en la Corte Suprema y en su Sala Constitucional): Paraguay, Nicaragua. 4) Sistemas Mixtos. a) Judicial difuso, con más control concentrado en un órgano no especializado en lo constitucional (Corte Suprema): México, Brasil, República Dominicana. b) Judicial difuso, con más control concentrado en un órgano especializado en lo constitucional: Tiene

dos variantes de este último: b') Sala Constitucional de la Corte Suprema: El Salvador, Venezuela. b'') Tribunal Constitucional situado en el Poder Judicial: Bolivia, Colombia. c) Judicial difuso, con más control concentrado en un órgano extra poder (Tribunal Constitucional): Perú, Guatemala, Ecuador. d) Judicial concentrado, con más Tribunal Constitucional extra poder: Chile. 5) Control no judicial (parlamentario): Cuba.” (2004: 28).



Como puede advertirse, de lo anterior, lo relativo a la competencia para poder declarar la inconstitucionalidad de una norma y/o acto jurídico, si bien en los sistemas clásicos puede no conllevar mayor complejidad, en el ámbito latinoamericano, dadas las particularidades, resulta un aspecto nada sencillo de la justicia constitucional; atendiendo las divergencias de modalidades y mezcla de estas que, a lo largo de la historia constitucional de la región, se han ido dando, forjando y desarrollando.

En ese mismo sentido y contexto, el autor Pablo Villalba Bernié en su obra denominada *Derecho Procesal Constitucional. Contenidos Esenciales* hace la siguiente clasificación:

a) Órganos fuera del Poder Judicial: en el carácter de Tribunales Constitucionales no adscriptos a ninguno de los poderes constituidos, que custodian la naturaleza jurisdiccional, como el caso de Chile (1980), Guatemala (1985), Perú (1993), Ecuador (1998). b) Órganos independientes, pero dentro del Poder Judicial: Son organismos independientes de los Tribunales Superiores, pero dentro del Poder Judicial es el caso de Tribunal Constitucional de Colombia (1991) y el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia (1994). c) Salas Constitucionales dentro de las Cortes Supremas: Operan en el área constitucional como Salas específicas, dentro de esta Corte Suprema, discutiéndose si son una instancia única o derivada. Se presenta en el Salvador (1983), Nicaragua (1987-1995), Costa Rica (1989), Paraguay (1992), Venezuela (1999) y Honduras (2000) ... d) Con funciones constitucionales de las Cortes Supremas: Otorgando la potestad al pleno de la Corte de resolver la cuestión[...] México[...] Brasil, Argentina, Panamá y República Dominicana –SIC–” (2018: 160, 161).

5.6.2 En cuanto a la inconvencionalidad

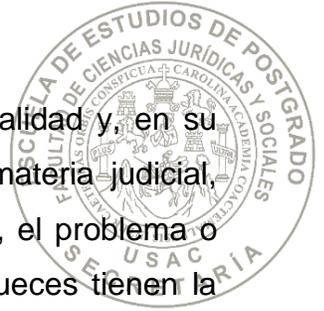
En cuanto a la competencia para controlar y, en su caso, poder declarar una inconvencionalidad y, por consecuencia, inaplicar o invalidar una norma o acto jurídico, se deberá atender a la clase de control de convencionalidad que se esté ejerciendo.

Así, si se tratare del llamado control de convencionalidad concentrado, pues sin mayor complicación la competencia corresponderá, en el caso del sistema regional americano de protección de los derechos humanos, al tribunal interamericano instituido mediante el Pacto de San José; es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme a lo antes abordado sobre el particular; y, en consecuencia, será a dicho tribunal al que, conforme sus competencias, corresponderá determinar y declarar la inconvencionalidad.

Sin embargo, cosa distinta sucede cuando el control de convencionalidad corresponde al denominado difuso, interno o en sede nacional; porque, de acuerdo con lo analizado con anterioridad al respecto, por virtud de la doctrina forjada y sustentada en la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho deber internacional le compete, por igual y sin discriminación alguna, a: “todos los jueces del Poder Judicial”.

Es así como, en todo caso, en cuanto a dicha competencia eventualmente podrían surgir discrepancias en relación con el modelo o sistema de justicia constitucional adoptado por el Estado, atendiendo al reparto de competencias que, al respecto, se encuentre fijado para el caso de la inconstitucionalidad, en virtud de la utilización de una en cuanto a la otra.





Es decir, en cuanto a la competencia para controlar una inconvencionalidad y, en su caso, declararla, el Tribunal Interamericano ha establecido que, en materia judicial, todos los jueces tienen competencia para ello; pero, no obstante, esto, el problema o conflicto puede surgir del hecho de que, en todo caso, no todos los jueces tienen la competencia para controlar y declarar una inconstitucionalidad a lo interno de los Estados partes del Pacto; atendiendo al sistema o modelo de justicia constitucional adoptado, específicamente en los casos en los que este es concentrado y, además, cuando a pesar de ser difuso la ley niega la facultad a ciertos jueces -como en el caso de Guatemala con los de Paz-.

Lo anterior no conllevaría problema alguno, si ambas instituciones –inconstitucionalidad e inconvencionalidad- se atendieran y ejercieran por separado e independientemente del sistema de justicia constitucional adoptado a lo interno de los Estados Partes del Pacto; pero, como se ha advertido, en la práctica ambas se ejercen de manera análoga.

Es por ello que, en sistemas judiciales que le han dedicado más atención al tema, ya se habla de “intensidades” en el ejercicio del control judicial difuso de convencionalidad, por ejemplo, en el mexicano; para señalar que los jueces jerárquicamente inferiores deberán procurar siempre una “interpretación conforme” y que, en todo caso, solo los tribunales más altos podrán declarar la inconvencionalidad y, en su caso, inaplicar la norma u acto.

Corolario, en la inconvencionalidad, independientemente del sistema o modelo de justicia constitucional adoptado, todos los jueces tienen competencia para ejercer dicho control; so pena de producir, por inacción u omisión, la responsabilidad internacional del Estado de que se trate; independientemente de los efectos que se le den a la inconvencionalidad.



5.7. Trámite general

En dicho sentido, independientemente de las regulaciones normativas y procedimentales internas de cada uno de los Estados sobre el particular, en el primer supuesto; es decir, el de una acción abstracta de inconstitucionalidad, pues más allá de las formalidades de su planteamiento, el trámite general consistirá, conforme a su naturaleza antes abordada, el de una pretensión principal y autónoma, cuyo propósito total será obtener la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma y/o acto jurídico de carácter general cuestionado.

5.7.1. De la inconstitucionalidad

Partiéndose de que la inconstitucionalidad, como antes se indicó, dentro de sus variantes destaca -en especial- su planteamiento de forma general, directa o abstracta; o indirecta, incidental o excepcional; y, precisamente de ello, depende el trámite general de esta.

O sea, dependerá en gran manera del sistema de justicia constitucional adoptado y de los procedimientos internos para su sustanciación, para determinar cuál será el camino a seguir para controlar la constitucionalidad de las normas o actos jurídicos; sin embargo, sin perjuicio de ello, el punto central es de que, en el sistema concentrado será un tribunal específico el competente para conocer de dicha acción y en su caso declararla; y, en el caso del sistema difuso, esa facultad podrá estar delegada a varios o a todos los jueces.



Por su parte, en cuanto a la inconstitucionalidad indirecta o incidental, cabe mencionar que esta, al contrario de la general, parte de la existencia subyacente de un proceso ya iniciado y, con respecto del cual, se ventilarán de manera paralela y, eventualmente, en forma simultánea; aunque dadas las circunstancias también puede darse sucesivamente.

En tal sentido, lo particular de esta segunda clase de inconstitucionalidad radica en que, independientemente del órgano competente para su conocimiento y decisión, ya debe existir un proceso jurisdiccional dentro del cual se formule el planteamiento respectivo; y, dentro del cual, se tenga la expectativa cierta de aplicación de la norma jurídica refutada para la resolución del conflicto, pretendiéndose, en consecuencia, su inaplicación formal.

Así se comprueba que, dependiendo del sistema de justicia constitucional adoptado por el Estado de que se trate, al tenor de lo ya antes abordado sobre el particular, dicha pretensión podrá hacerse valer mediante el planteamiento de una excepción o incidente, entre otras formas; y, este, podrá provocar que el órgano ante quien se interpone lo conozca o bien, si careciere de competencia, lo remita a otro para su conocimiento o bien en consulta al tribunal que sí posea dicha facultad, o en su caso se remita informe a este.

Por lo que, aparte de las formalidades de rigor, el punto toral en cuanto al trámite de la inconstitucionalidad indirecta es que su interposición solo procede de manera accesoria al proceso principal que se está ventilando, para que la norma no se aplique al resolver.



5.7.2. De la inconvencionalidad

En cuanto a la inconvencionalidad que pueda originarse del control concentrado, esta se dirimirá conforme a los procedimientos internos y generales previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como los Reglamentos y Estatutos tanto de la Comisión Interamericana de derechos humanos así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; según los asuntos particulares de que se trate, atendiendo a las distintas competencias que le asisten a la Corte y en cuyos casos normalmente interviene de manera preliminar y subyacente la Comisión, depurando los casos que le traslada.

En tal orden, en el control concentrado la pretensión de inconvencionalidad se hará valer a través de las acciones respectivas que, en su caso, la Comisión someta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; específicamente en aquellos casos de carácter contencioso, sin que para ello sea necesario un trámite adicional al planteamiento mismo de la acción y/o demanda contra el Estado Parte que se denuncie de infractor, dado que ese control constituye, por sí mismo, el quehacer del Tribunal Interamericano en mención.

Ahora, al no existir un trámite general previsto para la inconvencionalidad difusa, tomando en cuenta las pautas generales del propio Tribunal Interamericano, lo habitual ha sido, más allá de que se comparta o no, equiparar este al que corresponde a la acción de inconstitucionalidad y dentro de este, hacer valer dicho control. Aunque, a su vez, debe tenerse presente que, más allá de que exista un procedimiento preestablecido o no para ello, ese control debe ejercerse *ex officio* por todos los jueces, dentro del marco legal de sus competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales internas, de cada Estado.



5.8. Efectos

La declaratoria de inconstitucionalidad, en caso de ser de carácter general y más allá del sistema de justicia constitucional del Estado, comúnmente tenderá a provocar que las normas o acto jurídico cuestionado sea expulsado del ordenamiento jurídico de este y, a su vez, que pierda vigencia y obligatoriedad dentro de este, al considerarse que resulta incompatible con la Constitución y/o, en su caso, con el bloque de constitucionalidad.

Por el contrario, una inconstitucionalidad en caso concreto, normalmente, solo provocará que las normas o acto jurídico impugnado sea inaplicado para la resolución de fondo de este; pero sin que ello conlleve a su expulsión del ordenamiento jurídico y a su pérdida de vigencia, pues sus efectos se limitan inter partes, y no son erga omnes como en la otra.

Por su parte, una inconvencionalidad declarada en sede internacional traerá consigo la responsabilidad internacional del Estado y, a su vez, el deber de cumplir con lo ordenado por el Tribunal Interamericano sobre la inconvencionalidad de las normas o actos jurídicos.

A su vez, siguiendo la lógica de lo antes dicho, en cuanto a la inconstitucionalidad y en virtud de la inexistencia general –con sus excepciones- de un procedimiento establecido para sustanciación de la inconvencionalidad difusa, al acoplarse esta a lo dispuesto para la inconstitucionalidad –abstracta o indirecta- sus efectos jurídicos necesariamente tenderán a ser muy similares; es decir, de expulsión general del ordenamiento jurídico o bien solo de inaplicación de la norma en el caso concreto en el que se haya determinado.



5.9. Similitudes y diferencias

Finalmente, después del largo camino recorrido en la presente investigación doctoral es factible extraer lo que, a mi juicio como postulante y en aporte personal, se considera que son las principales o, al menos más evidentes, semejanzas y discrepancias que existen entre ambas instituciones jurídicas; es decir: inconstitucionalidad e inconventionalidad; sin perjuicio de que, desde una óptica distinta o más profunda, existan más de estas, atendidas sus peculiaridades, en los ámbitos de su existencia: nacional e internacional.

En ese sentido es conveniente señalar que la enumeración o individualización de tales analogías y divergencias, para los efectos del presente trabajo constituye exclusivamente una mera enunciación descriptiva, pero no limitativa; o sea, que su recuento no implica ni pretende agotarse, sino más bien busca, simplemente, ser el punto de partida de una comparación que, a posteriori, pueda servir de base para su futura complementación o ampliación, conforme el desarrollo del estado del arte existente en cuanto a ello, el cual se aspira a superar con la puntualización concreta de tales similitudes y diferencias.

Por lo que, hecha la salvedad anterior y, siguiendo en dicho orden de ideas, sin pretender ser un estudio de derecho comparado, porque no es ese el objetivo de esta investigación, se pasan a listar las que, a mi juicio como postulante de tesis, resultan ser más relevantes para los fines trazados con el presente trabajo doctoral; sin que el tema se agote con ello, sino más bien para que, a partir de su enumeración, se puedan realizar, a futuro, sendos estudios encaminados a profundizar y ampliar en el tema, para su mejor comprensión.

Haciéndose la salvedad de que, por su grado de abstracción, la individualización se hace con perspectiva de los aspectos sustantivos de ambas instituciones,

especialmente; más allá de los adjetivos que también resultan concurrentes, pero sin perjuicio de que pueda devenir necesario referir algunos de estos, para expeditar su mejor comprensión; es decir, se abordan más sus aspectos de fondo que sus procedimientos.



Además, conveniente resultar indicar y reiterar, que con respecto a la inconventionalidad no se parte del concepto general de convencionalidad, surgido del derecho internacional en cuanto a los tratados y convenios internacionales y su respectivo cumplimiento, sino más bien, su espectro de análisis está circunscrito al ámbito de los derechos humanos; es decir, a los tratados y convenios internacionales dentro del Sistema Interamericano.

Asimismo, el estudio de la inconventionalidad –como producto de la convencionalidad-, se aborda en cuanto a sus analogías y discrepancias en relación con la inconstitucionalidad, no en relación con el Sistema Universal de los derechos humanos, sino más bien en cuanto al ámbito regional del correspondiente Sistema Americano de Protección de estos.

Siguiendo ese *iter*, si bien el análisis sobre la inconstitucionalidad no conlleva diferenciar aún más su campo de examen, en el caso de la inconventionalidad es menester asentar que su estudio se hará desde la perspectiva de la doctrina del control de convencionalidad emanada, forjada y desarrollada mediante la interpretación y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; tanto en el control concentrado que le compete así como en la formulación del control difuso judicial delegado a los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, directamente a través de sus jueces.



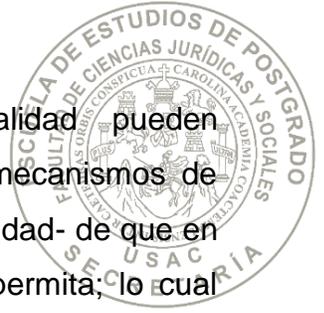
5.9.1. Analogías

- a) Ambas instituciones jurídicas –inconstitucionalidad e inconvencionalidad- parten de la noción de jerarquía normativa, la cual se pretende resguardar a través de los controles de constitucionalidad y/o de convencionalidad, respectivamente.
- b) Por medio de ambas se busca controlar la supremacía normativa, como parte de la jerarquía normativa; y, a la vez, partiendo de la primacía normativa –valgan los términos redundantes-; en el siguiente orden:
 - b.1) En la inconstitucionalidad: la supremacía constitucional;
 - b.2) En la inconvencionalidad: la supremacía convencional.
- c) En su orden tales instituciones jurídicas surgen de la protección de tal supremacía: la inconstitucionalidad del control de constitucionalidad y la inconvencionalidad del control de convencionalidad.
- d) Su existencia implica y conlleva que, ante tal preeminencia normativa, en términos generales deben prevalecer –salvo que, en razón de la aplicación del principio *pro homine*, proceda privilegiar en un caso concreto a una norma jurídica diferente-.
- e) En caso de proceder, provocarán la inaplicación –e inclusive, eventualmente, la expulsión-, de la norma jurídica –y/o acto- cuestionado, en virtud de contener vicio de inconstitucionalidad y de inconvencionalidad, respectivamente.
- f) De un examen subyacente de compatibilidad normativa puede deducirse declarar la inconstitucionalidad de una norma o acto jurídico que, a su vez, también puede provocar –en ese mismo análisis previo- la declaratoria de inconvencionalidad; y, en el mismo sentido, una norma o acto declarado



inconvenional también puede ser inconstitucional si contraría la norma fundamental interna del Estado parte.

- g)** Ambas solo pueden declararse excepcionalmente, privilegiándose la presunción de constitucionalidad y convencionalidad de los actos y normas cuestionados; solo después de procurar, previamente, una interpretación conforme mediante la cual se legitimen estos y se pueda evitar su inaplicabilidad y/o hasta expulsión, mediante el principio de conservación de actos y de presunción de su legitimidad.
- h)** Actualmente ambas instituciones jurídicas, al menos a lo interno de los Estados, se desarrollan conforme al sistema de justicia constitucional adoptado dentro de este; siguiendo, en general, similares procedimientos para su declaración.
- i)** Las dos instituciones –inconstitucionalidad e inconvenionalidad- pueden hacerse valer en casos concretos y/o también mediante acciones de carácter general; y, a su vez, respectivamente, producir efectos inter partes y/o efectos erga omnes.
- j)** En cuanto a los parámetros para el ejercicio de su correspondiente control, ambas tienen, además, de su norma fundamental primaria –la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos-, un bloque normativo adicional, aunque con la salvedad de que, en el caso de la inconstitucionalidad, no siempre se acepta y reconoce en forma expresa por los respectivos Estados; a saber:
 - j.1)** La inconstitucionalidad: el bloque de constitucionalidad;
 - j.2)** La inconvenionalidad: el bloque de convencionalidad –también denominado *corpus iuris* interamericano de protección de los derechos humanos-.



k) Tanto la inconstitucionalidad, así como la inconventionalidad, pueden evidenciarse mediante un control preventivo, a través de los mecanismos de consultas previas, dependiendo –en el caso de la inconstitucionalidad- de que en efecto el sistema constitucional adoptado en el Estado así lo permita; lo cual podría hacerse:

k.1) En la inconstitucionalidad: ante el tribunal constitucional u órgano judicial que tenga asignada esa competencia, para dirimir consultas sobre constitucionalidad;

k.2) En inconventionalidad: ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con efectos vinculantes para el Estado que la haya hecho y efectos orientadores para el resto de los Estados partes del Pacto de San José de Costa Rica.

l) Ambas pueden declararse como producto de un control represivo o restaurador, de conformidad con lo antes señalado al respecto; cuando las normas jurídicas y/o actos jurídicos ya se han promulgado y han entrado en vigencia.

m) Las dos pueden y deben, ejercerse en el ámbito judicial –independientemente de que otras autoridades tengan la facultad y el deber de ejercer también el control de constitucionalidad y, especialmente, de convencionalidad, en sus actuaciones- para resultar vinculantes, ya sea inter partes o erga omnes; todo ello conforme a las competencias de los jueces y las regulaciones procesales correspondientes.

n) Ambas instituciones, además, de ser el posible efecto del ejercicio del control, a su vez constituyen los mecanismos más drásticos de resguardo –guardianes- para el control de la supremacía de la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. La primera, solamente, a nivel estatal interno; y la segunda en sede interna y también internacional –interamericana-; sin olvidar sus correspondientes bloques –de constitucionalidad y convencionalidad-.



- o)** No obstante, que algunos órganos distintos a los jurisdiccionales -constitucionales - puedan estar facultados para ejercer, en cierta forma, control de constitucionalidad y, especialmente, el de convencionalidad, exclusivamente los jueces y/o tribunales tienen la facultad y competencia para poder declarar la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad, con los efectos que correspondan a la naturaleza de la acción a través de la cual se ha formulado el planteamiento correspondiente.
- p)** Tanto la inconstitucionalidad, así como la inconvencionalidad, pueden declararse a lo interno de los Estados. La inconstitucionalidad, a través de cualquiera de sus modalidades; mientras que la inconvencionalidad solo por medio del control judicial difuso de convencionalidad.
- q)** La inconstitucionalidad producto de un control judicial difuso de constitucionalidad, al igual que la inconvencionalidad originada de un control judicial difuso, pero de convencionalidad, históricamente han surgido por vía jurisprudencial; sin perjuicio de que, en la actualidad, la inconstitucionalidad se encuentre constitucionalizada.

Las anteriores son las similitudes advertidas como producto de la investigación realizada, sin pretender el agotamiento, inclusión y/o comprensión de todas en la individualización descrita, pero sí constituir el punto de partida para su complementación a posteriori.

Reiterándose que las analogías –y posteriores diferencias- se individualizan a partir del conocimiento general de ambas instituciones –inconstitucionalidad e inconvencionalidad- sin circunscribir dicho análisis comparativo a ningún ordenamiento jurídico concreto, pero sí a la forma en la que, en general, funciona comúnmente la



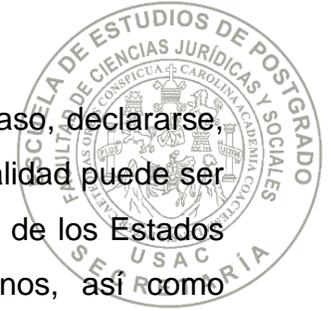
inconstitucionalidad dentro de los Estados y la inconventionalidad tanto a lo interno, así como en sede internacional.

Siendo importante recalcar que, además, de tales similitudes -y las ulteriores divergencias-un punto de convergencia de trascendental relevancia y que no debe dejarse pasar de forma desapercibida, lo constituye el que ambas instituciones jurídicas, con sus aciertos y falencias, en la actualidad constituyen medios idóneos para resguardar y garantizar los derechos humanos de las personas, se encuentren o no constitucionalizados estos.

Inclusive esas garantías, dadas las circunstancias eventualmente pueden funcionar como mecanismos multinivel de protección de tales derechos; porque, bien podría suceder que a lo interno de un Estado se haga valer una acción de inconstitucionalidad y esta resulte fallida; sin embargo, podría surgir paralelamente la inconventionalidad, sea en la misma sede interna o a nivel internacional para reparar la violación en relación con el mismo derecho.

5.9.2. Divergencias

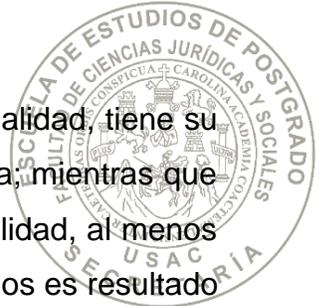
- a) La inconstitucionalidad se origina de la incompatibilidad de la norma o acto jurídico cuestionado para con la norma constitucional contenida en la propia Constitución, o bien perteneciente al bloque de constitucionalidad. Mientras que, por su parte, la inconventionalidad se produce de la incompatibilidad de la norma cuestionada, o acto jurídico, para con la norma convencional contenida en el Pacto de San José, o que se encuentra contenida en el bloque de convencionalidad o *corpus iuris* de protección de los derechos humanos a nivel interamericano.



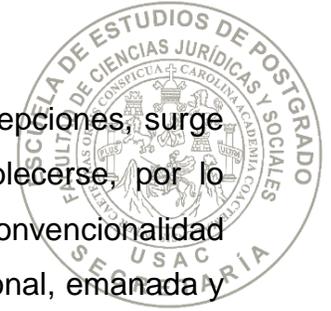
- b)** La inconstitucionalidad únicamente puede controlarse y, en su caso, declararse, a lo interno del Estado respectivo, mientras que la inconvencionalidad puede ser controlada y eventualmente declarada tanto en el ámbito interno de los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como también en la sede internacional, en este último supuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c)** Mientras que, en cuanto a la inconstitucionalidad, el ejercicio de su control puede ser, a lo interno del Estado de que se trate: concentrado, difuso o inclusive mixto, dependiendo del sistema de justicia constitucional adoptado por este; en lo concerniente a la inconvencionalidad, el ejercicio de su control, en sede nacional, independientemente del modelo de justicia constitucional siempre será de carácter difuso; porque el control de carácter concentrado y en su caso la declaratoria de la inconvencionalidad, en tal ámbito, está reservada para al Tribunal Interamericano.
- d)** En cuanto a la jerarquía normativa que, como parámetro, subyace a los controles que pueden llevar a la respectiva declaratoria, esta puede variar, dependiendo del ordenamiento jurídico respectivo; porque, en relación con la inconstitucionalidad, pueden tomarse también como parámetros los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de conformidad con el bloque de constitucionalidad, o solo la Constitución Nacional, en sí; mientras que, en cuanto a la inconvencionalidad, la Constitución interna de los Estados partes del Pacto de San José, no servirá de parámetro directo para el ejercicio del control de convencionalidad, aunque sí lo podrían ser aquellos otros convenios o tratados internacionales en materia de los derechos humanos que se encuentren comprendidos en el *corpus iuris* de tales derechos; independientemente de que, eventualmente, también formen parte del precitado bloque de constitucionalidad, en los países que lo aceptan y reconocen, ya sea en su propia Constitución o bien mediante su jurisprudencia constitucional.



- e) Una norma jurídica constitucional, en principio, no puede ser inconstitucional, pero sí inconvencional; mientras que una norma jurídica convencional, una vez ya esté vigente para el Estado parte de la Convención, no podría ser inconstitucional; porque, para ello, previamente a su ratificación ha sido sometida a ese control interno. Es decir, una norma jurídica contenida en una Constitución Nacional no podría ser declarada inconstitucional -salvo casos de reformas constitucionales en las cuales, eventualmente, sí ha habido Estados en los que se han declarado como tales-, sin embargo, ello no obsta a que esa misma norma jurídica, sometida a un control de convencionalidad, especialmente de carácter concentrado, pueda ser declarada inconvencional, con las consecuencias jurídicas para el Estado respectivo.
- f) Históricamente, según lo ya abordado, formalmente nace primeramente el control de constitucionalidad y, con ello, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma y/o acto jurídico; y, por su parte, cronológicamente, posteriormente surge la doctrina del control de convencionalidad y, con esta, la posibilidad de declarar la inconvencionalidad de una norma y/o acto jurídico –en general-, cuya conceptualización y desarrollo, al menos en el ámbito interamericano de derechos humanos es relativamente reciente y novedosa y, además, jurisprudencial.
- g) Atendiendo al sistema de justicia constitucional adoptado a lo interno del Estado, normalmente no todos los jueces pueden ejercer el control de constitucionalidad y, por ende, declarar una inconstitucionalidad; sin embargo, independientemente del mismo sistema de justicia constitucional y de la jerarquía de tales funcionarios, todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad y, por consecuencia de ello, pueden declarar una inconvencionalidad, conforme a sus competencias y de acuerdo con las regulaciones procesales correspondientes de los Estados partes.



- h)** La inconstitucionalidad, como producto del control de constitucionalidad, tiene su origen en la Constitución misma, comúnmente de manera expresa; mientras que la inconvencionalidad, como resultado del control de convencionalidad, al menos en el ámbito interamericano de protección de los derechos humanos es resultado de la interpretación y de la jurisprudencia vinculante emanada de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de su existencia y, en especial, a partir de la conceptualización de dicha doctrina en sus fallos pronunciados en sendos casos contenciosos sometidos a su conocimiento y decisión.
- i)** La inconstitucionalidad –con excepción de aquella que puede advertirse de forma preventiva, partiendo del sistema de justicia constitucional adoptado- solamente la pueden declarar los jueces con competencia expresa para ello; mientras que la inconvencionalidad y su control de convencionalidad, subyacente a esta, la pueden advertir y, en su caso, declarar, todas las autoridades públicas internas de los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- j)** La inconstitucionalidad, sea de la clase que sea, tiene procedimientos y trámites formales y preestablecidos; y, por su parte, la inconvencionalidad no los tiene; por lo que, normalmente, se adapta –por analogía- a los procedimientos previstos para la inconstitucionalidad. Existiendo, al respecto, de parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una especie de Margen de Apreciación Nacional para que sean los propios Estados los que determinen el procedimiento a seguir para ello.
- k)** La inconstitucionalidad solo puede hacerse valer a través de sus procedimientos formales, mientras que la inconvencionalidad, al no tenerlos expresamente fijados, no está sujeta a más formalidades que aquellas a las que se encuentra sometido, en su caso, el proceso, procedimiento o diligencia –principal- de que se trate.



- l) La inconstitucionalidad como institución, normalmente y con excepciones, surge de un consenso asambleario y constituyente directo, al establecerse, por lo común, en la propia Constitución Nacional; mientras que la inconvencionalidad surge como producto de interpretación y jurisprudencia internacional, emanada y desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en el ejercicio de su competencia contenciosa, a partir de sendos fallos emitidos en el año 2006.

- m) La inconstitucionalidad en un modelo concentrado de control de constitucionalidad, conlleva a un estudio de compatibilidad normativa, entre la norma constitucional y aquella que se señala de contradecirla; y, por su parte, la inconvencionalidad en el ámbito concentrado no conlleva, necesaria y directamente, a una confrontación normativa, sino que, en caso de ser declarada, será el resultado de incumplimiento del Estado parte para con sus compromisos internacionales, especialmente de los relativos en materia de derechos humanos y, en nuestra región, los emanados de la Convención Americana de Derechos Humanos y el *corpus iuris* de la materia.

- n) La inconstitucionalidad, por principio, no acarrea la responsabilidad directa alguna para el Estado en el que se declara y/o para el órgano emisor de la norma y/o acto jurídico viciado; mientras que la inconvencionalidad -concentrada-, una vez que se declara, conlleva, aneja, la responsabilidad internacional del Estado infractor de la norma convencional confrontada, teniéndose, a su vez, el deber de repararse los daños y perjuicios que se haya podido causar con el acto jurídico inconvencional.

- o) La inconstitucionalidad, al ser declarada, tiene sus propios mecanismos para la ejecución de lo resuelto y para que, en el caso de la de naturaleza general, surta sus respectivos efectos erga omnes; pero, por su parte, la inconvencionalidad no cuenta directamente con dichos instrumentos directos de ejecución a lo interno de los Estados Partes del Pacto de San José; sin embargo, mediante su

jurisprudencia la Corte Interamericana ha establecido el Estándar Internacional de que sus fallos son ejecutables directamente, y no necesitan de ningún procedimiento para ello, sin perjuicio de la facultad que le asiste para la Supervisión de su Cumplimiento.



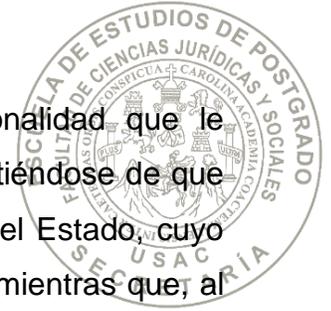
- p)** Una norma, cuya inconstitucionalidad no se acoja, puede válidamente someterse también al control y declaración de inconveniencia; mientras que una norma ya sometida al control concentrado de conveniencia y a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que, no obstante, ello, no haya sido declarada inconveniente, sino más bien ha sido hallada conforme a la Convención, legítimamente ya no podría ser declarada, ulteriormente, inconveniente en la sede interna con el subterfugio de hacerlo por vía del bloque de constitucionalidad.
- q)** La inconstitucionalidad puede ser declarada con respecto a cualquier norma que contradiga la Constitución Nacional de un Estado; pero la inconveniencia solo puede serlo con respecto a aquellas que contienen violación a derechos humanos, al igual que con respecto a los actos jurídicos, en general; siempre que, de igual manera, se refieran a tales derechos, estén constitucionalizados o no a lo interno.
- r)** En la inconstitucionalidad el órgano superior, para su control y declaración, lo será el tribunal constitucional o el órgano que, por cualquier otra denominación, haga sus veces, dentro del ordenamiento jurídico interno; y, en la inconveniencia, para su control, el órgano máximo y último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos lo será, con toda exclusividad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos; salvo el caso de la inconveniencia declarada a lo interno.
- s)** La inconstitucionalidad, en principio, no puede declararse de oficio; mientras que la inconveniencia, por el contrario, dadas las circunstancias, debe declararse

ex officio, como producto del control que –de oficio- se está obligado llevar a cabo; conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



- t) La inconstitucionalidad, como producto del control de constitucionalidad, nace del poder constituyente –normalmente- (salvo excepciones, como el caso del modelo difuso vigente en los Estados Unidos de América, que surge de la función judicial y la jurisprudencia) que, en la Constitución misma plasma los mecanismos para su defensa y el resguardo de su supremacía; mientras que la inconvencionalidad, originada del control de convencionalidad, surge de los convenios o de los tratados internacionales y, en el ámbito interamericano, concretamente de la interpretación y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollada a lo largo de su existencia y perfeccionamiento en especial en casos contenciosos.

- u) En cuanto a la legitimación activa para plantear una inconstitucionalidad, también existe divergencia con respecto a la inconvencionalidad, al menos expresamente cuando la acción es abstracta, directa o de carácter general; porque en este caso corresponde a los órganos y/o personas taxativamente facultadas para ello en la propia Constitución o en la ley que desarrolla dicha garantía; y, en el caso de la de carácter concreto, incidental o indirecta, corresponderá a las partes del proceso. Mientras que, en el caso de la inconvencionalidad, al menos en sede nacional, no existe determinación expresa en cuanto a la legitimación activa, salvo cuando se hace valer en caso concreto, en el que, de igual manera, compete a las partes; y, en el caso de la inconvencionalidad que pueda declararse por medio de un control concentrado de convencionalidad, pues la legitimación la tendrán aquellos sujetos a los que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos les reconozca tal calidad, , además, del Estado parte de que se trate, así como también la Comisión Interamericana de derechos humanos, según el propio Pacto de San José.



- v) A la inconventionalidad y por ende al control de convencionalidad que le subyace, no se les tiende a reprochar de “antidemocráticos”, partiéndose de que se entiende que obedecen a los compromisos internacionales del Estado, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional para este; mientras que, al contrario, a la inconstitucionalidad y al control judicial del cual surge su declaratoria, siempre se le ha tachado por “antidemocrático”, partiendo del argumento contramayoritario, en especial cuando está dirigido contra la legislación emanada de un parlamento.
- w) En la inconventionalidad declarada en sede internacional, puede admitirse, a su vez, eventualmente, aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional; sin embargo, en cuanto a la inconstitucionalidad, dicha doctrina es improcedente, al corresponderle, estrictamente, a la jurisdicción internacional con respecto a las variantes culturales internas de los Estados Partes de los respectivos Convenios.
- x) La inconstitucionalidad, como institución, nace en los Estados Unidos de América, con la multicitada sentencia del juez Marshall, en el caso “Marbury contra Madison”; y, a la vez, en Europa, con las teorías y doctrinas de Hans Kelsen y la creación de los Tribunales Constitucionales en las Constituciones de Checoslovaquia y Austria en 1920. Por su parte, la inconventionalidad, como la institución analizada, surge en América, específicamente en el Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos y, concretamente, con la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia y doctrina del control de convencionalidad; de carácter concentrado y, en especial, ulteriormente la de carácter judicial difuso.
- y) La inconstitucionalidad como institución jurídica de carácter nacional, se encuentra sometida a la voluntad soberana del Estado de que se trate y, por tales supuestos, bien podría estar sujeta a modificación, ampliación, restricción o cualesquiera otras eventualidades, a través de los respectivos mecanismo de la reforma, inclusive de carácter constitucional de ser necesario; mientras que, la

inconvencionalidad, al ser una institución que nace de los compromisos internacionales asumidos por los Estados, no se encuentra sujeta a la disponibilidad y voluntad de estos y, ante ello, no podría ser objeto de reforma interna alguna, sin incurrirse en responsabilidad; dado que su fuente pertenece al derecho internacional de los derechos humanos, y no a una Asamblea Nacional Constituyente, a la Constitución Nacional ni al resto del ordenamiento jurídico interno del Estado –poder constituyente o Constituido-.

- z)** En la inconstitucionalidad, la jurisprudencia ya sentada no puede emplearse como parámetro para fiscalizar y declarar esta; es decir, para el ejercicio del control de constitucionalidad de las normas o actos del poder público; y, en todo caso, a lo sumo, sí como doctrina legal o bien precedentes vinculantes. Sin embargo, en la inconvencionalidad, de la clase que sea, la jurisprudencia producida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus distintas resoluciones, en especial las dictadas en casos contenciosos, sí puede y debe, ser utilizada como parámetro para controlar la compatibilidad con las normas y/o actos que se estén enjuiciando; atendiendo a las interpretaciones contenidas en esta. Tal como lo ha señalado el mismo Tribunal Interamericano y ello deberá cumplirse independientemente de que el Estado haya sido parte o no del litigio internacional en que se haya emitido.

Como puede advertirse, del análisis realizado en la investigación, las diferencias suelen ser más abundantes que las similitudes, en cuanto a las instituciones jurídicas analizadas, es decir: la inconstitucionalidad e la inconvencionalidad; con sus clases y modalidades.

Existiendo aspectos en los que, inclusive, entre ambas instituciones pueden darse ciertas analogías que, a la vez, también pueden resultar en discrepancias, partiendo del

ámbito, nivel, tipo o clase de control -judicial- que se esté ejerciendo, o sea: concentrado o difuso.



Así, verbi gratia: podría considerarse como una similitud entre ambas instituciones el que, en su caso, las dos persiguen resguardan la supremacía normativa – inconstitucionalidad: la de la Constitución en caso de contradicción con esta; inconveniencia: la de la Convención Americana de Derechos Humanos por este supuesto-; sin embargo, a su vez, deviene en diferencia el que, mientras en el caso de la inconstitucionalidad esa supremacía lo es solo a lo interno del Estado respectivo, en el de la inconveniencia esta lo es tanto a un nivel interno de los Estados Partes de la Convención, así como también a nivel interamericano, por su hegemonía dentro del sistema regional americano de protección de los derechos humanos y sin perjuicio de lo relativo al Sistema Universal.

Es decir, solo el análisis detenido y profundo sobre ambas instituciones nos podrá dar, a futuro, los medios indispensables para poder seguir identificando tanto las similitudes, así como las divergencias, entre estas; y todo ello más allá de su simple estudio teórico.

5.10. El caso de Guatemala

Por demás, está manifestar que el presente trabajo de tesis doctoral no se circunscribe, en concreto, a Guatemala, como Estado parte del Pacto de San José, sino más bien este persigue el análisis teórico, doctrinario y jurisprudencial en cuanto al tema central, que conlleva a identificar las analogías y discrepancias entre la inconstitucionalidad y la inconveniencia; esta última, específicamente en el ámbito del Sistema Americano de Protección de los derechos humanos, con su correspondiente Tribunal Interamericano.

A pesar de lo anterior, tampoco se puede dejar de mencionar, a grandes rasgos, aspectos importantes de ambas instituciones a lo interno del Estado de Guatemala, en general; y, en especial, siempre enfocados a dichas similitudes y divergencias entre estas; es decir, entre la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad; y, en su caso, convergencias.

En ese sentido, debe partirse de que lo antes señalado en cuanto a la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad, con sus particularidades, le es aplicable al caso de Guatemala; puesto que, a lo interno del Estado convergen y coexisten ambas instituciones jurídicas; no obstante, el sistema nacional de justicia constitucional implementado y que, en su caso, eventualmente tendería a repercutir en el desarrollo del control de convencionalidad que, por disposición de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “todos los jueces” -sin importar la jerarquía o especialidad- están obligados a materializar.

En tal orden, cabe rescatar al respecto ideas previas y, en el mismo sentido, recordar que ab initio, se había intentado implantar un sistema de control de constitucionalidad a través de la implementación de la Corte de Constitucionalidad preestablecida por la Constitución del año 1965, que resultaba ser un tribunal no permanente y que, en su caso, únicamente se constituiría al existir un planteamiento de tal naturaleza y a su vez estaba integrada de manera ad-hoc; es decir, se constituiría solo cuando fuese necesario para la resolución específica de los planteamientos jurídicos formulados ante dicho tribunal constitucional.

Resultando interesante el que, inclusive en un “antecedente remoto”, como lo refiere el autor Juan Carlos Medina Salas en su obra titulada *Supremacía del Orden Constitucional en Guatemala*:

puede citarse el contenido de la literal c) del artículo 93 de la Constitución de 1879 reformada en 1921, en donde se leía: ‘Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde al Poder Judicial declarar la inaplicación de cualquiera otra ley o disposición de los otros poderes, cuando fuere contraria a los preceptos contenidos en la Constitución de la República’” (2015: 206).



Es decir, en Guatemala, con sus particularidades, ha sido consecuente el reconocimiento del principio de la supremacía constitucional, como puede advertirse del precepto al que se ha hecho mención en el párrafo precedente; en el que, a juicio del postulante, se colige una clara influencia del sistema judicial difuso implementado por la jurisprudencia de los Estados Unidos de América –“Caso Marbury contra Madison”-; puesto que, para entonces, aún no había surgido la teoría de Kelsen en cuanto a un modelo de control concentrado.

Sin embargo, sobre el particular, oportuno deviene señalar que, en cuanto al sistema de control de constitucionalidad adoptado por el Estado de Guatemala son varios los autores que coinciden en señalar que este es de naturaleza “mixta”; partiendo de que en su estructura y regulación convergen elementos esenciales de ambos modelos clásicos; es decir, del americano o difuso y del europeo o concentrado; sin que, por ello, a criterio del proponente de la tesis, pueda asumirse que su naturaleza es de sistema dual o paralelo; porque, como antes lo vimos, este implica la coexistencia autónoma e independiente de ambos modelos a lo interno de un mismo Estado, sin mezclarse en lo absoluto, lo cual no sucede en Guatemala. Dado que, en tanto en la acción general de inconstitucionalidad así como en la de caso concreto, el “órgano de cierre” y que, como consecuencia, tiene la “última palabra” al respecto resulta ser la Corte de Constitucionalidad; en la primera de forma directa mientras que en la segunda al conocer en alzada -en segunda instancia-.

Coincide en esa misma postura el autor aludido, en su misma obra, al señalar:



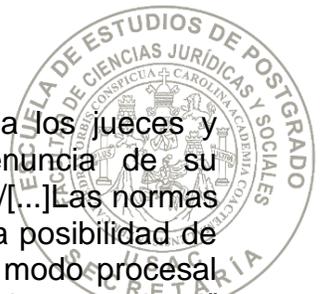
En la Constitución de 1985, -vigente a partir de 1986- el control de constitucionalidad se ejerce mediante un sistema mixto, en el cual coexisten el sistema concentrado o austriaco y el sistema difuso o americano[...]/[...]Al efectuarse el análisis del texto constitucional guatemalteco, se concluye que se ha adoptado un modelo mixto o integral de control constitucional, porque acepta y practica dependiendo de las circunstancias ambos modelos de control: el difuso o el concentrado. Se da una coexistencia de ambos sistemas por medio de la inconstitucionalidad general total o parcial y el difuso que se presenta con la inconstitucionalidad de caso concreto. (2015: 207, 213).

En el mismo sentido se pronuncian otros autores guatemaltecos, por ejemplo, Julio César Cordón Aguilar, en su obra *El Tribunal Constitucional de Guatemala*, al manifestar que:

El sistema de control de constitucionalidad adoptado en Guatemala se considera mixto por tomar de los dos grandes modelos: el americano y el europeo, algunos de sus elementos determinantes[...]/[...]Conforme a las notas anteriores es evidente que el sistema adoptado por la Constitución de Guatemala, al tomar elementos de ambos modelos (el europeo y el americano), reviste las características de un sistema mixto)[...]/ En conclusión es clara la naturaleza mixta del sistema de control constitucional adoptado por la Constitución guatemalteca” (2009; 95, 98, 100).

De igual forma, el ilustre jurista Luis Felipe Sáenz Juárez, en su obra sobre el tema, que lleva por título *Inconstitucionalidad de Leyes en Casos concretos en Guatemala*, sobre el particular nos indica:

Con elementos de los sistemas aludidos la Constitución de 1985 adoptó una formulación combinada estableciendo, por una parte, la Corte de Constitucionalidad, con carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, para la función esencial de defender el orden constitucional, independiente de los demás organismos del Estado y con funciones específicas asignadas en la ley



matriz y en la propia (artículos 268 y 272); por otra, habilitó a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para decidir, por denuncia de su inconstitucionalidad, la inaplicación de ley en casos concretos[...]/[...] Las normas transcritas adelantan ya el carácter mixto apuntado y, además, la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad de leyes en casos concretos de modo procesal diverso, lo que obliga a elaborar el examen separado que adelante se hará” (2001: 44, 45).

Lo anterior, sirve para reforzar el criterio de constitucionalización de un sistema mixto de control de constitucionalidad. Pereira-Orozco expone:

De tal suerte, en el capítulo VI de la Carta Magna, Garantías Constitucionales y Defensa del Orden Constitucional y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad [...] cuerpo legal de rango constitucional destinado a regular lo atinente a tales garantías, quedó fijado un sistema mixto de control jurisdiccional de constitucionalidad normativa, en el cual, por ende, se manifiestan en forma concomitante rasgos de los paradigmas puros -concentrado y difuso-” (2012: 232, 233).

Resultando de utilidad lo anterior, a efecto de tener claro, al menos para los efectos del presente trabajo concreto de tesis doctoral, el sistema general adoptado en Guatemala para el ejercicio del control judicial de constitucionalidad; toda vez que, como antes ya se ha dicho, ante la inexistencia de un trámite o procedimiento regulado para el ejercicio del control de convencionalidad, este debe adaptarse comúnmente al modelo del control de constitucionalidad imperante en el Estado parte del Pacto de San José de que se trate.

Siendo así como, no obstante, las similitudes y diferencias antes anotadas, a lo general, entre la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad y que le son aplicables al caso de Guatemala, menester deviene el tener presente que, a lo interno del Estado, funciona un sistema mixto de control judicial de constitucionalidad que, a su vez, dada la

ausencia de un procedimiento expreso al respecto, le será el aplicable al control de convencionalidad.



Y es así como, a lo largo de más de tres décadas, ya se ha desarrollado en el Estado de Guatemala un control de constitucionalidad hasta cierto punto híbrido; es decir, de forma mixta; sea por jueces de la jurisdicción ordinaria en función de tribunales constitucionales o bien por la propia Corte de Constitucionalidad; según el caso y sus correspondientes competencias expresamente preestablecidas y las regulaciones procesales respectivas; teniendo siempre -salvo en los casos del control difuso, en los que no se acuda en alzada- la última palabra la Corte de Constitucionalidad, en vía directa o a través de la apelación.

En Guatemala, realmente la discrepancia al respecto siempre se había dado en relación con la determinación de la supremacía normativa y preeminencia, entre la Constitución y los tratados y/o convenios internacionales en materia de derechos humanos; atendiendo a que estos últimos, conforme al artículo 46 de la Constitución, deben prevalecer sobre el derecho interno, aunque, a su vez, el artículo 204 -y, en su caso, el 175-, de esta, señala el deber de observar que nuestra Constitución tiene preeminencia sobre cualquier ley o tratado, en términos generales, especialmente para la toma de decisiones judiciales. Surgiendo sobre el particular, inclusive, cavilaciones hasta bizantinas en cuanto a que si la Constitución era o no derecho interno; habiendo un sector de juristas, doctrinarios y hasta jueces -ordinarios y constitucionales- que propugnaron por negarle dicha categoría.

Sobre ello, uno de los más connotados constitucionalistas nacionales como el doctor Jorge Mario García Laguardia, en su obra *Breve Historia Constitucional de Guatemala*, precisamente refiere lo relativo a la recepción del derecho internacional en esa materia.

Al respecto, señala:

En este contexto debe interpretarse el artículo 46, que constituye una de las más importantes innovaciones del texto y que expresa que 'se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno', el cual introduce una nueva visión en el problema de la jerarquía normativa que los constituyentes omitieron resolver expresamente. Puede afirmarse que la fuente de esta disposición está en el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979, pero con diferencias importantes, pues mientras esta atribuye a los tratados sobre derechos humanos 'jerarquía constitucional', la de Guatemala les da 'preeminencia sobre el derecho interno', lo que ha abierto la discusión sobre si en esa expresión se incluye la propia Constitución. (2002: 102).

En efecto, como lo indica el ilustre Profesor García Laguardia, la formulación normativa contenida en el artículo 46 constitucional es la que, precisamente, ha causado disimiles criterios al respecto; puesto que, al final, solamente se estableció un principio, pero no se delimitó la jerarquía normativa de manera expresa, en relación con la Constitución y a los tratados y los convenios internacionales en materia de derechos humanos, dejándose en manos del intérprete de turno la estimación de esa preeminencia, sobre la Constitución.

Sin embargo, como se evidenció anteriormente tal situación se entiende superada a partir del fallo de fecha 17 de julio del 2012, dictado en el Expediente 1822-2011, a través del cual la Corte de Constitucionalidad reconoció y aceptó el Bloque de Constitucionalidad.

Resultando conveniente, para una mejor comprensión de lo abordado en este apartado, reiterar lo que en la parte conducente de tal fallo estableció nuestro tribunal constitucional con respecto a dicho bloque; porque este le otorgó rango constitucional a los tratados que en materia de derechos humanos el Estado de Guatemala hubiere ratificado; con lo cual, independientemente de que se comparta o no dicho





reconocimiento y otorgamiento -lo que, en lo particular, como postulante de la presente tesis, estimo que era innecesario- por vía jurisprudencial la Corte de Constitucionalidad prácticamente dio por concluido el debate al respecto; al posibilitar, por esa vía, la ampliación de la normativa constitucional.

Es importante también indicar que, en este fallo de aceptación de tal bloque, la Corte Constitucional señaló que: “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” (2012: Pág. 15).

Es decir, se reservó para sí, ser el órgano que, en cada caso concreto, pudiera determinar el contenido del mismo bloque; atribuyéndose competencia para ello, con exclusividad, inclusive haciendo la salvedad que tal decisión era vinculante para los poderes públicos; y, con ello, se limitó que en el conocimiento de casos, por los demás tribunales de justicia, se pudiera hacer inclusión de un convenio o un tratado en materia de derechos humanos que, previamente, no hubiese sido incorporado por la propia Corte de Constitucionalidad al respectivo bloque de constitucionalidad, lo cual podría estimarse restrictivo para estos.

Haciéndose énfasis en que, con dicho reconocimiento y con su incorporación y por sus efectos eminentemente procesales, el control de constitucionalidad, ya sea que se ejerza en un caso concreto o de una manera abstracta y general, también puede llevarse a cabo en confrontación con los tratados y los convenios internacionales en materia de derechos humanos; terminándose con ello, por la Corte de Constitucionalidad, las discrepancias e incertidumbre anteriores sobre el tema, independientemente que ello se comparta o no; porque, para algunos autores, por ejemplo, el insigne Profesor René Arturo Villegas Lara, ello conllevaría a una implícita

reforma constitucional ilegítima pues habilitaría que, a través de procedimientos distintos de los preestablecidos expresamente en la propia Constitución para su reforma, se introduzcan cambios constitucionales, con la ampliación de la normativa que, a lo interno del Estado guatemalteco, ostenta el grado y la categoría superior del ordenamiento jurídico; provocándose con ello una metamorfosis ilegítima de su contenido y, como consecuencia, una incertidumbre jurídica de nivel constitucional.

Villegas se expresa así:

El entuerto, entonces, está en definir que todo esto es un problema de jerarquía normativa y que lo que nosotros tenemos es un bloque de jerarquía normativa suprema, integrado por las normas constitucionales y las normas de derechos humanos de los tratados y convenciones. Por ello, cuando escucho que vía el 'bloque de constitucionalidad', término también de sospechosa consistencia, se puede ampliar el ordenamiento constitucional y prácticamente el contenido del texto fundamental, me pregunto si quienes nos venimos preocupando por estudiar el derecho constitucional, no debiéramos decir cómo don Lorenzo Montufar, en la Asamblea Constituyente de 1879: agarremos nuestros documentos que teorizan sobre el tema de la reforma de la Constitución y vámonos a nuestras casas, porque al igual que se decía para el presidente Rufino Barrios, que no hay jaula constitucional que puede controlarlo, con ese mismo desánimo, ¿para qué construir una jaula normativa que pueda darle estabilidad a la Constitución, si se puede cambiar como cualquier ley ordinaria?. (2017: 483, 484).

Y es que, en efecto, en nuestro Derecho, utilizando el concepto en términos amplios, se ha caído muchas veces en el error, recurrentemente no de mala fe , pero sí por ingenuidad, de transpolar disposiciones normativas y/o instituciones jurídicas de otros ordenamientos o sistemas jurídicos, por la simple creencia de que su aparente funcionamiento en estos también tenderá a garantizar sus resultados a lo interno de nuestro Estado; tal como sucedió, en este caso, vía jurisprudencial, en el que la Corte de Constitucionalidad utilizando la figura del Bloque de Constitucionalidad, en su momento propia del derecho francés -tal como lo relaciona Villegas, aceptó y reconoció dicha institución y, con ello, la incorporó a nuestro ordenamiento, en los términos antes mencionados, con los efectos y consecuencias que de ello se derivan.



Si bien, con lo anterior pudo zanjarse la discusión y discrepancia de criterios en cuanto a la preeminencia y/o supremacía normativa entre nuestra Constitución y los Convenios internacionales en materia de derechos humanos, así también lo es que, a su vez, con ello se abrió la puerta a la incorporación indefinida de normas jurídicas internacionales al canon constitucional que sirve también de parámetro para el control de constitucionalidad que, al mismo tiempo, permite y legitima el ejercicio del control de convencionalidad. Lo cual, dada la coyuntura nacional e incipiente democracia y establecimiento de un Estado Constitucional de Derecho verdadero, deviene cuestionable por la inestabilidad misma, que provoca inseguridad jurídica, en la que normalmente se vive en nuestro país; por los últimos acontecimientos precisamente en materia de derecho internacional, en relación con señalamientos de incumplimiento estatal de determinados convenios internacionales.

Aunque ello no resta, a su vez, el mérito de que, por medio del fallo en mención, el tribunal constitucional prácticamente puso fin a una discusión que venía polarizándose cada vez más, relativa a dicha preeminencia y supremacía que, muchas veces, convenientemente se invocaban en función de los intereses coyunturales en juego, de la clase que fuesen.

No obstante, esto, en el ámbito académico y por qué no decirlo en el jurídico científico es necesario mantener vivo el debate, a efecto de que, a posteriori, se puedan sentar bases sólidas para nuestro sistema constitucional que, a su vez, repercutan en el convencional; porque, después de la investigación realizada, desde mi particular punto de vista, puedo afirmar que, a mi parecer, ese reconocimiento del bloque de constitucionalidad, al menos para Guatemala, estaba por demás; partiendo precisamente de que, de todos modos, se tenía la obligación internacional de cumplir con los tratados y/o convenios internacionales en materia de derechos humanos, con preeminencia sobre nuestro: derecho interno.



Es decir, si partimos de que el Estado de Guatemala precisamente en uso de la soberanía que le asiste y como sujeto de derecho internacional y de acuerdo con los procedimientos establecidos en su Constitución Política de la República, ha suscrito y ratificado sendos convenios o tratados internacionales en materia de derechos humanos y que, ante ello, tiene la obligación internacional de cumplirlos, partiendo del principio *pacta sunt servanda* y, específicamente, a nivel interamericano, tiene el deber de ejercer un control difuso de convencionalidad, especialmente a través de sus jueces -independientemente del deber que a toda autoridad pública, por igual, le corresponde-, pareciera ser que desde un punto de vista objetivo, no existía razonabilidad y necesidad en la incorporación del bloque de constitucionalidad. Puesto que, en todo caso, partiendo de sus propias divergencias, el control de compatibilidad correspondiente para con las normas o actos del poder público que eventualmente pudieran contradecir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el resto de los instrumentos que conforman el *corpus iuris*, resultaban justiciables por medio, precisamente, de dicho control de convencionalidad, sin que fuera necesario acudir a la pretensión de inconstitucionalidad para esos efectos de fondo.

En dicho sentido, Villegas menciona lo siguiente:

Bajo esta idea, ahora el juez debe ser celoso en el control de la convencionalidad, en el sentido de que ninguna norma ordinaria contradiga o niegue una norma convencional de derechos humanos, según el acertado criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por el Pacto de San José, en 1969[...]/[...]es un alivio el hecho de que las normas de derechos humanos siempre armonizan con la Constitución, no la contradicen. (2017: 482, 483).

Lo anterior, si bien es cierto, tiene una connotación directa y específica en cuanto a dicho control de constitucionalidad, para los efectos y fines del presente trabajo es evidente que también repercute en cuanto al análisis del control de convencionalidad a lo interno del Estado de Guatemala; y, en especial en lo concerniente al que se practica

en el ámbito estrictamente judicial, por la obligación internacional que se tiene en cuanto a su ejercicio.



En ese sentido, como se ha indicado, en cuanto a los orígenes y evolución jurisprudencial de la doctrina del control de convencionalidad emanada de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado de Guatemala como Parte de ese Pacto de San José, también está obligado y es responsable internacionalmente de la implementación y de la aplicación de dicho control por todas sus autoridades, en especial por sus propios jueces; partiéndose siempre, como el propio Tribunal Interamericano lo ha establecido, de que el ejercicio de este debe realizarse dentro del marco de las competencias de cada juez y conforme a las disposiciones procesales correspondientes, entre otros requisitos más.

Siendo, en este apartado, oportuno recordar y reiterarse que, inclusive, fue precisamente en un caso contencioso llevado ante la citada Corte en contra del Estado de Guatemala -“Myrna Mack Chang contra Guatemala”- en el que, a partir de un “Voto Razonado” del juez de esa Corte Sergio García Ramírez, se empezó a gestar y difundir el concepto de control de convencionalidad; cuya aplicación venía dándose, de hecho, desde el primer fallo del Tribunal en 1988, en un caso contencioso en que fue condenado el Estado de Honduras; puesto que, en todo caso, ello constituye la razón de ser y el fin mismo de dicho tribunal.

Pertinente es, en cuanto al control de convencionalidad en Guatemala, hacer referencia a la sentencia de fecha 21 de octubre del 2015, dictada dentro del Expediente 5290-2014, que versa sobre un “Amparo en Única Instancia”, en la que la Corte de Constitucionalidad, al respecto, formuló sendas manifestaciones que permiten advertir la conceptualización y utilización de tal doctrina, con carácter vinculante, por el más alto tribunal constitucional.

En dicho fallo, la Corte señaló, en su parte conducente, lo siguiente:



La determinación de la compatibilidad de las disposiciones obligatorias internacionales y las normas, actos u omisiones de los órganos locales - incluyendo cualquiera de sus autoridades o dependencias- constituye la base para el ejercicio del control de convencionalidad, aplicable en sede internacional o forma concentrada, cuando la declaración emane de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o bien, el control de convencionalidad difuso, ejercido por jueces locales. Este último se traduce en la obligación de las autoridades internas de cada Estado de velar por la adecuada aplicación de las normas jurídicas propias a casos concretos de garantías contempladas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales de esa materia, estando obligados a acatar la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hubiere realizado. (2015: Págs. 9, 10).

Denotándose que, en efecto, como se ha venido diciendo, en Guatemala tiene aplicación plena el Control Judicial Difuso de Convencionalidad y, a su vez, reconocimiento absoluto el que se ejerce de forma concentrada en sede internacional y su jurisprudencia de rigor.

Claro está que, en Guatemala, dado a su sistema de justicia adoptado, a su vez coexisten la justicia ordinaria y la constitucional; y, en ambas, hay órganos máximos de cierre, como la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, respectivamente.

En tal sentido, según el sistema de justicia constitucional y de la ordinaria, de Guatemala y el ordenamiento jurídico que, en general, las sustenta, resulta que, si bien es cierto la Corte de Constitucionalidad es el órgano de más alta jerarquía en materia constitucional, así también lo es que, a su vez, la Corte Suprema de Justicia lo es en cuanto a la justicia ordinaria, aunque también tiene competencia de orden difusa para

conocer de cuestiones constitucionales, tanto a lo interno de su propio Pleno - conformado por la totalidad de sus integrantes [13]-, así como también por medio de una de sus cámaras que la conforman [3]; es decir, la Cámara de Amparos y Antejucios, que se integra con cuatro magistrados.



Por lo que, en ese orden, resulta pertinente mencionar que, a su vez, la Corte Suprema a través de una de sus Cámaras, en este caso específicamente la Cámara Penal, ha sido receptiva a los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, con ello, ha expeditado el adecuado control de convencionalidad en materia concreta de los procesos penales a su cargo y, por ende, viabilizado la ejecución de estos, por el concepto de autoejecución de las sentencias de dicho tribunal interamericano; e inclusive se refirió al concepto y doctrina del bloque de constitucionalidad a la vez de que la propia Corte de Constitucionalidad hiciera uso de esta, lo cual, por su parte, permite apreciarse como en la jurisdicción ordinaria también se ha llevado a cabo ese control de convencionalidad.

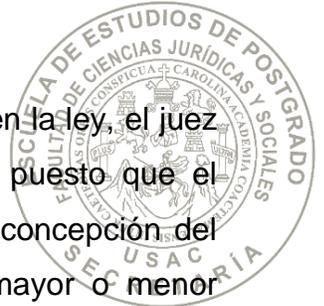
Sobre el particular, se mencionan determinados casos concretos que, a su vez, Maldonado menciona “El control de convencionalidad y su aplicación en los fallos de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala” (2016: 45-73).

Coligiéndose, de ello, que la Corte Suprema de Justicia, por medio de su Cámara Penal y actuando en función de Tribunal de Casación, en cuanto al control de convencionalidad se ha manifestado en favor de la aplicación y respeto de la jurisprudencia vinculante de dicho Tribunal Interamericano; haciendo referencia, de ello, en sus siguientes sentencias:



A) En su fallo pronunciado en los expedientes 1143-2012 y 1173-2012, al resolver en casación, entre otros aspectos de interés para el presente trabajo, manifestó lo siguiente: “de acuerdo con la Constitución Política de la República los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos prevalecen sobre el Derecho interno, por lo mismo Guatemala está vinculada a los fallos de los tribunales internacionales competentes”; y, haciendo un especial énfasis a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso de la Masacre de las Dos Erres contra Guatemala”, del 24 de noviembre del 2009, a través de la cual se condenó al Estado de Guatemala por violación a derechos humanos, indicó que: “la Corte Interamericana de Derechos Humanos calificó que en ese caso hubo graves violaciones a los derechos humanos, por lo que contrario a lo que plantea el recurrente, son inaplicables las disposiciones de amnistía, prescripción y cualquier otra eximente de responsabilidad penal y , además, los delitos contra los deberes de humanidad, asesinato y hurto agravado no se contemplan en el Decreto Ley 8-86 del Jefe de Estado ni en la Ley de Reconciliación Nacional como susceptibles de ser amnistiados”; agregando, en efecto, en cuanto a dicho fallo: “Dicha sentencia deviene obligatoria en el presente caso dados los imperativos expresos contenidos en los artículos: 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que <<los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes>>, así como 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que estipulan respectivamente, que <<todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe>> y que <<una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado[...]>>. Por la materia que desarrollan dichas disposiciones, se interpreta que estas forman parte del bloque de Constitucionalidad y han ingresado al ordenamiento jurídico interno, por lo que son de observancia obligatoria en atención al artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala”.

B) En su fallo pronunciado en el expediente 01004-2014-00371, al resolver un recurso de casación, entre otros aspectos de interés para la presente investigación, expresó



que: “para fijar la pena, dentro del rango mínimo y máximo establecido en la ley, el juez no puede tomar como parámetro la peligrosidad social del culpable, puesto que el hacerlo implicaría reconocer que la imposición de la pena parte de la concepción del derecho penal de autor, pues solo a él puede considerársele con mayor o menor peligrosidad. Lo anterior implicaría un desconocimiento a los avances del derecho penal moderno y de los derechos humanos”; y citando directamente la sentencia que se pronunciara por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Fermín Ramírez contra Guatemala”, del 20 de junio del 2005, por medio de la cual, también se condenó al Estado de Guatemala por violación a derechos humanos, manifestó: “En ese sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos[...] al considerar que, cuando se <<sustituye el derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía>>[...] En fin de cuentas, se sancionaría al individuo - con pena de muerte inclusive- no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es. Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos.//Mismo juicio puede hacerse en cuanto el parámetro referente a los antecedentes personales del culpable, que al igual que la peligrosidad del agente es una manifestación de derecho penal de autor, pues no se considera la propia acción ilícita y la responsabilidad o reproche que produce esta, sino valora la conducta social del sujeto que cometió el delito antes de la comisión de este y que no tiene trascendencia en el acto propio. En consecuencia, no es sustentable jurídicamente el alegato referente a la ponderación de la pena basada en circunstancias personales distintas al hecho, sin embargo, como se citó es criterio de esta Cámara, que deben existir acreditadas circunstancias, referentes al hecho, que habiliten una cuantificación de la pena superior al límite mínimo fijado”.

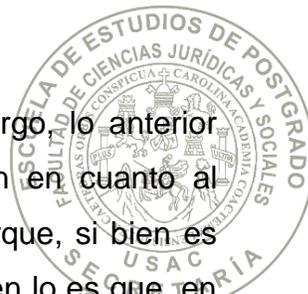
Lo anterior deja ver que, en los casos anteriores, Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, reconociendo un bloque de constitucionalidad, declaró improcedente la

casación en el primero de estos; y, a su vez, procedente el segundo recurso de la misma naturaleza. Es decir, sin lugar a aquel en el que se citó la sentencia del Caso de la *Masacre de Las Dos Erres* y procedente aquel en que fue referida la sentencia del Caso *Fermín Ramírez*; dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como resultado de acciones de la Comisión Interamericana y, por las cuales, fue condenada Guatemala.

Es por ello que, puede afirmarse que en el Estado de Guatemala, sí se aplican de forma simultánea, paralela e interdependiente el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad, especialmente en el ámbito judicial; el primero por los jueces ordinarios -excepto por los jueces de paz en cuanto a las acciones constitucionales, propiamente dichas- y el segundo por todos los jueces -ordinarios y constitucionales- sin distinción alguna; partiéndose del entendido de que ello es posible y es más, obligatorio, derivado de la propia jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cuanto al control de constitucionalidad, se ejerce de manera difusa por los jueces del poder judicial -con la salvedad antes apuntada- y de forma concentrada por la Corte de Constitucionalidad; mientras que el control de convencionalidad se aplica en forma difusa por todos los jueces del Estado de Guatemala -jueces ordinarios y constitucionales- y, en su caso de forma concentrada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos; conforme a la Doctrina del control de convencionalidad desarrollada por esta.

Y es que, lo plasmado en los párrafos anteriores conlleva trascendental importancia, para garantizar certeza jurídica para los justiciables ante la defensa de sus derechos humanos; porque, en la actualidad, en Guatemala pareciera tenerse la idea generalizada de que la inconvencionalidad únicamente puede hacerse valer a través de



estos medios en los que se plantea la inconstitucionalidad. Sin embargo, lo anterior eventualmente podría conllevar la restricción del derecho de petición en cuanto al planteamiento independiente y autónomo de la inconvencionalidad, porque, si bien es cierto, a la fecha no existe un procedimiento directo para ello, así también lo es que, en todo caso, no le es atribuible al justiciable tal omisión y, su control está dado por la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin que a lo interno de los Estados pueda limitarse arbitrariamente, sino más bien, por el contrario, deberá expeditarse siempre su ejercicio.

Siendo relevante para ello, partir en todo momento de una adecuada interpretación de la normativa aplicable, así como de la jurisprudencia sentada, al respecto; en el caso de la inconstitucionalidad especialmente por la Corte de Constitucionalidad, sin excluir la de la Corte Suprema de Justicia cuando corresponda; y, en el de la inconvencionalidad, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; privilegiándose un Dialogo Jurisprudencial.

Estableciendo que, con las propias particularidades, las analogías y diferencias que como fruto de la presente investigación se han evidenciado e individualizado, le son aplicables al caso de Guatemala; en el cual, independientemente del bloque de constitucionalidad, coexisten los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, según lo ya indicado.

Como corolario de lo anterior, cabe mencionar que tanto la inconstitucionalidad, así como la inconvencionalidad, son instituciones jurídicas producto de la necesidad de resguardar la supremacía normativa tanto de la Constitución Nacional de los Estados – así como del bloque de constitucionalidad en aquellos en los que se ha aceptado y reconocido- y de la Convención Americana de Derechos Humanos –y del bloque de

convencionalidad que también es llamado *corpus iuris* interamericano de protección de derechos humanos-.



Si bien es cierto, ambas instituciones tienen sus orígenes en momentos históricos y por medio de actos diferentes, así también lo es que, en la actualidad, sí tienden a converger en lo concerniente a la protección de los derechos humanos. Al extremo de que, en caso de vulneración a estos, inclusive una norma constitucional puede ser considerada inconveniente y como efecto de ello disponerse la expulsión, modificación o derogatoria; y, a su vez, en búsqueda de esa máxima protección posible de los derechos humanos, inclusive una norma convencional puede ceder ante una de rango constitucional, cuando esta última brinde una mejor protección, de conformidad con el principio *pro homine*.

Es decir, en todo ello, más allá de las analogías y divergencias que pudieran existir entre ambas instituciones es de hacer notar, también, el *effet utile* que su confluencia conlleva a lo interno y externo de los Estados, en su tarea de protección de los derechos humanos que, como se indicara anteriormente, debe entenderse como el objeto y a la vez también el fin, del control de convencionalidad; y, en su caso, del control de constitucionalidad, al ejercerse para protección de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

Siendo relevante, referir con énfasis en que, a su vez, concurren similitudes y diferencias de mera forma, pero que también otras de fondo, en cuanto a la existencia y al desarrollo de tales instituciones jurídicas; las cuales podrán advertirse en el devenir de su existencia.



Así, se establece que, por ejemplo, la inconstitucionalidad, independientemente del modelo de justicia constitucional adoptado, solamente puede ser declarada por parte de los jueces o tribunales facultados por ello, ya sea en la propia Constitución, mediante las leyes que desarrollan esta o bien, en su caso, por la vía jurisprudencial. Mientras que, por su parte, atendiendo a la doctrina del control de convencionalidad emanada y ya forjada por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, no obstante, no estar taxativamente preestablecida en el Pacto de San José, la inconvencionalidad sí puede y, es más, sí debe, ser controlada por “todos los jueces” de los Estados Partes de este, sin discriminación alguna por su jerarquía o por sus competencias o especialidad interna.

Asimismo, como asunto de fondo, cabe cuestionarse si esa facultad que, por la vía de su jurisprudencia, el aludido Tribunal Interamericano les ha delegado a todos los jueces de los Estados Partes de esa Convención, podría conllevar, inclusive, a la expulsión de una norma o acto del ordenamiento jurídico interno del Estado, por estimarse inconveniente; no obstante, aquellos casos en los que, dependiendo del sistema de justicia constitucional adoptado, a lo interno del Estado, determinados jueces no están facultados ni tienen esa competencia material para controlar, en principio, la constitucionalidad de tales normas; sin embargo, sí la convencionalidad de estas; lo cual tiende a causar incertidumbre.

Siendo oportuno aquí, hacer mención que si bien es cierto, en otros Estados, prima facie, efectivamente podría estimarse “antidemocrático” el control judicial de constitucionalidad, especialmente cuando este está dirigido a la legislación emanada del parlamento; no sucede exactamente lo mismo en Guatemala, donde, en principio, dicho control está expresamente establecido en la propia Constitución Política de la República, tanto en el caso concreto de que se trate, así como también mediante acciones de orden abstracto, por decisión soberana y democrática de la Asamblea

Nacional Constituyente que así lo decidió y estableció en la Constitución vigente, en representación del soberano pueblo.



Ahora bien, no obstante, lo anterior, pareciera ser que en nuestro medio la máxima tensión entre los órganos democráticamente electos, especialmente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo y los jueces y/o los tribunales constitucionales, se da por medio del control de constitucionalidad que eventualmente se lleva a cabo por estos últimos, pero a través de la acción de amparo, y no necesariamente mediante la vía de la inconstitucionalidad; o, al menos, esa ha sido la situación en los últimos tiempos, atendiendo a que, en nuestro país, la constitucionalidad de los actos también se fiscaliza por medio del denominado amparo, el cual se encuentra constitucionalizado como un medio contra la arbitrariedad.

En ese orden, aunque no es tema del presente trabajo de investigación, en Guatemala la protección y garantía de los derechos humanos fundamentales, se puede procurar por la vía de la inconstitucionalidad o bien la del amparo -sin descartar la exhibición personal, como un tercer mecanismo para ello-, sujetos a presupuestos y formalidades diferentes.

Sin embargo, la incompatibilidad normativa cuando, en efecto, trastoque derechos de tal naturaleza, en principio, solo puede reclamarse por la vía de la inconstitucionalidad; sea en caso concreto o bien de carácter general, en cualesquiera de las subclases apuntadas.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado, reiteradamente, que la denuncia de incompatibilidad puede tener lugar ante el incumplimiento de formas o por contenido; es decir, si cuando se trata de disposiciones legales no se ha cumplido las

formalidades o mayorías establecidas para ello, específicamente en la Constitución, o bien, porque, no obstante, sí haberse cumplido con dichas formas, su contenido contradice materialmente nuestra norma fundamental; ante lo cual bien podría, *mutatis mutandi*, traerse a colación lo ya tratado anteriormente en cuanto a la democracia formal y la democracia sustancial.

Es por ello que, con falencias y demás, ha de reconocerse que aún se está en un largo camino para consolidar una sociedad razonablemente democrática y que, ante ello, sí es necesario que el control judicial de constitucionalidad se ejerza; aunque, en ese sentido, también es indispensable contar con parámetros racionales que permitan su desarrollo, de tal manera que no se afecte la institucionalidad ni se restrinjan las competencias de los demás órganos del poder público que, constitucionalmente, les han sido designadas. Teniéndose, en todo caso, como un mecanismo directo contra cualquier conculcación, cuando se afecten los derechos humanos de las personas, el control de convencionalidad y los medios preestablecidos para hacerlo efectivo, partiendo de la aceptación del bloque de constitucionalidad; pero, siempre, respetándose el Estado Constitucional de Derecho.



CONCLUSIONES



Partiéndose del problema general planteado, consistente básicamente en que, a lo interno del Estado de Guatemala, por virtud del reconocimiento y aceptación del llamado bloque de constitucionalidad, se tiende a mezclar y, eventualmente, hasta confundir los controles de constitucionalidad y convencionalidad, como mecanismos subyacentes para declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad, se ha podido probar la hipótesis formulada.

Esa hipótesis, en esencia, se refiere a que, efectivamente existen similitudes y diferencias entre ambas instituciones jurídicas -inconstitucionalidad e inconvencionalidad- que, a su vez es necesario advertir en cuanto a los controles judiciales que les subyacen, con el propósito de poder realizar, de una mejor forma, dicha actividad dentro del Poder Judicial.

En efecto, entre las instituciones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, concurren una serie de analogías, pero también de diferencias; las cuales resulta necesario conocer para su mejor comprensión, tomándose en cuenta que, a su vez, ambas emergen de los controles relacionados. Es decir, en el orden respectivo, la inconstitucionalidad del control de constitucionalidad y la inconvencionalidad del control de convencionalidad; aunque, como quedara plasmado anteriormente, eventualmente y por determinados supuestos, tales instituciones jurídicas en examen tienden a mezclarse y hasta confundirse; de lo cual es factible colegir la relevancia de la individualización de sus analogías y diferencias.



BIBLIOGRAFÍA



Acnudh y Scjn, (2012). *Tendencias de los tribunales constitucionales de México, Colombia y Guatemala. Análisis de sentencias para el control de convencionalidad*. México: (s.e.).

_____, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. (2012). *Derecho internacional de los derechos humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México: (s.e.).

_____, *en Guatemala. Insumos para la formación de derechos humanos y administración de justicia*. (s.f.). Guatemala: (s.e.).

Acosta, J. (1987). *Los derechos básicos del justiciable*. España: PPU.

Aguirre, J. (2007). *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. En *Revista de Derechos Humanos*, (8). Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar. Guatemala.

Aizenstatd, N. (2009). *Medir con la misma vara: parámetros generales de escrutinio judicial para la evaluación de limitaciones al derecho constitucional a la Igualdad*. En *Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala*, (58), (s.e.) Guatemala.

Albanese, S. (coord.). (2008). *El control de convencionalidad*. Argentina: Ediar.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.



Almagro, J. (1978). *Poder judicial y tribunal de garantías en la nueva Constitución*. España: Ediciones UNED.

Álvarez, E. (1978). *El régimen político español*. España: Tecnos.

Amaya, J. (2017). *Marbury V. Madison*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

_____. (2015). *Control de constitucionalidad*. (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Angulo, L. (s.f.). *El control difuso de convencionalidad en México*. En *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Recuperado de: <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/35/05%20Luis%20Fernando%20Angulo%20Jacobob.pdf>

Anuario de derecho constitucional latinoamericano. (2016). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.

Anuario de derecho constitucional latinoamericano. (2018). Colombia: Konrad Adenauer Stiftung.

Anuario iberoamericano de justicia constitucional. (2018). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, España.

Aparicio, M. (1990). *Modelo constitucional de Estado y realidad política*. Madrid España: Andrés Ibáñez.

Atienza, M., y Ferrajoli, L. (2016). *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México.



Ayala, C. (2013). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. México: Porrúa.

Bachof, O. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima, Perú: Palestra.

Badeni, G. (2006). *Tratado de derecho constitucional*. Argentina: La Ley.

Balaguer, C. (1991). *Principio de ordenamiento constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Tecnos.

Barak, A. (2008). *Un juez reflexiona sobre su labor: El papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. México.

Bazán, V., y Nash, C. (2012). *Justicia constitucional y derechos Fundamentales. El control de convencionalidad*. Colombia: (s.e.).

_____. (2014). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Colombia: (s.e.).

Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.

Bidart, G. (2004). *Compendio de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Bonilla, P. (2009). *La inconstitucionalidad por omisión: un proceso que reclama por su institucionalización*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano.

Edición 2009, Año XV, Fundación Konrad Adenauer, programa Estado de derecho para Latinoamérica. Montevideo: (s.e).



Brage, J. (1998). *La acción de inconstitucionalidad*. UNAM. México, D.F.

Brewer-Carias, A. (1997). *La jurisdicción constitucional en América Latina*, en García Belaunde, Domingo; y Fernández Segado, Francisco (coords.): *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson.

_____. (1994). *El control concentrado de la constitucionalidad de las leyes (estudio de derecho comparado)*. Caracas, Venezuela: Jurídica Venezolana.

Burborgue-Larsen, L. (2014). *El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana*. En *Revista de Estudios Constitucionales*.

_____, (2013). *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*. México: Porrúa.

Burgoa, I. (2005). *Derecho constitucional mexicano*. (17ª ed.). México: Porrúa.

Bustamante, G., y Sazo, Diego (compiladores). (2016). *Democracia y poder constituyente*. Chile: Fondo de Cultura Económica.

Bustos, R. (2012). *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa.

Cabanellas, G. (1974). *Diccionario de derecho usual*. Argentina: Heliasta S.R.L.

Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa América



Cano, L. (2014). *Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad. El control de Convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, en García Villegas, Paula (coord.). México: Porrúa.

Carbonell, M (coord.). (2007). *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*. (2ª. ed.). IJ de la UNAM. México, D.F.

_____, *Introducción general al control de convencionalidad*. Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>

_____, (compilador). (2002). *Teoría constitucional y derechos fundamentales*. México: (s.e.).

Casal, J. (2014). *Los derechos humanos y su protección*. Caracas, Venezuela: (s.e).

_____, *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Editorial Legis. Venezuela, 2010.

Castilla, K. (2013). ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. (XIII), pp. 51-97. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. Recuperado de http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derecho_internacional/13/art/art/2.pdf

Castillo, L. (2009). *La interpretación ius fundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho, en pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica



Cordón, J. (2011). *El tribunal constitucional de Guatemala, en Instituto de Justicia Constitucional adscrito a la Corte de Constitucionalidad; Opus Magna constitucional guatemalteco*. (Tomo II). Corte de Constitucionalidad. Guatemala.

Córdova, L. (2009). *Derecho y poder. Kelsen y Smith frente a frente*. Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Fondo de Cultura Económica.

Corte de Constitucionalidad. *Opus Magna*. (Tomos del I-XV). Guatemala, del 2010 al 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica.

Cubides, J. (editor). (2016). *El control de convencionalidad. Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Cueva, R. (2011). *De los niveladores a 'Marbury Vs. Madison': La génesis de la democracia constitucional*. Ceperc. Madrid.

De Pina, R. (1989). *Diccionario manual jurídico*. México: Porrúa.

Díaz, E. (1966). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Barcelona, España: Bosch.

Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. México: Fondo de Cultura Económica.

_____. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel, S.A.



_____. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona, España: Gedisa.

Fabra, J., y García, L. (coordinadores). (2015). *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: (s.e.).

Fajardo, Z. (s.f.). *El control difuso de convencionalidad en México: Elementos dogmáticos para una aplicación práctica*. Recuperado de http://www.sitios.scjn.gob.mx/reformasconstitucionales/sites/default/files/material_lectura/Fajardo%20Control%20Convencionalidad.pdf

Falcón, E. (dir.). (2010). *Tratado de derecho procesal constitucional*. (Tomos I-II). Rubinzal-Culzoni. Santa Fe: (s.e.)

Fernández, F. (2011). El tribunal constitucional español como legislador positivo. En *Revista Pensamiento Constitucional*, XV (15). Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima.

Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón*. Madrid, España: Trotta.

_____. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.

_____, (2009). *José Juan Moreso y Manuel Atienza. La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. México: Cajica.

_____. (2002). Positivismo crítico, derechos y democracia. En *Revista Isonomía*, (16). Instituto Tecnológico Autónomo de México. México.

_____. (2003). Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero. En *Revista Isonomía* (19). Instituto Tecnológico Autónomo de México. México.



Ferrer, E. (2012). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundap. México: (s.e.).

_____, (s.f.). *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Biblioteca Jurídica Virtual. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

_____, (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En *Estudios Constitucionales* (2), pp. 531-622. Recuperado de <http://www.miguelcarbonell.com/artman/ISSN: O718-0195>

_____, (2014). Martínez Ramírez, Fabiola y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. (Tomos I-II). Consejo de la Judicatura Federal del Poder Judicial de la Federación e IIJ de la UNAM. México, D.F.: (s.e.).

_____ y Silvero, J. (coords.). (2012). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Asunción, Paraguay: (s.e.).

_____ y Sánchez, R. (2013). *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. México: (s.e.).

_____. (2016). *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas; Marcial Pons. México: Ediciones Jurídicas y Sociales.

Fix-Zamudio, H. (2002). *Introducción al derecho procesal constitucional*. Fundap. /Colegio de Secretarios de la SCJN. México.



- _____. (1993). *Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional, en La jurisdicción constitucional*. San José, Costa Rica: Juricentro.
- Flores, J. (2009). *Constitución y justicia constitucional/apuntamientos*. (2ª ed.). Guatemala: (s.e.).
- Florez, D. (2011). *Derecho y sociedad en el Estado constitucional: Una introducción desde J. Elster, L. Kramer y P. Häberle*. En *Revista de Derecho* (35), Barranquilla, Colombia.
- Garavano, G. (2013). *Diálogos. El impacto del Sistema Interamericano en el ordenamiento interno de los Estados*. Buenos Aires, Argentina: (s.e.).
- García, D. (2001). *Derecho procesal constitucional*. Bogotá, Colombia: Temis.
- García, J. (2006). *Constituciones iberoamericanas. Guatemala, México*. UNAM. México: (s.e.).
- _____. (2002). *Breve historia constitucional de Guatemala*. Ministerio de Cultura y Deportes. Guatemala: (s.e.).
- García-Mansilla, M. (2008). *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- García, G. (2012). *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales. Fundap, México, 494 pp.



García, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*. Madrid, España: Civitas.

_____. (2014). *Margen de apreciación nacional*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. (Tomo II). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

_____. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional, según el Tribunal Europeo de derechos humanos: Soberanía e integración. En *Revista Teoría y Realidad Constitucional* (20). Unión Europea.

García, D. (2005). *Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José de Costa Rica, Corte IDH. (s.e.).

_____. (2011). *El control judicial interno de convencionalidad*. En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (28). México.

Gargarella, R. (2012). *La justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*. Centro de Estudio y Difusión del Derecho Constitucional. Quito, Ecuador.

_____. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires, Argentina: Katz.



_____, Niembro, R. (coord.) (2016). *Constitucionalismo progresista, retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.

_____. (1997). *La dificultad de defender el control judicial de las leyes*. En *Revista Isonomía*, (6). Instituto Tecnológico Autónomo de México. México.

_____. (2002). *Crisis de la representación política*. México: Coyoacán.

Gil, R. (2011). *El nuevo derecho procesal constitucional*. Bogotá, Colombia: VC Editores Ltda.

González, N. (2002). *Los derechos humanos en la historia*. México: Alfaomega.

Gozaíni, O. (2016). *Procedimientos en la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

_____, (2015). *El control de constitucionalidad en la democracia*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Guachetá, E. (2016). *Aproximaciones a la teoría pura del derecho: La neutralidad en las decisiones judiciales y la operación deductiva de la imputación*. Bogotá D.C, Colombia: (s.e.).

Häberle, P., y López, H. (2015). *Poesía y derecho constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú. Lima, Perú.

Hamilton, A., Madison, J., y Jay, J. (1887). *El federalista*. Buenos Aires, Argentina: (s. e.).



Hitters, J. (2009). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. En Estudios Constitucionales (2).*

_____, (2012). *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad).* En Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales.* Fundap, México, 494 pp.

_____, (2015). *Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos.* México: Porrúa.

Ibáñez, J. (2012). *Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Anuario de derechos humanos, 8.

Jimena, L. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y la tutela multinivel de derechos.* Thomson Reuters-Aranzadi. Navarra: (s.e.).

Jiménez, J. (1999). *Derechos fundamentales: concepto y garantías.* Madrid, España: Trotta.

Keane, J. (2018). *Vida y muerte de la democracia.* Instituto Nacional Electoral. México: Fondo de Cultura Económica.

Kelsen, H. (2008). *La garantía jurisdiccional de la constitución (la justicia constitucional).* [Rolando Tamayo y Salmorán, trad.]. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional (10).*



_____, (2000). *Teoría pura del derecho*. (11ª ed.). [Roberto J. Vernengo. Trad.]. México: Porrúa.

Kramer, L. (2011). *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Madrid, España: Marcial Pons.

Landa, C. (2012). *¿Quién controla al controlador constitucional en el Perú?* En Víctor Bazán y Claudio Nash (edit.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*. Fundación Konrad Adenauer. Bogotá, Colombia.

Lasalle, F. (2013). *¿Qué es una Constitución?* México: Grupo Editorial Tomo.

Londoño, C. (2016). *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

_____. (2016). *Bloque de constitucionalidad*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

López, H. (2017). *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. México: Porrúa.

López, R. (2012). *Curso de derechos humanos*. (4ª ed.). Guatemala: (s.e.).

Maldonado, W. (2016). *El control de convencionalidad y su aplicación en los fallos de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala*. En Joaquín A. Mejía R., José de Jesús Becerra, y Rogelio Flores; *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Casa San Ignacio. Honduras.



Manili, P. (2017). *El bloque de constitucionalidad*. (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Marrama, S. (2016). *Control de convencionalidad y margen de apreciación nacional*. Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Medina, J. (2015). *Supremacía del orden constitucional en Guatemala*. Guatemala: (s.e.).

Mejía, J., Becerra, J., y Flores, R. (coords). (2016). *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Honduras: Casa San Ignacio.

Mejicanos, M. (2010). *La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco. Análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta. Opus Magna constitucional guatemalteco*. (Tomo I). Instituto de justicia constitucional. Corte de Constitucionalidad.

Meléndez, F. (2012). *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Mendonca, D. (2018). *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Asunción, Paraguay: Intercontinental.

Mezzetti, L., y Velandia, E. (coords.). (2017). *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos comparados*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.



Miranda, H. (2016). *Diálogo judicial interamericano. Entre constitucionalidad y convencionalidad*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

_____. (2017). *La Convención Americana sobre Derechos Humanos. Valor interno y resistencias nacionalistas, en justicia convencional. Neoprocesalismo Internacional*. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Moreno, D. (2008). *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*. Universidad de Salamanca. España: (s.e.).

Müller, I. (2011). *Los juristas del horror*. Bogotá, Colombia: ABC LTDA.

Nash, C. (2018). *La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Bogotá, Colombia: (s.e.).

Niembro, R. (2017). *La justicia constitucional de la democracia deliberativa*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México.

Nino, C. (1995). *Introducción al análisis del derecho*. (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

_____. (1989). La filosofía del control judicial de constitucionalidad. En *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4).

Nogueira, H. (2012). *Los desafíos del control de convencionalidad del “corpus iuris” interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.). *El control difuso de convencionalidad*. Diálogo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales, Fundap. México. 494 pp.



_____, (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: (s.e.).

Núñez, C. (2015). *Control de convencionalidad: Teoría y aplicación en Chile*. Santiago de Chile: (s.e.).

Ortiz, M. (2014). *El diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los tribunales constitucionales de la región andina y el Tribunal Europeo de derechos humanos. Hacia un derecho americano y global de los derechos humanos*. Valencia, España: (s.e.).

Paiz, O. (2017). *Manual de derecho procesal constitucional*. Guatemala: Servicios Gráficos El Rosario.

Palomino, J. (coor). (2015). *El derecho procesal constitucional peruano*. (Tomo I). Perú: Iustitia SAC.

_____, (coor.). (2015). *El derecho procesal constitucional peruano*. (Tomo II). Perú: Iustitia SAC.

Parejo, L. (1991). *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid, España: Civitas.

Patiño, S., y Orozco, V. (2004). *La inconstitucionalidad por omisión*. San José de Costa Rica: Investigaciones jurídicas.

Peces, G. (1991). *Teoría de la justicia*. Madrid, España: Europa.

Pereira, A. (2008). *Los órganos de control y defensa del orden constitucional del Estado de Guatemala*. Guatemala: Ediciones EDP De Pereira.



_____, (2013). *Poder constituyente*. Guatemala: Ediciones EDP De Pereira.

_____, (coord.). (2012). *Derecho procesal constitucional*. Guatemala: Ediciones EDP De Pereira.

_____ y Marcelo, P., y Richter, E. (2012). *Derecho constitucional*. Guatemala: Ediciones EDP De Pereira.

Piniella, J. (2003). *Sistema de fuentes y bloque de constitucionalidad*. España: Bosh.

Pinto, M. (1995). *La jurisdicción constitucional en Guatemala*. Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Guatemala: Serviprensa Centroamericana.

Quinche, M. (2012). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (12).

Rawls, J. (2006). *Teoría de la justicia*. Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos de América.

Rey, E. (2008). *El control de convencionalidad de las leyes y los derechos humanos*. México, D.F.: Porrúa.

Rodríguez, J. (2010). *Derechos humanos: una aproximación ética*. Guatemala: F & G Editores.

Rojas, V. (2012). *La ética discursiva en las teorías del derecho de Habermas y Alexy*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México.



Rojas, A. (2016). *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México*. México: Porrúa.

Rousseau, J. (2014). *El contrato social*. México: Grupo editorial Tomo.

Roxín, C. (1997). *Derecho penal, parte general. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. (Tomo I). España: Civitas.

Ruiz, J. (2014). *El legado del positivismo jurídico*. Lima, Perú: Palestra S.A.C.

Saenz, L. (2011). *Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala. Corte de Constitucionalidad*. Guatemala: (s.e.).

Sagüés, N. (2014). *Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad*. Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires: Astrea.

_____. (2009). *El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales, en la ley*. Buenos Aires: (s.e.).

_____. (2017). *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*. (2ª ed.). México: Porrúa.

_____. (2004). *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa.

Salguero, G. (2010). *El control de constitucionalidad de las normas jurídicas*. Guatemala: (s.e.).

Sánchez, R. (2004). *Los principios generales del derecho y los criterios del poder judicial de la Federación*. México: Porrúa.



Soriano, R. (1993). *Compendio de teoría general del derecho*. (2ª ed.). Barcelona, España: Ariel.

_____. (1997). *Sociología del derecho*. Barcelona, España: Ariel.

Sosa, J. (coor.). (2009). *Pautas para interpretar la constitución y los derechos fundamentales*. Lima, Perú: El Búho.

Tribe, L., y Dorf, M. (2017). *Interpretando la Constitución*. Lima, Perú. Palestra.

Velásquez, S. (2010). *Manual de derecho procesal constitucional ecuatoriano*. Edino, Guayaquil: (s.e.).

Villalba, P. (2018). *Derecho procesal constitucional. Contenidos esenciales*. Bogotá, D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

_____, (2017). *Repercusiones del control de constitucionalidad y del control de convencionalidad*. En *Justicia convencional. Neoprocesalismo internacional*. Ediciones Nueva Jurídica.

Villegas, R. (2002). *Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho*. (3ª ed.). Guatemala: F & G.

_____. (2017). *Teoría de la Constitución*. Guatemala: Mayté.

_____. (2017). *El control de la norma convencional, en Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Opus Magna Constitucional*. (Tomo XII). Guatemala: (s.e.).

Virgüez, S. (2015). *Democracia, desacuerdo y derecho constitucional. Una revisión a la tensión entre constitucionalismo y democracia en el debate Dworkin-Waldron. En Revista de Derecho Público*, (35). Universidad de los Andes. Colombia.



Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Argentina: Siglo Veintiuno.

_____. (2018). El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. En *Revista Isonomía*. (48). Instituto Tecnológico Autónomo de México. México.

Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (5^a ed.). (Marina Gascón, trad.). Madrid: Trotta.