

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

**LA CONCORDANCIA ENTRE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS QUE EMITA LA CORTE DE
CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA**

TESIS

presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por el licenciado

PEDRO FRANCISCO DE LEÓN VÁSQUEZ

previo a conferírsele el grado académico de

MAESTRO EN DERECHO CONSTITUCIONAL

(Magister Scientiae)

Guatemala, noviembre de 2021



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

TRIBUNAL EXAMINADOR

Dr. Saúl González Cabrera
Presidente

Dr. Jorge Alberto González Barrios
Vocal

MSc. Erick Edgardo Quintanilla García
Secretario

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios

VOCAL: Dr. Nery Roberto Muñoz

VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

MIEMBROS DE JUNTA DIRECTIVA FACULTAD DE CC.JJ. Y SS. USAC

DECANO: MSc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Licda. Astrid Jeannette Lemus Rodríguez

VOCAL III: Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Br. Denis Ernesto Velásquez González

VOCAL V: Br. Abidán Carías Palencia

SECRETARIA: Licda. Evelyn Johanna Chevez Juárez

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

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

DRA. CLAUDIA LUCRECIA PAREDES CASTAÑEDA

Tel.: 5318-9192

Correo electrónico: claudia_parades@yahoo.com

Colegiada: No. 6791

Guatemala, 24 de agosto del 2021

Doctor

Luis Ernesto Cáceres Rodríguez

Director de la Escuela de Estudios de Postgrados

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

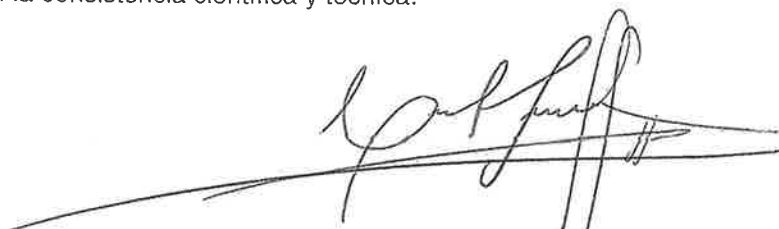
Su despacho.

Respetable Dr. Luis Cáceres

En atención a la resolución número 339-2019 de fecha 21 de noviembre del 2018, emitida por la Escuela de Estudios de Postgrados de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, en la cual fui nombrada como tutora de tesis en el programa de Maestría en Derecho Constitucional del Licenciado **PEDRO FRANCISCO DE LEÓN VÁSQUEZ**, sobre el tema titulado **"LA CONCORDANCIA ENTRE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS QUE EMITA LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD"**. Tesis que con fecha 11 de mayo del 2021 fue sometida para su defensa y examen; mismo en la que se constituyo el tribunal examinador formado por los siguiente profesionales: Dr. Saúl González Cabrera, Dr. Jorge Alberto González Barrios y MSc. Erick Edgardo Quintanilla García, siendo el caso que el mismo fue **APROBADO** de forma satisfactoria **con recomendaciones** vinculadas al sustentante, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, 18 y 19 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala y en virtud de las recomendaciones, él Licenciado Pedro Francisco De León Vásquez ha solicitado mi apoyo profesional a efecto de determinar si las mismas fueron elaboradas de forma satisfactoria, en virtud de lo cual rindo a usted el siguiente:

DICTAMEN

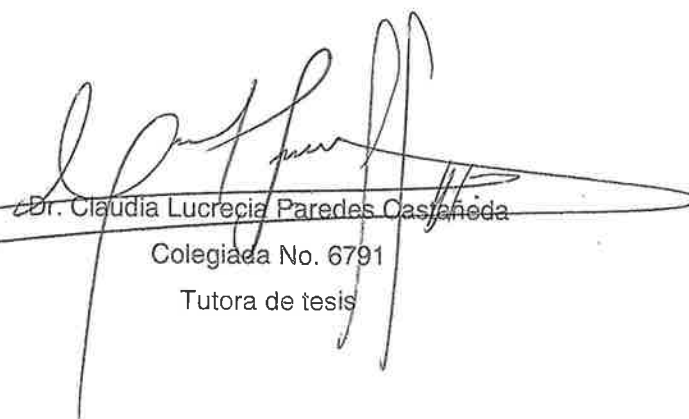
1. De acuerdo a lo establecido en dictamen de fecha 01 de diciembre del 2020, suscrito por mi persona, se confirma el contenido científico y técnico de la tesis, así como los aspectos de metodología, técnicas de investigación, redacción y contribución científica, que contiene la tesis del Licenciado Pedro Francisco De León Vásquez.
2. Se ha aceptado en la totalidad y aplicado forma satisfactoria las recomendaciones al proyecto de tesis emitidas por parte del tribunal examinador, dictadas con fecha 11 de mayo del 2021; y en consecuencia la formulación de la hipótesis ha sido objeto de un nuevo análisis y estudio que permitió su verificación de forma coherente y con la consistencia científica y técnica.



3. Acerca de la conclusión, se indica que la misma fue emitida de forma válida y firme, nuevamente permite la comprensión del panorama internacional de los derechos humanos aplicado en Guatemala y la jurisprudencia emitida por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; asimismo, se puede comprender la evolución de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, acoplándose a las nuevas doctrinas en materia de derechos humanos.

4. La tesis en cuestión, cumple con los requisitos legales prescritos y exigidos en los artículos 7 y 9 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que, el mismo, permita continuar con el trámite correspondiente, previo a otorgar el grado académico de Maestro en Derecho Constitucional.

Sin otro particular, me suscribo de usted con muestra de consideración y respeto.



Dr. Claudia Lucrecia Paredes Castañeda
Colegiada No. 6791
Tutora de tesis

Guatemala, 7 de octubre de 2021

Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

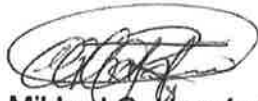
Por la presente, hago constar que he realizado la revisión de los aspectos gramaticales de la tesis:

**LA CONCORDANCIA ENTRE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS QUE EMITA LA CORTE DE
CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA**

Esta tesis fue presentada por el Lic. Pedro Francisco De León Vásquez, de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

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

Atentamente,



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

Mildred Catalina Hernández Roldán
Colegiada 5456



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 14 de octubre del dos mil veintiuno.-----

En vista de que el Licenciado Pedro Francisco De León Vásquez aprobó examen privado de tesis en la **Maestría en Derecho Constitucional** lo cual consta en el acta número 7-2021 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de la tesis titulada **“LA CONCORDANCIA ENTRE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS QUE EMITA LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. 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 Dios: Por ser el pilar de mi existencia.

A mis padres: María Bernarda Vásquez Chávez y Nicolás De León Joaquín. Fuente de amor, fuerzas, esperanzas y de ejemplo de vida.

A mis hermanas: Brenda Sofía De León Vásquez y Jessica Marleny De León Vásquez, por su amor incondicional.

A mi amada: Eluvia Jannethe Rodas, por su apoyo y amor.

A mis amigos: Julio Enrique Dougherty Liekens, Adrian Catalán Sicán y Dennis Waldemar Cisneros. Por la amistad sincera, el apoyo académico y profesional.

A mi alma Mater: La gloriosa Tricentenario Universidad de San Carlos De Guatemala grande entre las grandes del mundo. Así como a mi gloriosa Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Las llevo siempre en mi alma.



ÍNDICE

Introducción.....	(i)
-------------------	-----

CAPÍTULO I

Los derechos fundamentales o derechos humanos

1.1. Antecedentes históricos de los derechos fundamentales o humanos.....	1
1.2. Antecedentes históricos de los derechos fundamentales en América Latina.....	4
1.3. Antecedentes conceptuales de los derechos fundamentales.....	8
1.4. Aproximación al concepto derechos fundamentales y derechos humanos.....	10
1.4.1. Diferencia.....	12
1.5. ¿Cuáles son los derechos fundamentales?.....	15
1.6. Positivación constitucional de los derechos fundamentales.....	17
1.6.1. Valor positivo de los preámbulos.....	18

CAPÍTULO II

Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano supranacional	23
2.1.1. Derecho supranacional.....	23
2.1.2. Jurisdicción internacional y supranacional.....	28
2.1.3. Soberanía nacional y derecho internacional.....	32
2.1.4. Legitimidad de los tribunales y resoluciones internacionales.....	38
2.2. Aspectos generales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos....	42
2.2.1. Orígenes de la Corte Interamericana de derechos humanos.....	43
2.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	44
2.2.3. Definición, funcionamiento e integración.....	45

CAPÍTULO III

El control del poder, jurisdicción constitucional y neoconstitucionalismo

3.1. Evolución histórica del control del poder.....	49
3.2. Aproximación teórica del concepto control del poder.....	51
3.3. Control del poder constitucional.....	54
3.4. Control del poder jurídico constitucional.....	57
3.5. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.....	59
3.5.1. Control del poder constitucional, la obra del juez Marshall y la	



doctrina judicial <i>review</i>	
3.6. Control de constitucionalidad.....	
3.5.1 Control concentrado, difuso y mixto.....	65
3.7. Justicia constitucional o garantía jurisdiccional de la Constitución.....	69
3.8. Bloque de constitucionalidad.....	74
3.8.1. Origen y evolución.....	75
3.8.2. Contenido.....	79
3.8.3. Bloque de constitucionalidad en Guatemala.....	81
3.9. Recepción del derecho internacional.....	85
3.9.1. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno guatemalteco.....	88
3.10. Neoconstitucionalismo.....	92
3.10.1. Características.....	95

CAPÍTULO IV

El control de convencionalidad

4.1. Concepto.....	99
4.2. El control de convencionalidad concentrado y difuso.....	104
4.2.1 Control convencional concentrado.....	104
4.2.2 Control convencional difuso.....	106
4.3. Internacionalización del derecho constitucional.....	110
4.4. Interpretación conforme y principio <i>pro persona</i>	113
4.4.1. Cláusula de interpretación conforme, México vs. Guatemala.....	117

CAPÍTULO V

Concordancia entre los fallos de la Corte Interamericana de los derechos Humanos y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

5.1. Antecedentes jurisprudenciales.....	125
5.2. Confrontación jurisprudencial.....	137

CONCLUSIÓN	155
-------------------------	-----

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	157
---	-----

INTRODUCCIÓN



En la historia de la humanidad han sucedido varios hechos que quedarán marcados para ver o anticipar un futuro y aprender de los errores como especie reciente en el planeta. Sin embargo, hubo dos hechos que han afectado a la humanidad, estos son tanto la Primera como la Segunda Guerras Mundiales. La Segunda Guerra Mundiales la que más generó preocupación por parte de los Estados, ya que en ella se implementaron los avances de la humanidad en armas bélicas. Ello provocó que la misma dejara como resultado entre 50 a 55 millones de muertes, violando de esta forma los derechos más importantes de la humanidad, como son la vida y la libertad.

Después de la Guerra citada, los Estados entran en una era de concientización por lo sucedido. Así, dan inicio a una nueva era de globalización e internacionalización del derecho, creando para ello un órgano supranacional denominado Organización de las Naciones Unidas –que tiene como antecedente la fallida Sociedad de Naciones- y con ello el primer documento importante en esta nueva era, como lo es la Carta de las Naciones Unidas, que es el resultado del sentir y pensar de los Estado para mantener la paz y la seguridad de las naciones del mundo. Este instrumento sirve a la vez como fuente para la creación de varios instrumentos internacionales en materia de derechos humanos como lo son: la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; para la región latinoamericana la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, y, el más importante, la *Convención Americana de sobre Derechos Humanos* en 1969. Este último tiene como objeto velar por la libertad personal y justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. De este instrumento posteriormente surgirían otros como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Facultativo de San Salvador, entre otros.



La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido el instrumento más importante para la región latinoamericana y en ella se puede mencionar dos órganos importantes, como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera tiene como función esencial promover la observancia y defensa de los derechos humanos, haciendo conciencia de estos y a la vez redactando informes sobre las medidas a adoptar por parte de los Estados con el fin de que no se vulneren los derechos humanos. El segundo tiene la función principal de ser el intérprete y órgano aplicador de la Convención Americana, ello, cuando un caso le sea sometido a su jurisdicción, en virtud de que algún Estado Parte haya vulnerado algún derecho humano y para ello la Corte garantizará al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados.

Solos los Estados Parte pueden ser juzgados y lo decidido por la Corte Interamericana en su función de órgano supranacional se traduce en sentencia. Ello debido a su naturaleza jurisdiccional, creando así efectos de cosa juzgada, lo cual debe ser acatado por el Estado sancionado, transformándose su decisión en jurisprudencia, que debe ser observada por los Estados Parte de la Convención Americana.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala -1986- el Estado de Guatemala empieza una nueva era en materia de derechos humanos y varios desafíos para mantener el orden democrático, el Estado de legalidad y el Estado de derecho, ya que aún persistían los efectos del Conflicto Armado Interno que duraría treinta y seis años y que trajo consigo una de las etapas más difíciles del pueblo guatemalteco, especialmente de los pueblos originarios, inclusive el genocidio para acabar con determinados pueblos.

Con la nueva Constitución surgen órganos que velarían por la protección de los derechos humanos y el orden institucional como por ejemplo el procurador de los Derechos Humanos y la Corte de Constitucionalidad, este último velaría por la defensa de la Constitución y la preservación del orden institucional.



Instaurada la Corte de Constitucionalidad se inicia una nueva etapa en la justicia constitucional en la cual la Corte haría sentir la función jurisdiccional, frenando los actos ilegales o contrarios a derecho por parte de los poderes estatales y como revisor de la justicia ordinaria cuando también se inobserve la Constitución. Al tener la Corte de Constitucionalidad la función de defensora de la Constitución, la misma tendría que observar los instrumentos internacionales que Guatemala ha ratificado, especialmente en los años noventa que fue la prueba más dura para una joven Corte de Constitucionalidad.

Al analizar el actuar de la Corte de Constitucionalidad en tres décadas, como lo son los noventa y primera y segunda décadas del siglo XXI, se detectó que especialmente en la primera tuvo un pensamiento arraigado a la institución de la supremacía constitucional, y que solo la Constitución podrá ser parámetro para determinar la constitucionalidad de una ley, no importando inclusive, si la misma podría ser parámetro de manera conjunta con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ya en la primera década del siglo XXI se ha constatado que su doctrina ha evolucionado satisfactoriamente y se ha tutelado de mejor manera la observancia de los derechos humanos. Ello no solo por la conciencia de entes internacionales que velan por los derechos, sino por la evolución que todo sistema jurídico, que tiende a ser mutante o variante dependiendo de cada generación. No se dejó de proteger los derechos humanos, pues ello siempre fueron fuente para dictar sentencias ya sea a petición de parte o por invocarlo el máximo tribunal de Guatemala.

En materia de derechos humanos la Corte de Constitucionalidad ha estado en constante evolución por la preocupación de tutelarlos de mejor manera y que el Estado a través de sus órganos no los vulneren. En algunos casos el Estado de Guatemala ha sufrido de condenas a nivel internacional, lo cual ha generado preocupación para los órganos estatales, que los ha orillado a actuar para que ello no siga sucediendo, tales como el Organismo Legislativo en la creación de leyes, la aprobación de convenios y tratados en materia de derechos humanos y en caso del Organismo Judicial, en la aplicación de leyes y en las sentencias de los jueces.



Para determinar la observancia o contradicción por parte de la Corte de Constitucionalidad fue necesario partir de las instituciones generales para llegar al centro de la hipótesis planteada que permitió su verificación. Para ello, el presente trabajo fue desarrollado en cinco capítulos. El primero trata sobre los derechos fundamentales o humanos, donde fue necesario verificar los antecedentes históricos; los antecedentes en América Latina y sus antecedentes conceptuales; y, la teoría de los derechos humanos o fundamentales. En el segundo, se ha tratado sobre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre los puntos que destacan el de determinar cuál es su función en el plano internacional como órgano supranacional, su legitimidad, su poder de jurisdicción sobre los Estados y cómo queda la soberanía nacional frente a dicho órgano. El tercero, trata sobre el control del poder, la jurisdicción constitucional, el control constitucional y bloque de constitucionalidad. Con relación al poder, se trató el tema no únicamente como el poder de determinado órgano, sino el poder en su esencia, como poder político, jurisdiccional y social; para ello se fragmentó su estudio en el poder como tal, el poder constitucional, el control jurisdiccional y la garantía jurisdiccional de la Constitución

El cuarto capítulo, trata sobre el control de convencionalidad como nueva teoría y parámetro de la de confrontación y complementariedad que deben observar los Estados para resolver conflictos donde estén siendo vulnerados los derechos humanos. Para ello fue necesario abordar el tema de control convencional concentrado y difuso; la internacionalización del derecho constitucional; la interpretación conforme. Se realizó una comparación entre México y Guatemala con respecto al principio *pro persona* y de la forma de ingreso de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de acuerdo al sistema constitucional. En el quinto, se hace un recorrido histórico de las sentencias más importantes de la Corte de Constitucionalidad que se relacionan con el tema central, especialmente en los años noventa del siglo pasado, siendo la Constitución Política el único parámetro de confrontación de leyes, inclusive no dando lugar a la interpretación que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos podrían ser parámetro constitucional.



Asimismo, se realizó una búsqueda exhaustiva de la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad a partir del año 2006 al 2015, en la cual se estableciera contradicción con la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. Ello, por ser este periodo donde se inicia una nueva etapa en la utilización de la fraseología de control de convencionalidad, descubriéndose que si bien la Corte de Constitucionalidad hasta el año 2010 utiliza dicho concepto, no dejó invocar en años atrás los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos para la resolución de controversias. Se encontró en el periodo analizado que únicamente en dos sentencias la Corte de Constitucionalidad hace valer el derecho interno sobre el derecho internacional de los derechos humanos, no en contra del instrumento internacional, sino por el contexto en el que se encontraba el conflicto, haciendo prevalecer así la Constitución Política y la normativa interna, lo cual es acertado tomando en cuenta que las Constitución contiene ese conjunto de valores y principios de un pueblo o nación soberana, que se dio a sí misma la Constitución Política, que regirá la vida política, social y económica.

Con relación a la hipótesis, se planteó: "En Guatemala no existe concordancia entre fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, tomando como base la nueva fraseología y doctrina del concepto control de convencionalidad creado en el año 2006 y la emitida en por la Corte de Constitucionalidad desde el año 2006 al 2015, como parte de la constitucionalización del derecho internacional humanitario".

Se estableció que la hipótesis quedó desvanecida de forma satisfactoria, ya que en Guatemala la Corte de Constitucionalidad ha observado para su jurisprudencia los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, que, si bien no se hacía uso de la fraseología antes del 2010, no impidió la observancia de los instrumentos internacionales y la protección de la persona humana a través de sus fallos; así como la observancia de la de la innovación jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Falta mucho camino en recorrer en materia de derechos humanos, pero se tiene la esperanza en las instituciones.



CAÍTULO I

Los derechos fundamentales derechos humanos

1.1. Antecedentes históricos de los derechos fundamentales o humanos

Del primer punto a desarrollar en el presente capítulo se nota que se usa la acepción derechos fundamentales o derechos humanos. Ello en virtud de las tendencias de la doctrina moderna, que ha aceptado de buena manera el concepto de derechos esenciales como fundamento en la positivación en los textos principales, tal como se verá más adelante. En este primer punto es importante tener noción sobre el concepto de derechos humanos o fundamentales, ya que esto es la materia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al emitir sentencias por la inobservancia o vulneración por parte de los Estados de América Latina.

Los derechos fundamentales tienen su origen embrionario en la naturaleza desde los pueblos primitivos, ya que es de conocimiento en la antropología que estos enteraban a sus difuntos y posteriormente los veneraban. La historia de los derechos naturales así conocidos comienza con el iusnaturalismo grecorromano, cristiano y clásico, pasando por la etapa del esclavismo y feudalismo. Es esta última etapa donde cobra auge el llamado neiusnaturalismo el cual da origen a la lucha entre la monarquía y los señores feudales, en especial en Inglaterra como referente, lo que culmina en el año 1215 con la Carta Magna que consagra la gran primera limitación a los poderes del rey, el reconocimiento de los privilegios feudales y la libertad a no ser detenido o desposeído de sus bienes sin juicio previo.

Con el antecedente anterior, en 1628 se consagra la *Petición of Rights* que es un documento que comprometía al rey a reconocer otros derechos como el de petición que tenían los ciudadanos o siervos de la Corona inglesa. Ya, teniendo el antecedente de la libertad es reconocido el *Habeas Corpus* en 1679 y diez años después el *Bill o Rights*,



que es sancionado por Guillermo Orange de Inglaterra. Estos son documentos que dan inicio a la positivación del reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales.

Después de los antecedentes ingleses y sus colonos en América del Norte, surge la gran revolución de los Estados Unidos de América, que posteriormente se convierte en antecedente inmediato la de Revolución francesa. Pérez Luño (2016) sobre los derechos fundamentales, indica:

La revolución de los colonos ingleses en América, que cristaliza en el logro de su independencia, madura sobre el tronco de un viejo árbol de libertad constituido por las Cartas inglesas; ahora bien, los textos norteamericanos (especialmente la Declaración de Independencia y el *Bill of Rights* del Buen Pueblo de Virginia, ambos de 1776) revelan los presupuestos iusnaturalistas e individualista que los inspiran. Los derechos recogidos en tales documentos a la libertad, a la propiedad y a la búsqueda de la felicidad corresponden a todo individuo por el mero hecho de su nacimiento; se trata de derechos, que, por tanto, no se hallan restringidos a los miembros de un estamento, ni siquiera a los de un país, sino de facultades universales, absolutas, inviolables e imprescriptibles. Son derechos emanados por las propias leyes de la naturaleza que el derecho positivo no puede contradecir ni tampoco crear o conceder, sino debe reconocer o declarar y garantizar (p.31).

Llevada a cabo la revolución de los colonos ingleses, también en Francia se gestan las luchas de los estamentos para derrocar el gobierno de los reyes y feudales, ello, por el reconocimiento de los derechos humanos que exigían las clases marginadas; lo que trae consigo la Revolución francesa de 1789 y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. En Francia, estos aún son base para la emisión de sentencias e integración del bloque de constitucionalidad, como se verá en otro capítulo.



Otro antecedente importante es la consagración de los derechos humanos de índole social o del proletariado que surge a inicios del siglo XIX que es influenciada por el *Manifiesto del Partido Comunista*, redactado por Marx y Engels en el año de 1848, texto con el que da inicio una nueva era del pensamiento político que hasta hoy es palpable.

La importancia del *Manifiesto* se refleja con nitidez en la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, promulgada en la URSS, tras el triunfo de la Revolución, en el año 1918, y cuyo texto redactado por Lenin se incorporó a la Constitución soviética de ese mismo año, como réplicas a las declaraciones burguesas de derechos (Pérez Luño, 2016, p.35).

Con las ideas y las luchas de la clase obrera en la Unión Soviética, en América Latina a través de México se logra por primera vez la consagración de los derechos sociales en su Constitución como fruto de la Revolución mexicana y levantamiento del pueblo. Es importante señalar que en México se abre una gran brecha para el reconocimiento de los derechos de tipo social, pero, es en la Constitución de Weimar de 1919 en Alemania donde mejor se refleja el pensamiento social, dando paso de un Estado liberal a un Estado social de derecho.

No se puede dejar de mencionar que los antecedentes anteriores fueron producto de luchas que en cada momento significaron el sacrificio de vidas, pero no tanto como lo fue la Segunda Guerra Mundial, que ha sido el conflicto en el que se cometió el mayor genocidio de todos los tiempos, ya que consiguió la muerte de 50 a 55 millones de seres humanos, esto, entre los años de 1939-1945. Con la culminación de la Guerra, los Estados consideran la necesidad de que dicho suceso no vuelva a repetirse, por ello crean un órgano denominado Organización de las Naciones Unidas, que tenía como antecedente las Sociedad de Naciones creada en 1919. Este órgano da origen a la Carta de Naciones Unidas y la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, al cual le siguieron otros instrumentos internacionales como Convención



Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966.

Es, a partir de esta etapa de la historia donde se empieza la positivación de los derechos humanos y la constitucionalización de los mismos, reconociendo cada vez más derechos como los de tercera y cuarta generación que se identifican por ejemplo a la libertad sexual, al ambiente y genética. "Los derechos humanos se han convertido en un referente inexcusable de la modernidad; quizá son su signo distintivo, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que el momento todavía permanece inalcanzado" (Carbonell, 2012, p.11).

1.2. Antecedentes históricos de los derechos fundamentales en América Latina

Hablar de derechos fundamentales o humanos en América Latina es algo complejo ya que en cada Estado latinoamericano existe una forma especial de usurpación por parte de los conquistadores que traía consigo la violación de los derechos a los pueblos originarios. Lo que sí tienen en común es el saqueo que vivió cada pueblo, de la imposición de la cultura, la religión, el idioma y la forma de producción de alimentos; que hasta la fecha aún es latente, tal es el caso de Guatemala.

Esta historia ha de iniciarse con el proceso que siguió al Descubrimiento de América en 1492. Llámese, descubrimiento o «Encuentro de dos Mundos», es evidente que solo como consecuencia de lo que acaeció entonces las poblaciones que llegaron a habitar y vivir en estos territorios adquirieron conciencia de su existencia en relación con la totalidad del ámbito geográfico americano. Hay que señalar que la existencia y mantenimiento en muchas zonas de la América Latina, de grandes poblaciones indígenas, a veces no totalmente integradas a los sistemas



políticos de la colonia y de la Independencia, constituye una realidad que ha condicionado y condiciona la evolución de la cuestión de los derechos humanos (Gros Espiell, 1988, p.67).

En América Latina las violaciones de los derechos es producto de la explotación económica, la desigualdad impuesta por los usurpadores, militarismo, el caudillismo y la usurpación de las tierras a los pueblos originarios. No se puede dejar de mencionar que los pensamientos liberales y conservadores han sopesado a lo largo de la historia de cada pueblo, y, ello generalmente se ha dado por la imposición de pensamiento por parte de los criollos o colonos.

Pero la aceptación general de la ideología democrática y la fuerza del 'liberalismo' que inspiraba la acción de las élites dirigentes limitaron en el siglo XIX y en la primera mitad de actual estas realidades negativas. En la segunda mitad del siglo XX la generalización de las dictaduras, su paso de regímenes episódicos a instituciones con aspiración de permanencia y de contenido ideológico. Estas dictaduras instauraron un «terrorismo de Estado» basado en una antidemocrática teoría de la seguridad nacional, que hizo de la violación de los derechos humanos en muchas partes de América Latina un fenómeno masivo y la expresión sistemática de una política. Hoy gran parte del continente han caído los regímenes caracterizados por las más trágicas violaciones de los derechos humanos, pero aún subsiste, cuando se escriben estas líneas, gobiernos que presentan los perores caracteres de la situación que predominaba en la década pasada (Gros, 1988, p.67).

Un documento importante en la historia de los pueblos de América Latina lo constituye Las Leyes de Indias. Documento que organizaba política y jurídicamente a los pueblos durante los siglos XV, XVI, XVII y XVIII, que no era más, que otra cosa, que la legalización hacia la usurpación de sus tierras, dando nacimiento a una nueva modalidad de esclavitud.



Las declaraciones de los Derechos incluidas en los textos constitucionales latinoamericanos que fueron jalando el proceso revolucionario y la organización jurídica de los nuevos Estados independientes tuvieron su fuente o su inspiración en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, en las Declaraciones de Derechos de algunos Estados Americanos, en especial de Virginia y Massachusetts, en la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Constitución española de 1812, que no solo fue derecho vigente aplicado en muchas partes de América en los turbulentos años que van desde 1812 a 1823, sino que además sirvió como uno de los principales modelos de los textos constitucionales latinoamericanos (Gros, 1988, p.70).

Otro aspecto importante de lo que trajo consigo la invasión de los conquistadores a los pueblos fue la discriminación racial que hasta la fecha subsiste y que ha sido uno de los factores de atraso social, especialmente a los pueblos indígenas u originarios. Junto a la independencia de los pueblos y la emisión de los textos constitucionales se empieza a reconocer algunos derechos, especialmente la libertad. Ello con el *habeas corpus*, por ejemplo, que se encuentra en casi todos los textos constitucionales, el *amparo* que se desarrolla en los textos constitucionales de México y que posteriormente se fue difundiendo a otros países como es el caso de Guatemala.

Como se dijo anteriormente, el militarismo y caudillismo fueron factores negativos para el desarrollo social y de derechos humanos en los pueblos de América Latina. A través de ellos se crearon las dictaduras, que dieron como resultado centrar los poderes de los Estados; y, como consecuencia, la violación de los derechos humanos.

El presidencialismo latinoamericano es otro elemento que no puede dejarse de citar. Más allá de la cuestión que resulta que los sistemas políticos latinoamericanos en el siglo XIX siguieron el modelo del régimen 'presidencial', sin que se encuentre casi ningún ejemplo de sistema parlamentario, la realidad hizo del «señor presidente» un centro de



arbitrariedad y de poder, una manifestación de personalismo autoritario, vinculado al militarismo y al caudillismo, que incidió negativamente en el respeto de los derechos humanos en la América Latina (Gros, 1988, p. 74).

México ha tenido un buen antecedente en lo que respecta a la lucha por el reconocimiento de derechos de tipo social u obrero, que constituyen la base para que posteriormente sean reconocidos otros derechos como los derechos económicos, sociales y culturales. A finales del siglo XIX y principios del XX y que, posteriormente, fueron positivando y constitucionalizando el resto de países de América Latina, incluyendo Guatemala.

La uniformidad teórica en cuanto a la naturaleza de los derechos humanos que había existido en América Latina, como consecuencia de los precedentes hispánicos, de las fuentes norteamericanas y francesas, de las influencias doctrinarias y filosóficas del Enciclopedismo, de la Ilustración y del liberalismo y luego del constitucionalismo social, se vio afectada cuando un país latinoamericano adoptó la teoría marxista-leninista del Estado. La Constitución de Cuba de 1976 es todavía hoy el único texto latinoamericano que se sitúa expresamente en el constitucionalismo marxista-leninista, lo que se traduce en cuanto a los derechos y libertades fundamentales en la aceptación de criterios sobre su naturaleza y límites que no concuerdan con los otros países latinoamericanos (Gros, 1988, p. 79).

Con la constitucionalización de los derechos humanos o fundamentales en las Constituciones latinoamericanas se crean nuevos órganos de protección, tal es el caso del Procurador de Derechos Humanos, Defensor de los Derechos Humanos o Defensor de los Ciudadanos que son inspiración del *Ombudsman*, del cual no se le ha dotado de mayores poderes como en el caso de Guatemala, ya que es únicamente un ente de conciencia social. Lo anterior refleja aún un atraso en el desarrollo de las instituciones



que velan por los derechos humanos a nivel local y que, posteriormente, se reflejaría en condenas al Estado de Guatemala por la no observancia de los derechos humanos.

1.3. Antecedentes conceptuales de los derechos fundamentales

Antes de hacer un recorrido conceptual es necesario señalar que cuando se habla de derechos fundamentales o humanos, hay que tener en cuenta que se está tratando los derechos subjetivos ya que estos son derechos de individuos o ciudadanos con relación a su estatus jurídico y en lo relacionado con la libertad en el ámbito de su existencia. Pérez Luño (2016) indica sobre lo anterior:

Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución... (p.22).

Los derechos fundamentales son la principal garantía con los que cuentan los ciudadanos en un Estado de derecho o social de derecho. Esto, ya que un ordenamiento jurídico se centra hacia el respeto y promoción de la persona humana y sus derechos. En ese sentido, se puede hacer una mención conceptual histórica del concepto desde al ámbito axiológico objetivo y en su dimensión subjetiva. Con relación al primero, se señala que los derechos fundamentales son el resultado de las fuerzas sociales de tensión, armonía y los esfuerzos de cooperación para lograr metas comunes.

Por ello corresponde a los derechos fundamentales un importante cometido legitimador de las formas constitucionales del Estado de derecho, ya que constituyen los presupuestos del consenso sobre el que se debe edificar cualquier sociedad democrática; en otros términos, su



función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condiciona su deber de obediencia al derecho. Al propio tiempo, los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la actuación de los poderes públicos (Pérez Luño, 2016, p.16).

Cuando se habla de axiología o de valores en materia de derechos humanos se puede decir que son los que reconoce el Estado para que estos se hagan valer entre los particulares y, estos, frente al propio Estado. Se ha difundido en décadas pasadas que los derechos fundamentales son el límite al ejercicio del poder del Estado, pero se considera, que actualmente estos han dejado de serlo, para ser el motor y el fin de la actuación de los poderes del Estado tal como los señala el maestro Pérez Luño. Al dejarse de cumplir y promover estos derechos es que se crean entes internacionales que crearan conciencia sobre el respeto y promoción y en última instancia juzgaran a un Estado para su observancia.

Con relación a la dimensión subjetiva, esto, como se dijo, tiene que ver con relación a los derechos de los individuos, relaciones que se dan entre sí, o contra el Estado, siendo este último el responsable ante la comunidad internacional

Los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no solo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social (Pérez Luño, 2016, p.18).

Actualmente, se ha tomado en consideración que ya no solo el Estado puede violentar derechos humanos, sino también particulares o personas, pero el problema radica que la responsabilidad internacional únicamente corresponde a los Estados, y



que, en el caso de los particulares la conducta se encuadraría en delitos tipificados en ordenamientos penales. Reconocer a grupo de personas o sujetos violadores de los derechos humanos, implicaría reconocerlos como sujetos de derecho internacional, lo cual otorgaría un tipo de personería ilegal.

1.4. Aproximación al concepto de derechos fundamentales y derechos humanos

El concepto de derechos fundamentales aparece en Francia en 1770 por los movimientos políticos de cambio de sistema, que conllevó a la *Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano* en 1789 y que posteriormente alcanza extensión en la Constitución de Weimar de 1919, que se mantiene en la Ley Fundamental de la Federación de Alemania emitida en el año de 1949. Claro que este concepto puede verse como sinónimo de derechos humanos, pero es interesante ver autores como Luigi Ferrajoli, Pérez Luño y Prieto Sanchís han adoptado en sus escritos el concepto de derechos fundamentales haciendo a la vez una distinción de la misma, inclusive con otros conceptos como libertades públicas, derechos individuales, derechos sociales, entre otros.

Para definir los derechos fundamentales o humanos también se debe tomar en cuenta que el concepto puede tener varios enfoques y que cada uno denominará o asignará el significado al concepto. Tales conceptos pueden derivar del punto de vista o de enfoque que le den las concepciones tales como: teóricas, filosóficas, descriptivas o prescriptivas, jurídicas, éticas, sociales, históricas, iusnaturalistas, entre otros.

De ahí la variedad de significados asociados a la expresión «derechos fundamentales» (o humanos, públicos, constitucionales, personalísimos, morales o de ciudadanía, según los léxicos de las distintas disciplinas) los cuales, muchas veces, se refieren a elementos distintos y heterogéneos entre sí, como los valores o fines ético-político que se persiguen con ellos,



los concretos intereses o necesidades tutelados, de hecho, o de derecho... (Ferrajoli, 2009, p. 287).

De lo anterior, el concepto de derechos fundamentales puede tener una doble fuente, primero, proveniente de la tradición filosófica humanística del iusnaturalismo que lucha por la positivación y la protección de las libertades de los movimientos constitucionalistas propias de un Estado de derecho. Segundo, tal como lo señala Pérez Luño (2016): "De otro lado, representa un punto de mediación y de síntesis entre las exigencias de las libertades tradicionales de signo individual, con el sistema de necesidades radicales de carácter económico, cultural y colectivo a cuya satisfacción y tutela se dirigen los derechos sociales" (p.39). En síntesis, los derechos fundamentales o subjetivos tienen una fuente filosófica iusnaturalista democrática por un lado y por otro lado una fuente individualista, social y económica a la vez.

Con relación a los derechos fundamentales y los derechos humanos se puede señalar, que los derechos fundamentales aparecen como la etapa avanzada del proceso de positivación de los derechos naturales o subjetivos con relación a los textos constitucionales de los Estados, por tanto, es ese proceso intermedio de conexión entre los derechos humanos. (Pérez Luño, 2016). Lo anterior explica que los derechos fundamentales son vistos como la etapa más avanzada de los derechos humanos por la positivación en los textos constitucionales.

Cuando se define a los derechos fundamentales hay que tomar en cuenta el carácter subjetivo de los mismos, o sea a los tipos de sujetos a los que van dirigidos, y, por otra parte, de modo objetivo relativo a los tipos de comportamientos del contenido de los derechos. Por su parte, Luigi Ferrajoli (2009) define los derechos fundamentales de la siguiente manera:

Son derechos fundamentales aquellos derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en tanto personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar. Los rasgos



estructurales que, con base en esta definición, distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres, todos ellos independientes del contenido de las expectativas que tutelan: a) La forma universal de su imputación, entendiendo 'universal' en el sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares; b) Su estatuto de reglas generales y abstractas, es decir, de lo que he llamado «normas hipotéticas» que, en cambio, predispone, como efectos hipotéticos, las situaciones singulares dispuestas por los actos, negociables por ejemplo, que prevén en hipótesis; c) Su carácter indisponible e inalienable, en tanto incumben de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y la restantes situaciones singulares que, en cambio, pertenecen a cada uno con exclusión de los demás (p.292).

Es de hacer notar, como se ha dicho, que existen rasgos distintivos que se aprecian de acuerdo con el punto de vista filosófico o concepción del derecho. En el presente caso, se nota que autores como Ferrajoli y Pérez Luño se enfocan en un punto de la positivación de los derechos humanos o fundamentales, mismo que se complementan con el nuevo constitucionalismo, en donde los textos constitucionales cuentan con un amplio catálogo de derechos fundamentales y no solo ello, sino en la necesidad de crear instrumentos internacionales que serán de observancia para los Estados. Estos son los convenios para proteger a las mujeres, niños y ancianos en tanto estos son los grupos más vulnerables.

1.4.1. Diferencia

Los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales muchas veces son utilizados como sinónimos. A criterio del presente investigador, no hay inconveniente en utilizar cualquiera de los conceptos, pero para efectos didácticos sí es importante encontrar la diferencia de cada uno por las nuevas tendencias doctrinales de reconocidos tratadistas. El concepto de derechos fundamentales, como se dijo



anteriormente, se utiliza para designar los derechos positivados en el orden interno de un Estado y derechos humanos se podría utilizar para denominar a los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales. Pérez Luño (2016) indica:

Menos convincente me parece el criterio que postula que mientras los derechos fundamentales son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, en cuanto miembros de un determinado Estado, los derechos humanos se refieren a los formulados también positivamente en los textos constitucionales con validez general para todos los hombres y sin hallarse, por tanto, reducidos a un determinado grupo de personas (p. 40).

Como se puede apreciar, los derechos fundamentales son asignados a los derechos positivados a nivel interno de los Estados, y los derechos humanos son los reconocidos a nivel internacional que se encuentran en los instrumentos internacionales. En el caso de Guatemala, en la Constitución Política de la República se acuña el concepto "derechos humanos", lo que genera además confusión, ya que también se utiliza el término derechos individuales. Tal apreciación se puede observar en los epígrafes el título II y capítulo I de la Constitución Política.

No se puede dejar de mencionar que, en el único apartado de la Constitución Política donde se hace alusión al concepto de derechos fundamentales se encuentra en lo estipulado en artículo 93, que señala lo siguiente: "*Derecho a la salud. El goce de la salud es derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna*".

También se puede resaltar, con relación a los conceptos anteriores, que sí hay concordancia en lo que establece la Constitución Política de la República, en correspondencia al uso del concepto derechos humanos cuando se refiere al ámbito internacional tal como lo regula el artículo 46, que señala: "*Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos*



humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno".

Teniendo en cuenta las ideas anteriores, y concordando en las ideas del maestro Luño sobre los conceptos a tratar, este da su definición sobre derechos humanos y derechos fundamentales, agregando nociones de positivismo a cada una de ellas, lo que indica su pensamiento filosófico.

En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término derechos humanos aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidos positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada (Pérez Luño, 2016, p.42).

Otro autor, que también comparte el criterio de diferenciación de los conceptos es Noriega Alcalá, que considera a los derechos humanos como un tema de carácter filosófico-axiológico y a los derechos fundamentales como un tema de carácter jurídico-político.

Los derechos fundamentales son una mediación entre la aspiración ética del desarrollo del hombre como fin de la sociedad, para nosotros auténtico postulado previo, valor fundamental de la legitimidad justa, y la realización de esas aspiraciones por medio del derecho. Concluyendo que: la justicia material que aquí programamos coincide con la organización jurídica de la



libertad civil y política económica social y cultural desde componentes igualitarios, en un sistema donde el hombre y su desarrollo integral fueran las preocupaciones de la mayoría (justicia formal o democrática). Gregorio Peces-Barba, en *Derechos fundamentales*, señala que derecho fundamental es la: Facultad que la norma atribuye de protección a la personas en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombre libres, exigiendo el respecto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción(Alcalá, 2018, p.52).

1.5. ¿Cuáles son los derechos fundamentales?

Para determinar cuáles son los derechos fundamentales es menester señalar que esto se puede responder de acuerdo a dos elementos estructurales, uno de tipo subjetivo y otro de tipo objetivo, tal como lo enseña Ferrajoli. En cuanto a la subjetiva, esta señala las clases de sujetos a los que se les atribuyen tales derechos y la segunda, a los comportamientos que son el contenido de tales derechos.

En una primera aproximación se dan dos respuestas distintas, que responden a las interrogantes, como: ¿cuáles son?, y la segunda, ¿cuáles deben ser? La primera, con base en la dogmática positivista o iuspositivista, entre los derechos se mencionan la libertad de la persona, la libertad de expresión, de reunión y de asociación, el derecho a la salud, la educación y la seguridad social. En cuanto a la segunda, se mencionan desde el punto de vista axiológico o iusnaturalista, entre ellos el derecho a la vida, la libertad de conciencia, las libertades civiles, las libertades políticas, los que defienden la dignidad de la persona, la igualdad, la paz, entre otros.

En otra clasificación dada por Ferrajoli, tomando en consideración el elemento subjetivo y que se relaciona con la persona o ciudadano, este lo reagrupa con relación

a las clases de sujetos. Sujetos que se dividen en personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar, estos dos últimos que incluyen la primera. Tomando en cuenta al primero indica que este se puede derivar en cuatro clases de derecho: a) derechos humanos, que pertenecen a todos los seres humanos, incluso no ciudadanos ni capaces de obrar; b) los derechos civiles, que pertenece en cuanto tengan capacidad de obrar, independiente de que si tenga o no ciudadanía; c) derechos públicos, los que corresponden a los que tengan calidad de ciudadanos; y d) derechos políticos, que corresponde a los ciudadanos y que tengan capacidad de obrar (Ferrajoli, 2009). Las dos primeras se llaman derechos primarios o sustanciales y, las otras dos, derechos secundarios o formales.

Con relación al elemento objetivo (referentes a los tipos de comportamientos que constituyen el objeto de los derechos fundamentales) Ferrajoli los agrupa en dos campos, por un lado, los derechos primarios y por el otro, secundarios. De los primarios pertenecen a todos con independencia de la capacidad de obrar, en los que se incluyen los derechos de libertad y derechos sociales. Entre los derechos de libertad se encuentran el derecho a la vida, la libertad personal y las libertades para asociación y de reunión. Entre los derechos sociales se encuentran la salud, la educación y la seguridad social, entre otros.

Los derechos secundarios se dividen en civiles y políticos. Los primeros, consisten en derechos de autonomía privada ejercida generalmente sobre derechos patrimoniales. Los segundos, consisten en derechos de autonomía política, ejercido a través de actos públicos del cual el más notable se puede apreciar en el voto (Ferrajoli, 2009).

Nuestra tipología objetiva, pues, coincide parcialmente con la subjetiva. La coincidencia es perfecta en lo que se refiere a la distinción entre derechos primarios y derechos secundarios, bien en el elemento objetivo del tipo de actos en que consiste su ejercicio. Esto explica porqué la capacidad de obrar es precisamente la capacidad de realizar actos jurídicos potestativos. Por eso, los derechos civiles y políticos que se adquirieron



con ella, -independientemente del hecho de que la ausencia de los primeros, a diferencia de la de los segundos, puede ser suplida por la representación legal de los incapaces- son en realidad poderes; entendido el término 'poder', no como la simple *facultad agendi* en qué consisten los derechos activos de libertad (o libertad para), sino como potestades *agendi*, es decir, como la facultad de realizar actos jurídicos (voto, elecciones, contrato, testamento u otros similares) que producen efectos en la esfera jurídica de los demás (p. 296).

Considero que estos aspectos doctrinarios son importantes ya que en la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad como la de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos se podrá constatar el uso de dicha fraseología para la resolución de controversias.

1.6. Positivación constitucional de los derechos fundamentales

Anteriormente, se ha mencionado en las aproximaciones del concepto derechos fundamentales el término positivación constitucional. También se ha indicado la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales, tomando en cuenta que el primero se refiere al ámbito internacional y el segundo al ámbito local de los Estados. Esta positivación puede existir de varias formas, una de ellas es aquella cláusula que generalmente se encuentra en los textos constitucionales de América Latina, donde existe una norma de incorporación de derechos humanos al ámbito local, que inclusive pueden llegar a tener el mismo nivel que las cláusulas constitucionales, dependiendo el Estado, tal como es redactado la Constitución Política de Guatemala. La otra es por medio de los preámbulos, que consagra una serie de principios o valores que son positivados.

Uno de los más connotados autores que estudia este tema es el español Pérez Luño, quién enuncia cinco instrumentos de positivación de los derechos humanos a derechos fundamentales, a saber: a) valores superiores del orden jurídico-político

constitucional; b) principios constitucionales; c) cláusulas generales; d) normas específicas o casuísticas; y, normas de tutela.

Con relación al primero, este se refiere a la enunciación de derechos fundamentales que indica el preámbulo de los textos constitucionales, que viene a representar una síntesis de los valores básicos; el segundo, a la serie de principios dirigidos a delimitar el marco político, social y económico y de las modalidades de ejercicio de los derechos fundamentales, no solo del tipo subjetivo, sino también la orientación de la acción de los poderes públicos; el tercero, un grupo de derechos fundamentales, mediante cláusulas en la Constitución y positivados como derechos, no así como principios; el cuarto, en esta se combina aquellas normas la positivación de los derechos fundamentales y también conlleva las garantías para hacerlas efectiva (Pérez Luño, 2016).

En Guatemala, al analizar la Constitución Política se puede llegar a la conclusión que pueden darse estos cuatro factores, esto, en vista de que el preámbulo sí forma parte integral del texto Constitucional, mismo que enuncia una serie de principios que conjugan con el resto del ordenamiento jurídico, como lo es la primacía de la persona humana garantizada por los órganos políticos que organiza la Constitución (marco político). Asimismo, cuenta con un catálogo de principios positivados, por ejemplo, principio de irretroactividad de la ley y garantías positivadas como lo es la no reelección del jefe de gobierno que robustece el principio democrático de alternabilidad en el ejercicio del poder público.

1.6.1. Valor positivo de los preámbulos

Anteriormente se trató de la positivación constitucional de los derechos fundamentales, y también se dijo que estos son un instrumento de aquellos, ya que cuentan con una serie de valores básicos, que forman el contexto constitucional. En ese sentido, también la doctrina se ha ocupado en determinar qué valor pueden tener los preámbulos como grandes principios rectores de la vida política de un Estado.



La doctrina con relación al tema ha propuesto dos tesis, una negativa y otra positiva. Con relación a la negativa, la doctrina indica que se trata de textos que contienen meras exposiciones de dogmas políticos sin fuerza jurídica o simplemente preceptos de derecho natural. Tales principios son máximas teóricas y abstractas que proclaman verdades filosóficas, trasposición de conceptos del derecho natural, que inspiraron al constituyente, pero sin eficacia jurídica (Pérez Luño, 2017). También se niega la naturaleza jurídica por la falta de precisión y cohesión interna de su contenido.

Para los que aceptan la naturaleza jurídica, esta postura se basa más en aspectos históricos, ya que fueron fuente y base para la elaboración de los textos constitucionales.

Es evidente que los propios debates surgidos en las asambleas que en diversos momentos históricos han elaborado estos textos no hubieran alcanzado su alto nivel polémico de haber existido la previa convicción de que se trataba de meros postulados programáticos carentes de eficacia. De otro lado, el hecho de que tales principios se hayan formulado por escrito en declaraciones o preámbulos indica que se ha considerado necesario trasladarlos de la esfera del derecho natural a la de la positividad. Desde otro plano, y con referencia expresa a los preámbulos constitucionales, no han faltado quienes han desarrollado la teoría de que son parte integral de la Constitución (Pérez Luño, 2017, p. 75.)

Guatemala no es ajena al presente tema, ya que cuenta con un preámbulo en el cual se impregna una serie de valores que conjugan con el resto del ordenamiento jurídico. Dicho preámbulo indica lo siguiente: “Nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente, reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado; afirmando la primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social; reconociendo a la familia como génesis primario y fundamental de los valores espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción y fundamental de los valores



espirituales y morales de la sociedad y, al Estado, como responsable de la promoción del bien común, de la consolidación del régimen de legalidad, seguridad, justicia, igualdad, libertad y paz...”.

Con relación a si este preámbulo tiene naturaleza jurídica de influencia para el resto del cuerpo constitucional, la Corte de Constitucionalidad se ha pronunciado en **sentencia de fecha 17/09/1986 de la siguiente manera: “El preámbulo de la Constitución Política contiene una declaración de principios por la que se expresan los valores que los constituyentes plasmaron en el texto, siendo además una invocación que solemniza el mandato recibido y el acto de promulgación de la carta fundamental. Tiene gran significado en orden a las motivaciones constituyentes, pero en sí no contiene una norma positiva ni menos sustituye la obvia interpretación de disposiciones claras. Podría, eso sí, tomando en cuenta su importancia, constituir fuente de interpretación ante dudas serias sobre alcance de un precepto constitucional...”** (Gaceta No. 1. Expediente 12-86).

La Corte de Constitucionalidad no se aleja a lo señalado por la doctrina ya que sí le da valor como fuente de interpretación ante dudas serias. Al parecer del investigador, **en la sentencia indicada era necesario otorgarle esa naturaleza jurídica para evitar posibles conflictos de interpretación en un futuro.**

Generalmente, los preámbulos contienen las aspiraciones de los pueblos, aspiraciones que se logran a través de principios, valores e ideales que dan un sentido **de congruencia con el Estado constitucional y cuya base se encuentra en la democracia.** Por ejemplo, Guatemala se caracteriza por tener arraigado históricamente el valor religioso, que se palpa aún y por el Conflicto Armado Interno un ideal democrático. Los preámbulos son estudiados actualmente desde dos puntos de vista a **saber:**



A) Como fundamento y profesión de fe o de Dios. Esta es la base de inspiración del constituyente, que generalmente en los países latinos de corte cristiana se encuentra en Jehová.

Esto es, en parte se muestran los preámbulos como “proposiciones de fe” de una comunidad política, y no solo en las referencias a Dios y a la responsabilidad ante él y los seres humanos, sino también en otras cláusulas de reconocimiento, que expresamente reafirma su profunda fe en estas libertades fundamentales (Harberle, 2016, p. 259).

B) Como puente de tiempo, como lo es el rechazo del pasado o de un recuerdo. Esto es también aplicado en Guatemala en la nueva Constitución, ya que, al emitirse, busca dejar un pasado de conflictos internos entre civiles y militares; vulneración de derechos humanos y alteraciones del orden constitucional. “En cuanto los preámbulos cuentan la ‘historia’ y hacen profesiones de fe en relación con ella, pretenden hacer justicia a la necesidad de identidad y de hacer presente la historia que se siente comprometida con el ego” (Harberle, 2016, p. 260).

Los preámbulos se orientan hacia el futuro, como ideales de la anterior y presente generación del cual se esperan que los mismos ideales sean traspasados a su próxima generación. Asimismo, en los preámbulos se encuentra una porción de tensión entre deseo y realidad social y cuyos ideales son la aspiración de un pueblo que caminará hacia delante, entregando ese ideal a su próxima generación.

El preámbulo en la actualidad cuenta con gran importancia, tal es el caso de Francia, en donde el Consejo Constitucional ha integrado al bloque de constitucionalidad el preámbulo de la Constitución de 1946. Esto es importante tratarlo, ya que a partir del derecho francés es que se crea la idea del cúmulo de instrumentos que servirán para confrontar la constitucionalidad de alguna ley u acto. Ello posteriormente será trasladado a Latinoamérica en donde se desarrollará en una teoría del derecho humanitario y del derecho convencional. Derecho convencional que es



obligatorio y a partir del 2005 se establecen los alcances y efectos que serán obligatorios para los Estados, que les servirá como parámetro para la observancia e interpretación de las leyes en materia de derechos humanos, que de no ser así traería consigo la responsabilidad del Estado de su juzgamiento.



CAPÍTULO II

Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano supranacional

Simultáneamente, con la internacionalización de los derechos fundamentales o humanos nacen otros conceptos como derecho internacional, soberanía, relaciones internacionales, territorio, responsabilidad internacional, órganos supranacionales, globalización, mundialización, entre otros. Cuando se habla de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debe tomar en cuenta que se está en el campo del derecho internacional, por ello, se considera importante tomar en cuenta varios conceptos para comprender el plano jurídico y político en el que se encuentra tal órgano, como juzgador de los Estados Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos e intérprete oficial.

2.1.1. Derecho supranacional

Uno de los conceptos más importantes para entender política y jurídicamente a un órgano internacional es el de supranacionalidad. Para la Real Academia Española por supranacionalidad, se entiende: "Que está por encima del ámbito de los gobiernos e instituciones nacionales y que actúa con independencia de ellos" (Real Academia Española, 2007).

Aunque el concepto no lo mencione, es evidente que cuando se habla de supranacionalidad está inmerso en el concepto soberanía, ya que a través de la delegación de este elemento del Estado es que puede existir algo más por encima de los Estados. Aceptar un órgano más arriba del propio Estado implica entender que ya no existe un Estado con absoluta soberanía, claro, si se habla de Estados pequeños, ya que en la realidad se puede cuestionar potencias como los Estados Unidos de América,



que generalmente no se adhiere a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

También, cuando se habla de supranacionalidad se debe tomar en cuenta que cada Estado cede parte de sus atribuciones de gobierno a otro órgano que puede o no estar por encima de ellos. Desde el punto de vista de derechos humanos lo que buscan los Estados es la preservación, progresividad y reconocimiento de los derechos humanos o fundamentales.

La supranacionalidad es un sistema político en el cual determinados Estados ceden parte de sus atribuciones de gobierno (en mayor o menor medida, dependiendo del grado de supranacionalidad) a organismos internacionales que afectan a más de una nación. Uno de los objetivos de los gobiernos supranacionales desde el punto de vista del globalismo neoliberal es la internacionalización de la economía, la implementación de sistemas monetarios supranacionales, etc., aunque se pueden tener otros objetivos, como la regulación de las transacciones internacionales y la preservación de los derechos humanos, el medio ambiente y otros objetivos similares. La supranacionalidad se advierte especialmente en que las decisiones de los organismos no necesitan ser refrendadas por los Estados para entrar en vigor (a diferencia de los tratados internacionales clásicos) (es.m.wikipedia.org, 2019).

En el contexto que se trata, el derecho supranacional es aquel cúmulo de cuotas de soberanías dadas por los Estados para la creación de disposiciones y órganos a quienes dotarán de facultades para organizar y dirigir políticas comunes; y ello en pro del desarrollo de los derechos fundamentales o humanos.

Otro concepto importante para el presente estudio es lo relativo al derecho globalizado supranacional y este se refiere a que las fronteras de los Estados son superadas por la producción de normas de los órganos internacionales. En la



actualidad, dependiendo del Estado, la última decisión de las controversias puede superar a otros entes, en el caso de América Latina, como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Roldan (2015) afirma:

La última palabra ya no recae en la Suprema Corte de Justicia, atento a que es posible acudir a la revisión de sus decisiones ante la Corte Interamericana (previo agotamiento ante la Comisión Interamericana), aunado a la producción jurídica a nivel interamericano. Es claro que entre más alejados estemos del derecho comparado o de los derechos nacionales de nuestra región, menos posibilidades tendremos de comprender agotadamente el derecho en sintonía con la cultura jurídica actual, y nos condenaremos a carecer de miradas prospectivas, sin la posibilidad de analizar y comprender cómo es que nuestra región avanza en cuanto a la protección de derechos humanos, en cuanto a los nuevos estándares y las nuevas tendencias garantes, que hacen de la convivencia pacífica y con respeto, una máxima universal que todos debemos observar. El Estado moderno supuso un cambio absolutamente original entre derecho y poder; de tal modo que aquel termina siendo decisión y creación de este (p.94).

Otro aspecto a tomar en cuenta en el derecho globalizado supranacional, es su revolución jurídica, en cuanto a que el soberano (pueblo) reconoce la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno. De modo que obliga a todos los jueces nacionales, lo mismo que a otros órganos públicos y privados, lo que quiere decir que se debe aplicar el control difuso, primero de conformidad con las leyes nacionales y segundo las leyes y sentencias internacionales, aplicando de forma integral con el derecho interno y las leyes internacionales. “La constitucionalización del derecho comunitario ha transformado a los jueces nacionales europeos en jueces comunitarios, a los que obliga de manera directa aquel derecho que directamente es creado por los órganos comunitarios...” (Roldán, 2015, p.96).



Con la llegada del concepto neoconstitucionalismo se está dando auge al reconocimiento más derechos humanos y fundamentales; y, con ello, trae una nueva práctica, la de acudir a otros entes internacionales como última instancia para que sean revisadas las decisiones judiciales domésticas. La integración de normas internacionales puede generar o no problemas, tal es el caso de Guatemala –como se verá más adelante- tal como lo establece el artículo 46 de la Constitución Política de la República pudiera ser el complemento para no tener ese conflicto, mismo que establece: *“Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno”*.

Con la supranacionalidad se está cambiando la forma de aplicar las leyes o el derecho. Cada día se están innovando en pro de la protección de los derechos humanos o fundamentales. Roldán (2015) afirma:

Así la última instancia judicial deja de ser nacional para ser internacional o comunitaria; de ese modo, el sistema interamericano prevé el ámbito de la Comisión y de la Corte Interamericana en donde pueden llegar a discutirse incluso decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada según el derecho interno o decisiones de la Corte Suprema de cada país. Consiguientemente, ya no resulta fácil seguir sosteniendo que la capacidad de creación normativa remite a los órganos estatales o que el último control o supremacía de la Constitución están en manos del Poder Judicial nacional. Las normas legales, jurisprudenciales y hasta constitucionales no parecen ser las respuestas jurídicas definitivas, desde el momento en que pueden medirse la validez jurídica de aquellas desde los derechos humanos en un plano internacional, que implica la concentración de los textos de derechos humanos en un manual para el juzgador, para la correcta función protectora de derechos humanos (p.97).



En el caso de Guatemala, la validez jurídica de las leyes internacionales **no** tendría mayor discusión cuando se habla de derechos humanos, ya que la Constitución **deja esa puerta abierta para seguir desarrollando y reconociendo derechos, según lo establecido por la Corte de Constitucionalidad, como se verá más adelante. Ese reconocimiento debe ser acorde a la realidad nacional, social y económica, por el principio del derecho internacional de autodeterminación de los pueblos y de sus ideales. Por ejemplo, en el caso de Guatemala no es factible el reconocimiento al matrimonio de personas del mismo sexo y de la adopción a parejas del mismo sexo, ello por el carácter religioso, conservador y legal.**

Como se ha dicho, en el plano internacional los derechos humanos son estudiados de una forma especial ya que estos pueden atravesar fronteras sin mayor problema, salvo como se comentó anteriormente, lo que quiere decir que los instrumentos internacionales van creando fuentes de derecho. Sorrento (200) afirma:

En la teoría de las fuentes del derecho internacional, el carácter obligatorio de este queda demostrado por el hecho de que los actos unilaterales de los Estados tienen solo un efecto limitado, y no pueden crear reglas **generales ni aun cambiarlas o introducirle excepciones. Pero, puesto que los tratados constituyen una de las fuentes principales del derecho internacional, resulta que dos o más Estados tienen, en general, competencia para establecer reglas determinadas que rijan las relaciones entre ellos. Ellos pueden, en verdad, tratar de regular sus relaciones mutuas mediante reglas que no solo son supletorias de las del derecho internacional general, sino que hasta las derogan o las contradicen (p. 191).**

Cada Estado puede emitir reglas a lo interno de sus fronteras, e inclusive puede hacerlo si quisiera regular asuntos internacionales, pero las mismas carecen de validez. Para que adquieran validez y sean fuentes de derecho internacional se necesita la



voluntad de otro Estado, por lo que la validez encuentra en el consentimiento de aquellos.

2.1.2. Jurisdicción internacional y supranacional

Al tratar el tema de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y su instrumento de trabajo, este se encuentra en el campo de jurisdicción internacional y supranacional. La jurisdicción es potestad dimanante de la soberanía de un Estado para resolver las controversias que surja entre los particulares o estos frente al Estado, aplicando las leyes y dictando resoluciones por parte de los jueces, ello, de forma irrevocable. Esto se traducirá en sentencias que traerán consigo, generalmente responsabilidad a un Estado. Por ejemplo, en el caso del Estado de México, motivo para una reforma constitucional en el 2011 y para Guatemala la necesidad de establecer los alcances y efectos del Bloque de Constitucionalidad, con el ánimo de salvaguardar más responsabilidad en los casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos la ha sentenciado.

En el plano internacional existe el concepto de función jurisdiccional que tiene dos acepciones como lo son función jurisdiccional interna e internacional. *El Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional (2014)*, sobre la función jurisdiccional afirma:

La función jurisdiccional es un dato característico del Estado moderno. Este tiene a su cargo, entre otras tareas que se hallan en su origen natural, en su desenvolvimiento y en sus fines, la interpretación y aplicación de las normas jurídicas y la solución de controversias, sea entre particulares, sea entre estos y los órganos del propio Estado. En consecuencia, incumbe a este, como manifestación de soberanía, conocer y resolver litigios en el ámbito de sus atribuciones territoriales, materiales y personales, con exclusión de otros Estados. Así se ha entendido tradicionalmente, hasta la aparición y el desenvolvimiento del nuevo



derecho internacional público y de los órganos que este genera **COAC**
facultades que trascienden las fronteras nacionales (p.812).

Los órganos jurisdiccionales internacionales o supranacionales son de creación reciente y estos cobran auge a partir de la guerra acontecida, ya que después de lo sucedido se crean órganos internacionales con el fin de proteger a los derechos humanos o derechos fundamentales. En cualquier otro tiempo y muchos de los conflictos entre particulares frente al Estado y entre los Estados estos se solucionaban de formas pacíficas, por medio de la diplomacia, presiones políticas, medidas de fuerza y por último de formas bélicas. En la actualidad, la delegación de la cuota de la función soberana ha generado múltiples órganos que dan soluciones a las controversias, como lo es, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y de creación reciente la Corte Penal Internacional.

El órgano jurisdiccional de mayor importancia a nivel mundial es la Corte Internacional de Justicia (CIJ), instituida por la Organización de las Naciones Unidas. Sus funciones se aprecian en el capítulo XIV de la Carta, la cual está constituida por 15 jueces, electos para un período de nueve años, siendo como cualquier cuerpo judicial, independientes, lo que quiere decir que en su función no representan a algún Estado, sino en aras de la jurisdicción internacional. Este órgano posee competencia consultiva, ello, según lo establece el artículo 59 del Estatuto, las sentencias dictadas en asuntos contenciosos tienen efecto de cosa juzgada con eficacia relativa: obligatoria para los Estados litigantes y en relación con el caso concreto sujeto al conocimiento del tribunal. La función consultiva se ejerce a solicitud de los órganos de las Naciones Unidas y organismos especializados autorizados para solicitar el ejercicio de esa competencia respecto de cuestiones jurídicas. (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014).



Sin duda, este es el órgano dotado de jurisdicción más importante a nivel mundial, ya que cada Estado ha delegado una cuota en función de su soberanía, tal como se ha mencionada anteriormente.

En el ámbito americano funciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos, integrada por 7 jueces, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, vigente en 23 Estados de América, de los que 20 han reconocido la competencia contenciosa de ese tribunal. La Corte Interamericana tiene atribuciones consultivas, que ejerce a través de un importante número de opiniones de esta naturaleza; contenciosa, que despliega en procesos instados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una vez agotadas las vías de solución internas; preventivas, a través de medidas provisionales, y ejecutivas, mediante facultades de supervisión de cumplimiento. La jurisprudencia de la Corte —particularmente en materia contenciosa— es vinculante para los Estados Parte en la Convención Americana, en tanto aquella constituye el órgano de interpretación oficial de ese instrumento— y, en diversa medida, de sus protocolos y de las convenciones especializadas en determinadas cuestiones concernientes a derechos humanos, vigentes en el área—, que a su vez ha sido ‘recibido’ por los ordenamientos internos de un buen número de Estados americanos. Este tribunal, cuya sede es San José, Costa Rica, celebra audiencias públicas en diversas ciudades del área, práctica establecida a partir de 2004-2005 (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.816).

Se estudia el concepto jurisdicción enfocado internacionalmente por el efecto que adquiere el órgano internacional para solucionar controversias y la vinculación de las decisiones a los órganos estatales internos. Ahora bien, con relación al concepto jurisdicción supranacional, este cuenta con las siguientes características: a) se genera a través de un acto de derecho internacional (resolución o tratado); b) se ejerce por



conducto de tribunales o cortes, integradas por jueces o magistrados independientes, o su función es la realización del derecho (principalmente convencional) en el caso concreto, juzgando de modo complementario e irrevocable (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014). La jurisdicción aquí tratada, se puede decir, es un producto de la era de globalización y del fenómeno actual del neoliberalismo.

Los tribunales supranacionales son autónomos entre sí, carecen de ubicación única y jerarquizada y su competencia no es automática, sino que requieren de declaraciones expresas de voluntad de los Estados para ser reconocidas sus funciones. Sus sentencias generalmente son meramente declarativas y carecen de efecto ejecutivo. Los temas de legitimación y de admisibilidad de las causas, tampoco son uniformes entre cada uno de ellos. El *leitmotiv* del proceso formador de esa jurisdicción obedece a la aparición de una idea orientada a la paz y a la solidaridad internacional, entelequia que carecerá de concreción a menos que se realicen esfuerzos especiales y quizás, el más difícil, es la renuncia a parcelas sustantivas de soberanía. En la actualidad, los principales tribunales que ejercen la jurisdicción supranacional son el Tribunal Internacional del Derecho del Mar; los tribunales internacionales de derechos humanos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos); los tribunales penales internacionales (la Corte Penal Internacional y los Tribunales *ad hoc* para ex-Yugoslavia y Ruanda); el sistema jurisdiccional de la Unión Europea (Tribunal de Justicia, Tribunal General, tribunales especializados), y la Corte Internacional de Justicia (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.818).



2.1.3. Soberanía nacional y derecho internacional

Como primer punto, es importante tratar al concepto soberanía, tema que no es sencillo y que a lo largo de la historia se ha tratado de establecer un concepto ideal. Muchos autores han tratado de encontrar un significado tales como Léon Duguit, Nicolás Maquiavelo (que es el primero en usar el término Estado), Norberto Bobbio, Rousseau, Bodin, entre otros. El concepto por sí solo cuenta con dos notas esenciales como lo son el político y el jurídico. Para comprender lo complejo del tema, hay que citar a Hegel (1968), quien indica:

En esta determinación el Estado tiene una individualidad que es esencialmente como un individuo, y en el campo de la soberanía, es como un individuo real, inmediato. La individualidad, como exclusivo por sí, se presenta como relación con los demás Estados, de los cuales cada uno es autónomo frente a los otros. Porque el ser por sí del espíritu real tiene su existencia en esta autonomía, ella constituye la primera libertad y suprema dignidad de un pueblo (p.269).

Hay dos aspectos que llaman mucho la atención, como los son la libertad y dignidad, que Hegel los hace ver como notas esenciales en el concepto. Cuando menciona que la soberanía es como individuo, considero que se refiere al antecedente del soberano de la Edad Media, personificado en el rey y como súbditos a los siervos.

Otro autor, Léon Duguit, señala que la soberanía puede tener otras acepciones como poder público, poder del Estado, autoridad política, estas las considera como sinónimas. Para Duguit la soberanía puede verse como una voluntad. Duguit (1924) afirma:

En estas condiciones, la soberanía es una voluntad siempre mandante. Es una voluntad superior a todas las demás que existen en un territorio dado. Por consiguiente, no entra en relación con ellas por vía de mandato. Existe



siempre entre el soberano y los súbditos un nexo de superior subordinado. La soberanía es, por naturaleza, una voluntad siempre y exclusivamente de mando. Según una antigua expresión tomada del derecho canónico, toda sociedad en la que existe un poder soberano es una sociedad desigual, es decir, que se compone de personas que están en situación diferente, y cuyas voluntades tienen caracteres y poderes diferentes. Las personas que intervienen en nombre de la soberanía, que expresan su voluntad soberana, son superiores a las demás y obran frente a ellas por vía de mando. Las personas a las cuales se dirige el soberano están obligadas a ejecutar la orden que él les da, no por el contenido de esta, sino porque emana de una voluntad superior por naturaleza a su propia voluntad (p.144).

Para Duguit la soberanía es vista como sinónimo de concepto de desigualdad, ya que donde hay un soberano hay poderes diferentes y sometimiento de unos hacia otros. Es muy complejo determinar qué se entiende por soberanía. En la actualidad, el concepto va mutando, por ello es que se están conociendo conceptos como soberanías compartidas en el campo de los recursos naturales.

Para otros autores como Thomas Hobbes, que estudiaron el concepto en su tiempo, como soberano, pasa por una figura personal y entiende que el soberano es la máxima autoridad por ostentar el poder, ello se puede apreciar en su obra el *Leviatán*. Hobbes (Castro, 2007) hace la siguiente interrogante sobre el soberano:

Ahora bien, ¿existe alguna limitación para el soberano? ¿En qué circunstancias los súbditos quedan liberados de su obligación de sumisión ante el soberano? “La obligación de los súbditos con respecto al soberano se comprende que no ha de durar ni más ni menos que lo que dure el poder mediante el cual tiene capacidad para protegerlos. En efecto, el derecho que los hombres tienen, por naturaleza, a protegerse a sí mismos, cuando ninguno puede protegerlos, no puede ser renunciado por



ningún pacto". Es decir, ante el incumplimiento del Estado de su obligación principal de protección a los individuos, estos adquieren nuevamente su **estado de naturaleza y ninguna sumisión deben al Estado**. La violación del pacto por parte del Estado rarifica en su incapacidad de cumplir con la protección de los individuos a la que se comprometió. Por lo tanto "si un monarca renuncia a la soberanía, para sí mismo y para sus herederos, sus súbditos vuelven a la libertad absoluta de la naturaleza (p.49).

Entre los aspectos que llaman la atención en la reflexión de Hobbes, están la protección que este da a su pueblo y el estado de naturaleza que este adquiere cuando **el soberano renuncia a tal protección**. En la actualidad, **el soberano (Estado) ha estado delegando esa protección a otros entes internacionales por la presión del pueblo para que otro los proteja del propio Estado, ya sea por su incapacidad o falta de interés hacia los derechos humanos o fundamentales.**

Otro de los grandes pensadores que estudiaron el fenómeno del Estado y sus elementos fue Jean Jacques Rousseau, nacido en 1712. Este estudia al Estado y el poder de sumisión del pueblo hacia el soberano por medio del contrato social, haciendo **énfasis de igual manera en que el hombre ha nacido libre y que es por medio del contrato social que delega su soberanía**. Rousseau (como se citó en Castro, 2007), hace la siguiente reflexión:

El hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado. Algunos se creen los amos de los demás aun siendo más esclavos que ellos. ¿De qué manera se ha producido este cambio? Lo ignoro. ¿Qué puede hacerlo legítimo? Creo poder resolver esta cuestión. De esta manera comienza Rousseau su *Contrato social*, procurando descubrir los principios del derecho político y fundamentar en ellos el Estado. Para Rousseau en el estado naturaleza el hombre es plenamente libre, no está atado a convenciones sociales ni a creencia moral alguna. Para Rousseau el hombre no es naturalmente malo o vicioso, por desconocer la bondad o



la virtud, si no que en el estado de naturaleza, al no conocerse precisamente relación moral o deberes morales algunos, no es posible hablar de bondad o maldad, de virtud o vicio (p.53).

Con relación a la Constitución del Estado (siendo la soberanía uno de los elementos de este) el problema radica para Rousseau (como se citó en Castro, 2007) en:

...encontrar una forma de asociación que defienda y proteja toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. La única respuesta posible a este problema será la constitución de un contrato social o pacto social en donde cada individuo sea a la vez súbdito y soberano, enajenando la libertad propia, pero garantizándose, al mismo tiempo, la adquisición de derechos, de modo que al enajenar sus derechos cada individuo al todo, no los enajene a nadie, manteniendo así la igualdad y la libertad (p.55).

Para Rousseau, al contrario de la anterior cita, el soberano es el súbdito que realiza una acción de alquimia, entregando su libertad para obtener otros derechos, saliendo así de su estado de naturaleza para entrar en un Estado social, que influirá en su vida cotidiana y definirá las relaciones sociales.

Se entiende que en la delegación de la función soberana de un Estado a otros entes internacionales no es, por si realizada por el ente abstracto, sino por el pueblo o conjunto de personas naturales, que delegan esa cuota de soberanía para que les sean reconocidos los derechos naturales, que en el presente caso serían los derechos fundamentales o derechos humanos, propiamente dichos. Autores en la época actual como Ferrajoli siguen considerando el concepto en dos campos como los son el político y jurídico. Alcalá (2018) afirma:



Referirse a la soberanía y su evolución histórica implica considerar el desarrollo del Estado nacional moderno surgido en el siglo XVI en Europa, **expandida de allí todo el mundo**. La categoría filosófica jurídica de soberanía es una construcción de matriz jusnaturalista que ha constituido la base para la concepción positivista del Estado y el paradigma del derecho internacional moderno (p.322).

Se ha llegado a un punto de evolución del concepto que ahora es la base para que los Estados o el ciudadano acepte un órgano más arriba del propio gobierno. Con relación a que, si la soberanía puede ser o no limitada, es importante recordar como lo hicieron Bodin y Hobbes. Ellos establecen que los únicos límites de la soberanía estatal se encuentran en dos grupos, una, en las leyes divinas y leyes naturales; y, segundo, en las limitaciones o restricción dada por los tratados y las leyes humanas comunes a todos los pueblos (Alcalá, 2018).

Para el tiempo que se encontraban dichos autores era importante tomar en cuenta que la Iglesia contaba con un papel preponderante y por ello se hace la relación con la limitación por leyes divinas.

Esta concepción de la potestad estatal, independiente hacia el exterior e irresistible en el interior, se desarrolla hasta el siglo XIX. En todo caso, Bodin no pudo escapar a la concepción de la limitación del poder temporal por la ley divina y la ley natural, ratificando al respecto las ideas de San Agustín y Santo Tomás. Francisco de Vitoria concibe el orden mundial como una sociedad natural de Estados soberanos (orden mundial como *communitaorbis*), libres e independientes, sometidos en el exterior a uno nuevo derecho de gentes (*ius Gentium*); tales Estados gozan de soberanía estatal externa que se identifica con el conjunto de derechos naturales de los pueblos y están legitimados para desarrollar la guerra justa como sanción al rompimiento del *ius gentium* y la ausencia de un tribunal o poder superior a los Estados. En esta concepción el único derecho



originario es el derecho interno, fruto de la soberanía, el derecho internacional adquiere su única posible validez mediante una fórmula contractual, a través de la autolimitación: los pactos y la costumbre constituye derecho y vinculan a los estados, en cuanto expresión de la voluntad estatal (Alcalá, 2018, p.32).

En el derecho internacional es importante tener intacto esa soberanía a lo interno y externo de los Estados, tal como lo señala Alcalá, lo que quiere decir no a las intromisiones o injerencias en la política, sociedad, gobierno, entre otros. Se admite la regulación de otros entes supranacionales mediante la validez del Estado (poder del pueblo), y esto se formaliza a través de pactos y costumbres internacionales de buena fe. Sorensen (2000) afirma:

La costumbre es el producto directo de las necesidades de la vida internacional. Surge cuando los Estados adquieren el hábito de adoptar, con respecto a una situación dada, y siempre que la misma se repita, una actividad determinada, a la cual se le atribuye significado jurídico. Los casos en que dicha regla consuetudinaria se aplica se conoce como precedentes (p.160).

El hecho de que una costumbre adquiera validez jurídica a nivel internacional es importante, porque ello permite la creación de los precedentes. Por ello se dice que una de las fuentes más importantes del derecho internacional son los precedentes o casos anteriores, inclusive en los que existió controversia. En el caso que se ocupa esos precedentes formarán instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con órganos supranacionales que regularán las relaciones de los Estados con respecto a los derechos humanos.



2.1.4. Legitimidad de los tribunales y resoluciones internacionales

Quando se habla de órganos internacionales no hay que olvidar que estos son producto de la voluntad de Estados independientes y soberanos, cuya fuerza jurídica está en la legitimidad que cada uno le da al órgano. Para la Real Academia Española, el concepto legítimo lo define de la siguiente manera: “adj. Cierto, genuino y verdadero en cualquier línea.” (Real Academia Española, 2007). Para que un órgano internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicte resoluciones que tengan fuerza vinculante, es necesario que esté dotado de legitimidad para que sea genuino su actuar. La legitimidad de la Convención Americana sobre Derechos Humanos proviene del reconocimiento y depósito que cada Estado participante ha dado.

La legitimidad se aprecia en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: “Obligación de respetar los derechos. Los Estados Parte en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”.

Aunado a lo anterior, la legitimidad de un instrumento y órgano internacional deviene, primero, de las normas internas para elegir a sus representantes a quienes dotan de legitimidad para realizar actos jurídicos que trascienden a nivel internacional y segundo, de la buena fe del actuar del representante. Sobre el tema hay que tener en cuenta lo que establece el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, que establece: “*Pacta sunt Servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y deber ser cumplido por ellas de buena fe”.

Actualmente es posible comprobar empíricamente que el poder de numerosas instituciones internacionales es similar al de las instituciones nacionales, tanto en su importancia como en su potencial para configurar y limitarla libertad. El hecho de que las sentencias internacionales frecuentemente no sean respaldadas por mecanismos coercitivos tiene



poca relevancia desde el punto de vista de la legitimidad. Existen otras maneras de ejercer la autoridad pública, no menos decisivas e incisivas, **que la aplicación coercitiva y que todo ejercicio de autoridad pública debe ser legítimo.** Tradicionalmente se considera que las sentencias internacionales se basan en el consentimiento de los Estados a quienes están dirigidas. Además, y particularmente cuando esas sentencias van más allá del texto normativo, estas son justificadas por la vía de narrativas funcionales en el sentido de que las sentencias internacionales promueven valores, objetivos o intereses comunes; incluso, en ocasiones emerge la expectativa de que los tribunales internacionales actúen en lugar de los **mecanismos político-legislativos para conseguirlos resultados,** en beneficio del interés colectivo, que el proceso político 'normal' no ha sido capaz de obtener. A la luz del incremento en la autonomía de ciertos tribunales, así como de la amplitud de las materias controvertidas sobre las cuales deciden los tribunales internacionales, se constatan constelaciones en las cuales ni el consentimiento originario ni el objetivo funcional representan argumentos suficientes para responder a los cuestionamientos de legitimidad (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.869).

Uno de los problemas que se crea a nivel interno sobre las decisiones de los tribunales internacionales es lo relativo a considerarlos legítimos y muchas veces ocurre ello, **en virtud del desconocimiento cultural.** En el caso de Guatemala, en la actualidad, existe un problema de tipo internacional del que deberá resolver la Corte Internacional de Justicia, tal es el caso de Belice. Al resolverse ese caso se podrá apreciar la legitimidad desde varios aspectos, uno de ellos es el interno, que en el presente caso **los representantes nacionales han dispuesto que debe resolverse así y segundo,** la legitimidad de la resolución de la Corte Internacional de Justicia del cual su resolución, tenga fuerza vinculante por los aspectos sociales, culturales e históricos que allí se decidirán.



Otro tema que debe tratarse aquí es lo relativo a que las resoluciones emitidas por órganos dotados de jurisdicción internacional crean fuentes de derecho a lo interno del Estado participante en un proceso y los demás Estados signantes de un instrumento internacional, como lo es la Convención Americana sobre derechos Humanos, del cual la doctrina discute su fuerza vinculante.

Los sujetos de derecho internacional son los que realmente les dan el valor vinculante a las resoluciones de un órgano internacional. Los sujetos del derecho internacional en la práctica no realizan negociación para después decir que no es derecho; no respetar tales decisiones atentaría contra la legalidad en las relaciones internacionales, pues atenta contra el concepto de seguridad jurídica que es fundamental en el sistema de derecho internacional (Becerra, 2006).

Más que interpretar a las resoluciones de los organismos internacionales a través de la costumbre internacional es necesario tomar en cuenta el grado de aceptación (el número de Estados, el elemento cuantitativo) y el objeto de la resolución (el elemento cualitativo). Las resoluciones tienen objetivos concretos: hacer meros pronunciamientos o bien establecer situaciones jurídicas de carácter normativo; es decir para una mejor comprensión de las resoluciones y darles la interpretación que le corresponde es necesario buscar su *opiniojuris*. No, como un elemento de la costumbre internacional, sino como una característica de las resoluciones que en la práctica son negociadas arduamente y debatidas como cualquier otra norma convencional (p.7).

Al aterrizar en lo que respecta a las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre su fuerza vinculante para el mismo Estado y otros signantes de la Convención. Este sí tiene fuerza vinculante y ello se desprende pues al involucrar otros principios como el de *pro persona*, que obliga a los jueces nacionales a resolver atendiendo a la que más favorezca a la persona. Carbonell (2016) afirma:



Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez, que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1.º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento (p. XXVIII).

Como se dijo, cuando existe la pugna de derechos humanos es evidente que las resoluciones si tengan esa fuerza vinculante, por ser la razón de ser de un instrumento internacional y resolución, lo que quiere decir para el presente, que en otras materias que no sean derechos humanos pueden carecer de cierta fuerza jurídica, pero no moral y de la costumbre internacional.

Sobre la vinculación y deber de los jueces locales de aplicar la Convención y de las decisiones adoptadas en casos anteriores, es oportuno traer a colación la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, que indica:

...pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos los jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, los jueces y órganos vinculados a la



administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana... En ese sentido, el control concentrado de convencionalidad lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este control concentrado lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un control difuso de convencionalidad al extender dicho control a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de interprete última de la Convención American cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno (párr. 225).

Como se puede apreciar en la sentencia la Corte Interamericana no solo indica la fuerza vinculante de la Convención, si no, además señala que los jueces locales deben aplicarla como parámetro para resolver controversias, que surjan en aplicación de los derechos humanos.

2.2. Aspectos generales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hubiese sido apropiado escribir aspectos históricos de los órganos internacionales en materia de derechos humanos, pero eso abarcaría un sinnúmero de cuestiones, que por el momento se puede obviar para el presente estudio, que lo que busca es encontrar la esencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el plano internacional ya que a este ente le corresponderá juzgar a los Estados por la vulneración de los derechos humanos. Esto, a través de sentencia y su jurisprudencia que será obligatoria de aplicar por los compromisos internacionales adquiridos del cual Guatemala no es ajeno.



2.2.1. Orígenes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cada órgano internacional tiene una razón de ser y la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es la excepción. De forma sistemática con la Primera Guerra Mundial nace el Tratado de Versalles de la mano con la Sociedad de Naciones; con la camisa de fuerza (Tratado de Versalles) impuesta a la Alemania y con la llegada al poder de Adolf Hitler se rompe la camisa de fuerza y trajo consigo la subsiguiente y el fracaso de las Sociedad de Naciones.

Con la culminación de la Segunda Guerra Mundial los Estados entran en preocupación que el mismo hecho no vuelva a ocurrir, por lo que crean otro órgano con más presencia y participación de los Estados a nivel mundial, dando vida a la Organización de las Naciones Unidas en 1945.

Con la instalación de las Naciones Unidas en América se gestan iniciativas para crear un órgano a nivel regional y ello dio lugar a crear la Organización de Estados Americanos en la IX Conferencia de Estados Americanos celebrada en Bogotá de 1948 del cual se puede decir que su base descansa en los tres aspectos: la Carta de Bogotá, el Tratado de Asistencia Recíproca y el Pacto de Bogotá. Dichos instrumentos devienen y están coordinados con la Carta de Naciones Unidas. Aunque existía prácticamente esa organización en instituciones un tanto dispersas, le faltaba la base contractual, que se instituyó en Bogotá (Sepúlveda, 1981).

Según el artículo 32 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, los órganos instituidos allí y que realizarán los fines son: a) La Conferencia Interamericana; b) La reunión de consulta de ministros de Relaciones Exteriores; c) El Consejo; d) la Unión Panamericana; e) las Conferencias Especializadas, y f) los Organismos Especializados.

El único órgano existente en la materia era, en 1967, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1959 y que actuaba en



base a la Resolución XXII de la Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) y de su Estatuto de 1966, que incorporó las reformas al Estatuto originario de 1960 decididas por la II Conferencia Interamericana. La Comisión había ya cumplido entonces una gran labor, destacada por todos lo que ha reseñado su historia y comentado sus actividades. El Protocolo de Buenos Aires de 1967 tuvo importante significación de darle a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos base convencional, al incluirla entre los órganos del sistema y al prever su existencia, estructura, competencias y procedimientos, que serían determinados por una "Convención Interamericana de Derechos Humanos. Las reformas de la Carta de la Organización proyectadas en 1977 no intentaron modificar, en lo relativo a los órganos de protección de los derechos humanos, el Protocolo de Buenos Aires de 1967. En cierta forma la actitud era explicable, no solo porque en 1977 no había entrado aún en vigencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino porque, además, y fundamentalmente, el interés de la Reforma aprobada por el Consejo Permanente de 1977 estaba centrado en otros fines y todo lo relativo a derechos humanos era objeto de menosprecio y falta de consideración, consecuencia de la oscura etapa por la que pasaba el proceso político de América Latina (Gros, 1988, p. 191).

Es de aclarar que la Convención fue adoptada en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio del 1978, conforme el artículo 74.2.

2.2.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Aunado a lo anterior expuesto, es menester conocer un concepto muy utilizado frecuentemente y en la doctrina de los derechos humanos a nivel regional. Como se ha expuesto anteriormente los Estados americanos en el ejercicio de su soberanía han adoptado una serie de instrumentos internacionales que ha buscado reconocer y



fortalecer los derechos humanos. “Dicho sistema reconoce y define los derechos consagrados en esos instrumentos y establece obligaciones tendientes a su promoción y protección. Asimismo, a través de este sistema se crearon dos órganos destinados a velar por su observancia: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El sistema Interamericano se inició formalmente con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018).

2.2.3. Definición, funcionamiento e integración

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es uno de los tres órganos mundiales que velan por los derechos humanos o fundamentales, en conjunto con la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos. Es un órgano autónomo cuyo objetivo es el velar por el cumplimiento y observancia de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ejerce una función contenciosa, dentro de la que se encuentran la resolución de casos contenciosos y el mecanismo de supervisión de sentencias; una función consultiva; y la función de dictar medidas provisionales (CIDH, 2018).

En cuanto a la integración de la Corte, está compuesta por siete jueces, de los Estados Parte de la Organización de Estados Americanos, en el cual dura en el cargo por un periodo de seis años, pudiendo ser reelectos una vez más por un mismo periodo. El nombramiento de estos es por solicitud del Secretario General de la OEA a propuesta de los Estados Parte por medio de una lista con los nombres de los candidatos, pudiendo proponer hasta tres. Los jueces son elegidos a título personal por los Estados Parte, en votación secreta y por mayoría de votos. Esto se realiza en Asamblea General inmediata a vencer el mandato. Para determinar la presidencia y vicepresidencia de los jueces, estos, son los que los eligen entre sí, por un periodo de dos años y pueden ser reelegidos por un período igual.



Uno de los órganos más importante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la secretaría que está compuesta por un secretario titular y uno adjunto, los cuales dan ese soporte administrativo y judicial para la función de los jueces. Con relación a que, si los jueces pueden conocer casos de su nacionalidad, la respuesta es negativa, y es lógico por la imparcialidad que debe obrar en un juez.

Se mencionó anteriormente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuenta con una función consultiva y contenciosa. Este último se refiere a que la Corte determinará si un Estado Parte ha incurrido en responsabilidad internacional por la actitud activa o pasiva, de la violación o no protección de un derecho humano o fundamental (Sistema Interamericano de Derechos Humanos). Asimismo, la Corte a través de la Comisión vela por que sus sentencias sean cumplidas. Con relación a la función consultiva, esta, se realiza por los Estados Miembros de la OEA, como por ejemplo, la compatibilidad de las normas internas con la Convención y la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Con relación al Estado de Guatemala, este es miembro de la OEA y por ende ha adoptado como instrumento internacional la Convención Americana de Derechos Humanos como parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Dicho instrumento fue aprobado el 14 de abril del 1978 por medio del Decreto 6-78 del Congreso de la República y fue publicado el 13 de julio del mismo año.

Si bien la tutela de los derechos humanos se realiza fundamentalmente en el ámbito interno de los Estados –dimensión que Cappelletti califica como la “jurisdicción constitucional de las libertades-, especialmente a partir de la segunda posguerra, se han creado sistemas para la protección de los derechos humanos en el ámbito regional e internacional, con un carácter subsidiario y complementario a lo establecidos en los ordenamientos internos, lo que ha producido la internacionalización de los derechos humanos y, con ello la creación de organismo jurisdiccionales



supranacionales especializados en la materia... Siguiendo el modelo europeo, paulatinamente se configuró el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya culminación puede decirse representa la Corte Interamericana de Derechos Humanos... (Valadez, 2001, p. 220).

Como se ha mencionado, el objetivo principal de la Corte Interamericana es la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales como lo son: a) Protocolo de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; b) Protocolo Derechos Civiles y Políticos y, c) lo relativo a la Pena de Muerte, que se complementa con la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Valadez (2001) afirma: "Pero estos derechos, que integran lo que se podría llamar derecho constitucional de los derechos humanos, se han enriquecido con los establecidos en los instrumentos internacionales ratificados por los gobiernos latinoamericanos, y que constituyen el derecho internacional de los derechos humanos, estos últimos considerados de naturaleza progresiva" (p.5).

Entre otras funciones se puede se puede mencionar: a) consultiva, que consiste en emitir opiniones en casos que los Estados Miembros u órganos de las Organización de Estados Americanos le realicen con respecto a la interpretación de la Convención Americana sobre de Derechos Humanos o con respecto a otros instrumentos internacionales que rigen el continente americano; y b) contencioso, en el caso que los Estados Miembros violen a través de sus actos algún derecho humano contenido en su Constitución o por no observar los instrumentos internacionales del cual son parte. Convirtiéndose, así como la ley superior o una declaración de derechos —*Bill of Rights*— a nivel regional. Se puede decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se aproxima a lo que son los órganos constitucionales en el ámbito interno de los Estados.





CAPÍTULO III

El control del poder, jurisdicción constitucional y neoconstitucionalismo

3.1. Evolución histórica del control del poder

Cuando se estudia a los derechos humanos es necesario hacer una parada para conocer los mecanismos de control con los que cuenta el ciudadano para hacerlos valer, por ello es necesario hacer unas anotaciones sobre el control del poder y la constitucionalidad de las leyes. Hay que aclarar que el presente se enfoca en dos cuestiones importantes: una, política, que trata el poder como tal y la segunda, los controles jurisdiccionales de las leyes, esta, de no forma exhaustiva ya que ello sería materia del derecho procesal constitucional sino, en su aspecto del poder jurídico.

Aclarado lo anterior, en la obra *Del espíritu de las leyes* del barón de Montesquieu, se encuentra los inicios del estudio de la división o separación de las funciones de los poderes del Estado, mismo, que también fue estudiado por John Locke.

Novedosos en su época, estos ilustres proponen limitar al absolutismo mediante una fórmula celebre: la separación de poderes. Contrariamente al absolutismo constitucional propuesto por Thomas Hobbes, la idea de la separación de poderes nace de la necesidad de combatir el absolutismo, con la finalidad de garantizar la libertad y la igualdad entre los individuos, fundamento capital de la democracia. Se trata de una exigencia de limitar al poder en sus funciones, para que no pueda abusarse en contra del individuo. Esta idea era concebida de esta manera por dos pilares de la filosofía política, misma que sustenta la democracia moderna o más bien dicho la democracia contemporánea. Se trata del inglés John Locke y del francés Charles-Louis de Secondat barón de Montesquieu, quienes manifestaron sus pensamientos en los dos *Tratados del Gobierno*



Civil(1690), el primero y en el *Espíritu de las leyes*(1748), el segundo. El primero, John Locke, rechaza la monarquía absoluta distinguiendo tres poderes, pero a diferencia de la clasificación hecha por Montesquieu, Locke distingue el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder federativo... En cuanto a Montesquieu, el ilustre francés, distingue tres tipos de gobierno: el republicano, el monárquico y el despótico, de los cuales solamente los dos primeros conciernen al modelo de la democracia contemporánea, donde la separación de poderes tiene sentido (Carbonell, 2004, p.782).

Cuando se habla de control del poder, claro está, que se debe buscar los antecedentes. Lo anterior, ha sido la base para la limitación de los poderes estatales y claro, como consecuencia de ello, los controles constitucionales desarrollados en el derecho constitucional contemporáneo. Se dice que la separación de funciones es uno de los principios fundamentales de la democracia; tal como fue declarado en el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, del cual tuvo como base el *Espíritu de las leyes*, el cual establecía lo siguiente: "*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución*". Más adelante, se tratará el control del poder, tanto de forma política como jurídica.

Hay que remarcar que se ha confundido el concepto original, en separación, colaboración y división de poderes, lo cual hay que aclarar, ya que Montesquieu hablaba de una colaboración de poderes y no de una estricta división, pues la función de un poder es participar directa o indirectamente con la función de otro. Entre otros antecedentes importante de mencionar, con relación al abuso de poder, por medio del paradigma de la división de poderes, se encuentra en la Carta de Juan sin Tierra de 1215 en Inglaterra, el cual limita el poder soberano; la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*, del cual se desligan de la monarquía inglesa; y, la Revolución francesa, que surge de la necesidad de la separación de funciones para establecerla en



una Constitución. Estos antecedentes buscaron evitar el poder absoluto mediante la separación de los poderes o de funciones, así como su limitación.

3.2. Aproximación teórica del concepto control del poder

En primera línea se puede decir que el poder es anterior al Estado, ya que el Estado ha partido de una estructura social y familiar del cual se sientan las bases. “...hasta llegar al fenómeno poder institucionalizado que, como se explicó, es aquella cuya titularidad está encabezada de ese ente al que denominamos Estado. Debe precisarse que el poder a que nos referimos es al poder público...” (Naranjo, 1997, p.120).

Cuando se menciona control del poder, rápidamente vienen ideas como separación de poderes, y ello, es porque se ha enseñado que el poder político se encuentra fragmentado, siendo ello erróneo ya que en esencia el poder es unitario. Valadés (2006) afirma:

La pluralidad de poderes se trata, desde luego, de una verdad forma; es un esquema que permite, para efectos de organización, diferenciar las partes de un todo como si cada una fuera una entidad independiente. De esa manera se ha alcanzado varios efectos prácticos: se introducen en el engranaje del poder elementos de equilibrio y se hace aceptable la idea del poder para sus destinatarios (p.1).

Como se mencionó, el control no solo se debe ver en su sentido jurisdiccional, sino en su sentido político, por ello, es que el control del poder conlleva varias acepciones, que tratan al final la limitación del poder, sin que este pueda exceder sus alcances.

La locución “control constitucional” conlleva tres vertientes conforme a la teoría constitucional contemporánea: control político, control jurisdiccional



y control social. El político fue el primero de los controles previstos en los marcos constitucionales. Fue en la Constitución norteamericana de 1787 donde se estableció una serie de frenos recíprocos entre los poderes públicos, con el fin de evitar cualquier ejercicio extralimitado de facultades, y de esta forma garantizar un balance en la actuación de dichos órganos. Los controles políticos están orientados a fungir como factores de equilibrio, conservando la vigencia del principio de división de poderes... Los controles jurisdiccionales tienen como finalidad la conservación de la supremacía constitucional; para ello el juez, en el ámbito de sus funciones, se erige como órgano controlador; verificando que las autoridades actúen dentro del marco de sus atribuciones, sujetándose a los límites previstos en la Constitución... Por último, la locución control social constitucional hace referencia a la forma en que agentes no institucionalizados llevan a cabo un control sobre la Constitución, a través de medios no previstos como controles de constitucionalidad ordinarios. Este tipo de control escapa de los límites de actuación que los controles jurídicos y políticos poseen, pues operan en la discrecionalidad, pudiendo variar la forma de cómo ejercerlo. Si bien no es un control jurídico *per se*, sus efectos sí trascienden al plano jurídico, y por ello requieren ser analizados, y sujetos a un control (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.816).

Se ha transcrito lo anterior, por la importancia de tener en cuenta que cuando se habla de control de constitucionalidad, lleva inmerso tres aspectos como lo son el político, jurídico y social. Aclaro, que cuando se trata del político, únicamente se habla del control de poder, ya que el poder es un concepto político y el jurídico lleva inmerso el aspecto constitucional. También cabe anotar que cuando se habla de Constitución este es el instrumento de limitación del control del poder.

Como se ha mencionado, existe una pluralidad de poderes que permite diferenciar las partes de un todo como si está fuera cada una independiente. Según la



teoría de Newton que es aplicable a esta separación, es que esos balances y contrapesos operan como fuerzas crecientes y menguantes. Cuando se habla de control hay que tomar en cuenta que este también lleva inmerso otro elemento como lo es la democracia, este lo que busca es que no haya excesos en el uso del poder, que no se repitan las experiencias vividas por la humanidad. Separar las funciones del poder y su control es una de las necesidades de la humanidad para garantizar su libertad.

El control del poder supone dos niveles distintos de acción: por un lado, lo que el poder se auto aplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana. A la primera modalidad se le puede denominar controles internos, que se producen con diferentes grados de concentración o desconcentración. Los más concentrados son los que se ejercen dentro de un mismo órgano, los más desconcentrados son los que se ejercen entre los órganos...A su vez los controles externos suponen la intervención de agentes de la sociedad, como los medios de comunicación, las organizaciones ciudadanas y los electores...En cuanto a los controles auto aplicados son, a su vez, de naturaleza política y de naturaleza jurídica; estos últimos depende de la acción de los diferentes tribunales (Valadés, 2006, p.3).

Visto de otro punto de vista no puede existir Estado sin poder. Vale la pena decir uno de los elementos del Estado como lo es la población, es la que crea esa legitimidad que provoca el poder. Bobbio (1994) indica: "...la condición necesaria y suficiente para que exista un Estado es que en un territorio determinado haya un poder capaz de tomar decisiones y emitir mandatos correspondientes, obligatorios para los que habitan en ese territorio..." (p.130).



3.3. Control del poder constitucional

Cuando se habla de control hay que tener en cuenta que no solo se trata de un concepto aislado. En el caso de la Constitución, si se quiere que la misma despliegue toda su fuerza normativa sobre la actividad estatal necesariamente debe llevar inmerso el concepto control tanto en el ámbito político como jurídico, lo que quiere decir que el elemento control es inseparable al concepto Constitución.

Al desarrollar del concepto control necesariamente se tiene que hacer mención que ese control se encuentra, como comúnmente se menciona separado en funciones legislativa, ejecutiva y judicial, lo cual no quiere decir que cada uno no controle las funciones de los otros órganos. Y se dice comúnmente ya que entre ellas existen confusiones de cómo debe ser tratado el tema. Aragón (2002) afirma:

La concepción plural del poder en la forma mixta no significa división de poderes, sino participación en el poder de los distintos estamentos y, a la vez, confusión y no separación de competencias: cada órgano realiza varias funciones y cada función es realizada por varios órganos. Lo importante es que la participación y confusión generan, irremisiblemente, una serie de controles, de muy variada naturaleza, sí, pero de esquivable naturaleza (p.86).

Otro aspecto importante a tomar en cuenta, que cuando se hacen estudios o manuales de derechos constitucionales, del control parlamentario, del control constitucional de las leyes, entre otros, es que en ellos va inmerso el concepto de control político, no por exclusividad el jurídico, y para ello, para evitar tal confusión es importante tomar en cuenta los dos aspectos, político y jurídico.

Sin embargo, para articular, en esa perspectiva, una teoría del control en el Estado constitucional, resulta necesario, primero comprobar la hipótesis de la que se parte: que el control es un elemento inseparable del concepto



Constitución. Y es necesario comprobarlo no solo porque en el derecho público europeo continental se carezca de una tradición pacífica sobre ello, sino especialmente porque en esa tradición se ha confundido, con exceso, limitación y control. Nadie, o casi nadie, entre los autores de prestigio, ha negado radicalmente, en los últimos ciento cincuenta años, que el concepto de Constitución sea por completo ajeno a la limitación del poder; ni siquiera la dogmática jurídica que desembocara en el positivismo jurídico, que desde Gerber hasta Kelsen que tenía como piedra angular de su construcción teórica la erradicación de la arbitrariedad en la actuación estatal. Ocurre, sin embargo, que eso es una cosa y otra bien distinta es asentar la Constitución en la idea de control, supuesto que invalida, frontalmente, por ejemplo, la tesis positivista de la autolimitación (Aragón, 2002, p.83).

Es interesante mencionar los aportes teóricos del tema división del poder o separaciones de funciones de autores como Locke y Montesquieu de quienes se debate tal vez la confusión arraigada, por su concepto *checks and balances*, que es más bien una separación y colaboraciones de funciones, que dan como resultado el poder en sí. Poco se habla de la fuente o la idea de la separación de poderes y se considera oportuno traer a colación que el mismo tiene su fuente los debates de la Constitución francesa de 1791 en la cual se trata de separar a la nobleza, clero y tercer estado; crisis de donde surgen los pensamientos de Montesquieu.

La separación de poderes no se basa en la disminución de los efectos del poder, sino en su unión que genera una fuerza creciente. Sobre Montesquieu Valadés indica:

...que su enunciación de la separación de poderes nutrió a las grandes elaboraciones constitucionales, particularmente a partir de las revoluciones norteamericana y francesa. Después, a lo largo de los siglos XIX y XX, el principio de la separación de poderes ha sido incorporado en



prácticamente todas las estructuras constitucionales, independientes de su grado de aplicación efectiva (p.176).

El poder puede verse como un fenómeno político, jurídico y social, lo que quiere decir que el mismo es dinámico para su ejercicio funcional, por lo tanto, los mismos también deben ser controlados de forma dinámica. De los controles el control político resulta ser el más dinámico porque su tramitación es poco formalista, a diferencia de los controles jurídicos, inteligibles, porque no se desenvuelve mediante tecnicismos propios del control jurídico, y eficaces porque son palpables los resultados y sus efectos son generales.

La Constitución fija las formas de expresión del poder y como tal determina su control y un claro ejemplo de ello es en el caso del control jurídico por medio del tribunal constitucional, el control político entre el Ejecutivo y el Legislativo y control social a través de la resistencia de los ciudadanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales, entre otros.

En el devenir histórico no siempre ha existido un delimitado estudio doctrinal de los controles, tal es el caso de Francia que cuenta aún con una exclusividad de control de las leyes a través del Parlamento. Es hasta inicios del siglo pasado que el mismo se delimita su estudio con el establecimiento de los tribunales austriacos y checos en 1920. Es en Europa que se recupera la idea de una Constitución bien equilibrada, recuperación y limitación al poder que busca como principios fundamentales la libertad e igualdad entre los hombres. Aragón (2002) indica:

La creación de tribunales constitucionales, la aplicación de constitucionalidad de leyes, de los reglamentos y de otros actos del poder público e incluso del poder social o de los particulares, o a la resolución jurisdiccional de los conflictos de atribuciones o de competencias, la ampliación y eficacia de los controles se manifiesta en la completa sumisión en la administración de la ley (p.102).



3.4. Control del poder jurídico constitucional

El control del poder surge como la teoría del cual se hacen efectivas las limitaciones del poder. Ahora toca ocupar en qué sentido sirve entender el control del poder en la aplicación e interpretación de los derechos humanos y ello es que los órganos del Estado están en la obligación de la observancia de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de lo contrario activarían la forma de control jurídico y por qué no decirlo, si en ambos controles se encuentra inmerso el control político. Aragón (2002) afirma:

Todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados en un solo sentido, y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos. Ese es, justamente, el sentido que, en general, atribuye Ely al control, como manifestación de la capacidad de fiscalización de los gobernantes por los gobernados a fin de garantizar que gobiernen la mayoría y se evite, al mismo tiempo, la tiranía de esa mayoría (p.123).

En un Estado el control se manifiesta de muchas formas, entre ellas, se puede mencionar el control hacia las normas jurídicas, a los actos de gobierno y de la administración, al Poder Legislativo y Judicial. Sobre quienes pueden ejercer el control se puede mencionar los tribunales de justicia, cámaras parlamentarias, órganos de gobierno, órganos específicos, órganos de fiscalización en materias de tributos, grupos de interés predeterminados, opinión pública, cuerpo electoral, sociedad, entre otros. En páginas anteriores se mencionó que existe un control social y ello los constituyen la opinión pública, la presión de los grupos organizados con intereses determinados, los medios de comunicación y la sociedad. De estos dos últimos no se realiza a través de instrumentos jurídicos, pero sí crean una gran conciencia en las conductas de los actos de las funciones de poder.



Por control constitucional puede entenderse, en una primera generalísima aproximación, toda manifestación del control jurídico que se presenta en el ámbito de las relaciones del derecho constitucional. Ahora bien, esta consideración de los controles constitucionales como controles jurídicos le lleva a excluir del concepto figuras que no poseen tal carácter jurídico, tales como el control realizado por la opinión pública, por la prensa, por los grupos de presión que, pese a la exclusión operada por Galeotti, poseen ciertamente relevancia sobre la vida constitucional. De otra parte, y aunque afirma correctamente que los controles políticos son aquellos en los que el control se realiza con plena libertad de valoración, y que tales controles, por no ser jurídicos, están excluidos del concepto... (Aragón, 2002, p.125).

Como ya se ha dicho, el control más dinámico es el control político sobre los actos de las funciones del Estado, pero el control más riguroso se puede encontrar en el control jurídico que por excelencia es el control constitucional que se presente en el ámbito de las relaciones del derecho constitucional. Sobre quien ejerce ese control se puede decir que este es encargado a órganos imparciales, independientes y con conocimientos técnicos; caso contrario, los controles políticos están a cargo de sujetos u órganos políticos.

El carácter objetivado del control jurídico implica que los órganos que lo ejercen sean órganos no limitadores sino verificadores de limitaciones preestablecidas, órganos, como antes se decía, que no mandan, sino que frenan, que se encuentran ajenos a la relación de supra o subordinación respecto de los órganos controlados y que, por aplicar cánones, estén integrados por peritos en derecho. Esas condiciones se dan, esencialmente, en los órganos judiciales, de ahí que sea el control jurisdiccional el control jurídico por excelencia, lo que no quiere decir que, por ese único hecho, ya se da tal control, ya que lo que califica verdaderamente al mismo es su modo de realización, más que el órgano



que lo realiza. Es jurídico porque jurídico es su parámetro y jurídico el razonamiento a través de cual el control se ejerce. La condición jurisdiccional del órgano es una consecuencia del tipo de control y no al revés (Aragón, 2002, p.137).

Sobre lo que está sometido a control jurídico no son las personas ni los órganos del poder, sino los actos de esos órganos y las conductas de esas personas. Por ello, cuando no se aplica la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su jurisprudencia a lo interno de un Estado, es que surge ese control sobre el acto de gobierno, que, en primer plano en el caso de Guatemala, está en manos de la función judicial y en un segundo en manos del control constitucional a través del órgano denominado Corte de Constitucionalidad y en última instancia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre los instrumentos de control jurídico se puede decir que ello depende de cada Constitución. En Guatemala el medio de control jurídico por excelencia los constituye el amparo. Valadés (2006) afirma:

En este proceso de control, que son los medios que la Constitución se da por sí propia para subordinar el poder a la norma. Vistos así, los instrumentos constitucionales para el control del poder adquieren una importancia central en lo que concierne al ejercicio racional del poder y la preservación de la norma suprema. Con los instrumentos de control político del poder se protege esencialmente al destinatario de la Constitución; con los instrumentos de control jurídico del poder se protege fundamentalmente a la Constitución (p.130).

3.5. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes

Después de haber relacionado al poder y que el mismo se encuentra separada en funciones y que el control del poder no se constriñe únicamente al jurídico o de las



leyes, ahora, ya se puede abordar el tema de la constitucionalidad de las leyes cuando estas afectan directamente a los derechos humanos. En el caso de Guatemala se cuenta con un control de tipo difuso, que el mismo está encargado a los tribunales de justicia y al órgano especial denominado Corte de Constitucionalidad, quien vela por la defensa y orden constitucional. La materia que ahora ocupa está encargada a la rama del derecho procesal constitucional, donde ya se puede interrelacionar el control político con el jurídico.

El derecho procesal constitucional, representa la interdisciplinarietà jurídica, cuyo objeto especializado de estudio se direcciona hacia el control del poder del Estado y de los actos emitidos por los titulares de los órganos estadales, a través de los medios y sistemas de control, tendientes a proteger el ordenamiento supremo. El propósito esencial de dicha rama jurídica, es la protección de la Constitución por conducto de los medios y de los sistemas que al efecto se han propuesto, regulado el poder del Estado y la actuación de sus titulares. Uno de los medios de protección constitucional, son las controversias constitucionales, que implican una problemática jurídica compleja, al regular los conflictos competenciales o de atribuciones, entre órganos o esferas de competencia, de naturaleza horizontal o de carácter vertical (Soto, 2016, p.210).

Como se ha dicho, la Constitución es sinónimo de control del poder político. Evidentemente, el término Constitución denota una organización política liberal y que garantiza los derechos humanos. Guastini (como cita Carbonell, p. 2006), sobre cómo concibe a la Constitución y de límites a los poderes señala:

En este sentido adjetivo constitucional, un Estado puede llamarse constitucional, o provisto de Constitución, si, y solo si, satisface dos condiciones (disyuntivamente necesarias y conjuntivamente suficientes):
a) por un lado, que estén garantizados los derechos de los ciudadanos en



sus relaciones con el Estado; b) que los poderes del Estado (el poder legislativo, el poder ejecutivo o de gobierno, el poder jurisdiccional) estén divididos y separados (o sea, que ejerzan por órganos diversos) (p.17).

Cuando se habla de Constitución necesariamente debe haber una separación de funciones para ejercer el control el control político. Otro requisito es que se deben garantizar los derechos humanos.

3.5.1. Control del poder constitucional, la obra del juez Marshall y la doctrina de la *judicial review*

Es interesante encontrar los antecedentes del control constitucional de las leyes, en los cuales han estado en pugna la aplicación de dos sistemas jurídicos como los son el *judicial review* (revisión judicial) y el *commonlaw* (ley común), siendo el sistema *judicial review*, que es aplicado por el sistema guatemalteco ya que los actos jurídicos de gobierno, del Parlamento y del propio Poder Judicial son susceptibles de control y revisión.

El sistema *judicial review*, (control difuso de constitucionalidad de las leyes) nace en los Estados Unidos, mismo que tenía como antecedente en Inglaterra la sentencia del juez Edward Coke en 1606 en el caso del médico Thomas Bonham, quien fue declarado incompetente para ejercer la profesión por el colegio Royal College of Physicians, lo que traería que tal decisión fuera impugnada y dando como resultado la revisión y no aplicación de dicha disposición al agraviado. Con la sentencia del juez Marshall se crea un gran precedente del control constitucional de las leyes.

Tal caso fue polémico ya que al finalizar el mandato presidencial John Adams efectuó nombramientos judiciales y el Congreso cuyos poderes expiraban el 4 de marzo de 1801 aprobó en febrero dos leyes por las que se designaban cargos judiciales y el presidente saliente se apresuraba a proveerlos con personas que eran afectas. Entre los nombramientos se



encontraba el de William Marbury para el cargo de juez de paz en el distrito de Columbia, ello, el 2 de marzo de 1801, ratificándola la preceptiva credencial, que, sin embargo, no llegaba a ser entregada. Ya en la presidencia Thomas Jefferson ordena a su secretario Madissón, que no facilitara las credenciales por el nombramiento de personas no afines a su gobierno, ya que los federalistas hasta el último momento pretendían situar al mayor número de sus partidarios, al amparo de una de las dos leyes citadas. Ante esta situación, Marbury recurría al Tribunal Supremo en suplica de que expidiera el oportuno mandamiento de comparecencia (*writ of mandamus*) a fin de obligar a Madison a extender la oportuna credencial que diere efectividad a su nombramiento como juez. La demanda se apoyaba en la sección décimo tercera de la Judicial Act de 1797 que autorizaba al Tribunal Supremo a emitir los mandamientos. La cuestión que en el fondo se planteaba era la de si una ley votada por el Congreso, pero no acomodada a la Constitución, podía seguir siendo aplicada y conservar su vigencia una vez comprobada tal anomalía. Y ello era así en cuanto que la citada sección décimo tercera de la Ley de 1797 parecía pugnar con lo prevenido en la sección segunda del artículo 3.º, de la Constitución de 1787 (Segado, 2003, p.237).

Era difícil tal decisión, ya que el juez Marshall anteriormente había sido nombrado por el presidente John Adams y por lo tanto era parte de la línea del gobierno oficial saliente, por lo que se pensaba que favorecería a William Marbury.

Marshall podía haber rehuido la cuestión sobre la base de entender que las disposiciones supuestamente contrarias a la Constitución no afectaban al presidente de los Estados Unidos, sino que se referían tan solo a los subordinados, pero no solo no lo hizo, sino que se limitó a declarar al margen de las jurisdicción del Tribunal Supremo la petición de la demanda, respetando la antes mencionada ley de los republicanos de 1802, sino que, yendo mucho más allá, declaró inconstitucional de la



sección décimo tercera de la Ley Judicial de 1789. El *Chief Justice* Marshall consideró que las facultades del Congreso están limitadas por el texto de la Constitución (Segado, 2003, p.246).

Con lo anterior, se crea el precedente del control difuso constitucional sobre las leyes, en donde el juez va más allá de resolver una solicitud, sino de velar porque la ley aplicable no sea contraria a la Constitución. Con tal decisión *William Marbury* no es confirmado en el puesto de juez, cuando la tendencia política del juez pensaría que se beneficiaría por ser allegado al gobierno saliente.

3.6. Control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad implica uno o varios mecanismos de defensa que busca mantener la vigencia del orden constitucional. El *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional* (2014) indica sobre el tema:

...es el referido al hecho de que toda Constitución debe fungir como instrumento de limitación del poder. Desde la ley fundamental se establece las facultades que deberán desplegar los órganos de poder; sin que puedan exceder sus alcances. Un ejercicio desmedido del poder por parte de cualquier autoridad merma la eficacia del contenido constitucional, por lo que se puede advertir que el control constitucional condiciona la eficacia de la fuerza normativa de la Constitución (p.221).

Para que se despliegue la fuerza normativa de la Constitución, esta debe estar prevista de instrumentos de defensa que garanticen el cumplimiento de los mandatos. Solo una constitución democrática tiene previsto el establecimiento de controles adecuados y proporcionales que estén orientados a prevalecer el orden constitucional.

Después de haber analizado desde otra perspectiva el control del poder constitucional es importante aterrizar en los medios de control que Constitución ha



previsto para limitar el poder a través del plano jurídico. Los medios de control constitucional nacen a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos de América de 1787, pero que encuentra su antecedente remoto en la Carta Magna promulgada en Inglaterra en el 1215, en la cual se señalan las libertades individuales y garantías procesales con el único fin de limitar el poder real. Fue en Francia en plena vigencia de la Constitución de 1799, en donde se creó el primer órgano encargado de mantener la vigencia del orden constitucional el cual se le denominó Senado conservador. Soto (2016) indica:

De esa forma la razón de existencia de los medios de control constitucionales es limitar el poder dentro de un Estado, su propósito será corroborar la correspondencia entre el poder político ejercido y lo mandado por la Constitución. De haber esa correspondencia, la manifestación del poder será totalmente válida, mientras que en caso contrario aquella será nula por inconstitucional (p.154).

El control político como se dijo es dinámico, pero el control jurídico será latente al momento que el poder no se encuentre ajustado a lo que establece la Constitución.

Los controles jurisdiccionales tienen como finalidad la conservación de la supremacía constitucional; para ello el juez, en el ámbito de sus funciones, se erige como órgano contralor, verificando que las autoridades actúen dentro del marco de sus atribuciones, sujetándose a los límites previstos en la Constitución. Esta verificación se lleva a cabo a través de los instrumentos de tutela constitucional en que un juez lleva a cabo una valoración sobre el apego o no de una ley a los preceptos constitucionales, puede obtener dos resultados. El primero, la confirmación de que la ley se adecua a las disposiciones constitucionales, y por ende es confirmada como válida. El segundo se deriva de la valoración vertida por el juez, cuyo resultado es negativo, trayendo como



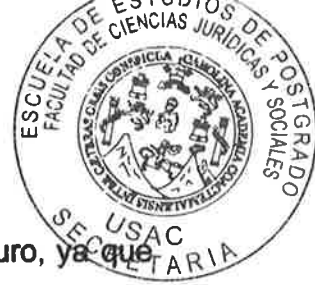
consecuencia la nulidad de la ley en cuestión (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.221).

Para ejercer el control constitucional el derecho constitucional cuenta con la clásica división de medios de control constitucional para limitar el poder político, ellos son el control difuso (*judicial review*) y control concentrado (*commonlaw*). Como en páginas anteriores, se vio el control difuso también es conocido como el de revisión de la constitucionalidad de las leyes o simplemente norteamericano que tuvo su origen en el año 1803, en la jurisprudencia emitida en el caso *Marbury vs. Madison*, que fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia presidida por el juez Marshall. En este sistema se crea el paradigma que todos los jueces locales como federales tiene la obligación de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución dando lugar a la observancia de las normas constitucionales. Este sistema se vuelve fundamento y base para el Principio de la Supremacía Constitucional. En este caso la sentencia únicamente surtirá efectos dentro de las partes que se encuentren en pugna.

3.6.1. Control concentrado, difuso y mixto

Cuando se estudia el control de constitucionalidad hay que tener en cuenta la clásica división que realiza la doctrina y como se ha dicho anteriormente, este se estudia en dos sistemas el angloamericano –revisión judicial- y sistema austriaco. El primero, denominado control difuso y el segundo control concentrado, de los cuales, como es lógico, están influenciados los países de Latinoamérica como Guatemala.

Ya en los primeros años de este siglo, pero especialmente en la primera posguerra, surgió una fuerte corriente doctrinal favorable al establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, según el modelo angloamericano, corriente considerada por Boris Mirkin Guezévitch como uno de los aspectos fundamentales de la racionalización del poder (Fix-Zamudio, 1980, p.17).



En la época actual es difícil determinar o encontrar algún sistema puro, ya que ambos sistemas se han influenciado uno al otro al punto que ambos se han mezclado, tal es el caso en Guatemala que existe un control judicial de las leyes por parte de todos los órganos judiciales y existe un tribunal constitucional que velara por la constitucionalidad de las leyes.

...la *judicial review*, caracterizada por encargarle a todos los jueces sin importar su especialidad, el poder-deber de controlar que las leyes que se aplican en un caso concreto respeten los preceptos constitucionales. De encontrar incompatibilidad entre ellas la ley no deja de estar vigente, solo se implicará en el litigioso. Otro de los modelos clásicos es el denominado control abstracto, concentrado o europeo. Creado por Hans Kelsen en 1920, se caracteriza por dejar en manos de un tribunal *ad hoc* la función de control; no toma en cuenta el caso que dio motivo a su cuestionamiento y analiza la norma de manera aislada, los efectos de las sentencias son de carácter constitutivo y *erga omnes*, no son retroactivos, salvo excepciones. Ambos modelos responden a realidades distintas y su expansión a lo largo del orbe también ha sido distinta, de ello las dificultades de su regulación (Carbonell y Vila, 2004, p.1074).

El control difuso o *judicial review*, cobra auge en Estados Unidos por la famosa sentencia del juez Marshall, que crea el precedente que todos los jueces están obligados a velar por la constitucionalidad de las leyes, teniendo como parámetro la Constitución.

Como en todo sistema de control de constitucionalidad, lo que justifica este poder otorgado a los jueces es el carácter supremo de la Constitución, lo que implica que ninguna ley que sea contraria a la misma puede ser una ley efectiva; al contrario, debe ser considerada como nula y sin valor alguno, lo que a comienzos del siglo pasado Hans Kelsen denominó como una de las garantías objetivas de la Constitución, lo que



implica que siendo una ley inconstitucional un acto nulo, no puede producir efectos, correspondiendo a todos los jueces el poder para considerar y declarar dicha nulidad, desaplicando la ley inconstitucional al decidir el caso concreto, dando preferencia a la Constitución. En estos casos, el juez, al decidir y declarar como inconstitucional la ley y, por tanto, considerarla como inaplicable para resolver el caso concreto, lo hace estimándolo como nula y sin valor, *abinitio*, tal como si nunca hubiera existido (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.221).

Este sistema propugna que la regularidad constitucional de las normas no puede recaer en un solo órgano, sino en todos los órganos jurisdiccionales, cuestión que no es ajena al sistema guatemalteco, tal como lo establece el artículo 203 de la Constitución Política de la República: *“Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y de las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de lo juzgado...”*.

El sistema concentrado nace con la publicación de las Constituciones de Austria y Checoslovaquia en 1920. El objetivo es encargar a un solo Tribunal Constitucional o Corte Suprema la función de contralor constitucional que velará por los principios constitucionales, mismo que tendrá diversos medios de control de la constitucionalidad de las leyes, que dependerá de los actos sujetos a control que normalmente serán recursos judiciales directos, pudiendo tener sus efectos oponibles a la generalidad. Una de sus funciones es la de anular leyes, su método de control debe estar previsto expresamente en la Constitución, lo cual quiere decir que no se puede actuar más allá de lo establecido como ocurre en el control difuso en donde los jueces, aunque no sea solicitado, tienen el deber de velar porque no se violen los principios constitucionales.

Existiendo, como existían en Europa, una honda desconfianza respecto de los jueces para que pudieran declarar las leyes como inconstitucionales y



decidieran no aplicarlas, el compromiso entre la necesidad de un sistema de justicia constitucional derivado de la noción de supremacía constitucional y la concepción tradicional europea de la separación de los poderes, fue lo que llevó a establecer tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial, con poderes anulatorios de las leyes inconstitucionales, a los cuales los jueces ordinarios están obligados a someterles las cuestiones de constitucionalidad que surjan en los procesos en curso. Ello, sin embargo, no les impedía que en virtud del principio de la supremacía constitucional pudiera tener la potestad para decidir sobre la constitucionalidad de las normas sublegales aplicables en cada caso concreto (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.223).

Este sistema tampoco es ajeno a Guatemala, ya que según la Constitución Política la defensa de la Constitución y el orden constitucional se encuentra encomendada al Tribunal Constitucional, tal como lo regula el artículo 268: *“Función esencial de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia...”*.

El sistema concentrado, como se mencionó, cuenta con funciones como la de control a través de los recursos judiciales directos y sus efectos pueden ser oponibles a terceros. Ello tampoco es ajeno al sistema guatemalteco, ya que el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucionalidad de leyes de carácter general.

Será en América Latina donde, muy peculiarmente, a partir de la segunda mitad del siglo XX se va a dar una fusión de los dos sistemas puros de control —el difuso y concentrado—. El modelo difuso fue insertado en las



Constituciones de muchos países americanos entre el siglo XIX y primera mitad del siglo XX... (Carbonell y Vila, 2004, p.1074).

Lo anterior, puede observarse en Guatemala, tal como lo regula el artículo 267 de la Constitución Política de la República: *"Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general. Las acciones en contra de las leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad"*.

Asimismo, con relación a los recursos que puede conocer el Tribunal Constitucional y ejercer control constitucional sobre los actos de la función judicial se puede observar en el artículo 272 de la Constitución Política de la República: *"Funciones de la Corte de Constitucionalidad. La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones...c) Conocer en apelación de todos los amparos interpuestos ante cualquiera de los tribunales de justicia...i) Actuar, opinar, dictaminar o conocer de aquellos asuntos de su competencia establecidos en la Constitución de la República..."*

El Control Constitucional en Guatemala tiene como base a los dos sistemas clásicos, pero ahora cabe hacerse la pregunta sobre cuáles son esos medios de control en materia de derechos humanos. A mi juicio, se puede decir que son: la acción de amparo, las acciones de inconstitucionalidad de las leyes de carácter general y en casos concretos, la exhibición personal y se debe apreciar la convencionalidad de los actos.

3.7. Justicia constitucional o garantía jurisdiccional de la Constitución

Cuando se habla de la garantía jurisdiccional de la Constitución, ello es parte de la justicia constitucional. El vocablo jurisdicción constitucional se encuentra compuesto por dos conceptos: la primera, jurisdicción que es un atributo del Estado para hacer que se cumplan los mandatos de la Constitución y las leyes, y el segundo, un acto de

emanación del poder soberano que establece las funciones del Estado y las garantías de protección de los derechos de libertad, igualdad y justicia.



Por otro lado, lo 'constitucional' también es nuevo, pues las primeras Constituciones se dan a fines del siglo XVIII con la llamada revolución atlántica y que aparece en dos documentos célebres: la Constitución de los Estados Unidos de 1789, precedida por la Declaración de Independencia de 1776, y la Constitución francesa de 1791 que siguió a la *Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano* de 1789. Pero la conjunción de ambas voces solo ocurre después, cuando Europa adopta el modelo jurídico de Constitución y deja de lado el modelo político que lo acompañó en todo el siglo XIX. Aparece así el concepto "jurisdicción constitucional" primero en Francia de uso extendido –si bien por poco tiempo- y luego en el mundo germano, por iniciativa y gestión de Kelsen (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.797).

Dentro de la justicia constitucional se estudian varios conceptos del derecho procesal constitucional y estos tienen como objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales, pero no todo tipo de funciones sino las funciones de carácter jurídico que constituyen actos. El mayor ponente para hacer valer la garantía jurisdiccional lo constituye el Tribunal Constitucional, ya, que dé él depende la regularidad de la función jurisdiccional y el mismo debe velar por que las leyes no contradigan a la Constitución y por qué no agregar a la Convención Americana de Derechos Humanos, que puede o no ver colisión entre ambos a plantearse un problema. Kelsen (citado por Salmorán) señala lo siguiente:

La competencia de la jurisdicción constitucional no debe limitarse al control de la constitucionalidad de las leyes. Debe extenderse, primeramente, a los reglamentos que tienen fuerza de ley, actos inmediatamente subordinados a la Constitución y cuya regularidad



consiste exclusivamente en su constitucionalidad. El control de su constitucionalidad es bastante importante pues toda violación de la Constitución significa, a este respecto, una alteración a la línea que divide las esferas del gobierno y del Parlamento, tan importante políticamente. Mientras más estrictas son las condiciones en que las Constituciones los autoriza más grande es el peligro de una aplicación inconstitucional de estas disposiciones, y tanto más necesario un control jurisdiccional de su regularidad (p.61).

En este punto, lo que interesa no es ahondar en conceptos sino determinar qué tipo de acciones debe tomar el Tribunal Constitucional para evaluar un acto, ya que dicho acto se encuentra subordinado a la Constitución o subordinado a la ley. Para ello, un acto subordinado a la Constitución debe evaluarse su constitucionalidad y un acto subordinado a la ley debe evaluarse su legalidad.

Ahora bien, cabe hacerse una pregunta fundamental para el presente tema por la importancia para los capítulos siguientes y es lo relativo a si: ¿pueden ser utilizadas las normas de derecho internacional como criterio del control? Es difícil determinar si el mismo puede ser utilizado como parámetro de regularidad ya que en ello puede estar arraigada los criterios de soberanía. Puede suceder que el acto sometido a control esté en contradicción no con la ley o Constitución, sino con un tratado internacional o regla de derecho internacional; y en último caso, puede suceder que la ley constitucional es violatoria de un tratado internacional. Hans Kelsen citado por Salmorán (2001) al respecto indica:

...es necesario situarse en un punto de vista superior al de la Constitución, esto es, desde un punto de vista del primado del orden jurídico internacional, pues solo este punto de vista hace aparecer al tratado internacional como un orden parcial superior al de los Estados contratantes y por ello se da la posibilidad de que los actos estatales, en particular las leyes, reglamentos, etcétera, sometidos al control jurisdiccional



constitucional, violen no solamente las reglas particulares de un tratado internacional, y por tanto, sino además otros principios del derecho internacional general (p.74).

Pueden surgir más interrogantes sobre el tema, que por el momento no ayudarían para resolver el tema de la situación de una contradicción de ley constitucional con el derecho internacional y más aún con el derecho convencional. Para ello hay que situarse en determinar si el derecho internacional es contradictorio con la Constitución en relación con derechos ordinarios o derechos humanos. Kelsen (2001) citado por Salmorán, indica sobre ello:

Puesto que, para la jurisdicción constitucional, órgano estatal, la validez de las normas internacionales que él debe aplicar para el control de los actos estatales depende de su recepción por parte de la Constitución la que las pone en vigor para el dominio interno del Estado, la propia Constitución que ha creado el tribunal constitucional y que podría, en todo momento, suprimirlo (p.76).

Algo importante deja la cita anterior y es que, para determinar un parámetro, para ello debe evaluarse la forma de recepción que autoriza la Constitución, en el caso de Guatemala bien pueden citarse dos normas fundamentales.

La primera, que establece la recepción del derecho internacional como lo es el artículo 149: *"De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales con el propósito de contribuir al mantenimiento de la paz y la libertad, al respeto y defensa de los derechos humanos..."*.

La segunda, con relación a la forma de cómo deben ingresar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al sistema jurídico. Artículo 46: *"Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y*



convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preminencia sobre el derecho interno". Esta es una de las normas más controversiales en el sistema guatemalteco ya que el mismo ha dado a variadas formas de interpretación en cuanto que si los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos pueden estar por encima de la Constitución, al lado o debajo de la misma; aunado, a que debe entenderse por derecho interno, si este incluya a la propia Constitución. Cuestión que en otro apartado se podrá emitir opinión.

Lo que sí, en la justicia constitucional guatemalteca se olvida muchas veces principios del derecho natural, con lo cual se justificaría sin mayor problema la aplicación de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Kelsen (citado por Salmorán) indica sobre ello:

Se afirma en ocasiones, que existen por encima de la Constitución de todo Estado ciertas reglas de derecho natural que debería ser respetadas, también por las autoridades estatales encargadas de la aplicación del derecho. Se trata de principios caracterizados en la Constitución o en cualquier otro grado de orden jurídico y que se deducen del contenido del derecho positivo, por vía abstracción (p.78).

En aplicación de derechos humanos los instrumentos internacionales y la Constitución no aparentan tener mayor complicación en su aplicación o contradicción siempre que se tutelen los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, armonización y progresividad, lo que sí se generaría en la discusión de otras ramas del derecho.

Los principios son los elementos que tienen como objetivo la libertad e igualdad de las personas, por ello es importante su observancia. Alexy (1993) indica al respecto: "...los principios son normas que ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho que



pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” (p.86). Para resolver controversias que surjan en la aplicación de los derechos humanos, se debe ceder en instituciones que colisionan con aquellas, tal es el caso del principio de jerarquía normativa, estudiada en el derecho procesal constitucional.

3.8. Bloque de constitucionalidad

Un tema nuevo e importante para la cultura latinoamericana es lo relativo al concepto “bloque de constitucionalidad”, conocido también como bloque constitucional o bloque normativo, el cual hoy es frecuente su uso en los temas o debates jurídicos, políticos y de la doctrina internacional. No se puede dejar de mencionar, que es en Francia en los años setenta donde surge dicho concepto, pero no, así como se conoce en la cultura latina actualmente, sino que el mismo surge del derecho administrativo con la denominación “bloque de legalidad o bloque legal”, mismo que fue mutando en España en los años ochenta y por la influencia de este. Es que llega a Latinoamérica, específicamente a Colombia, donde se va enfocando en materia de derechos humanos, agregándole un contenido normativo y alcance distinto al original, por ello es importante conocer los aspectos importantes.

Lo anterior, ha creado una indeterminación del concepto y se ha vuelto más complejo su estudio, por ello es que actualmente no tiene un significado preciso y contenido concreto. En la jurisprudencia y doctrina se ha creado una gran disparidad, lo que ha provocado que cada tribunal constitucional le otorgue un efecto y alcance distinto; y, Guatemala no es ajeno a ello, ya que en la jurisprudencia nacional este concepto se enfoca en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, distinto a lo que pueda darse en Francia, España, Colombia, México, entre otros.



3.8.1. Origen y evolución

Uno de los precursores del estudio y desarrollo del tema se puede encontrar en el francés Luis Favoreu, a quien la doctrina le atribuye el haber sentado las bases doctrinarias, teniendo como base las interpretaciones realizadas por el Consejo Constitucional. Se puede decir que cuando se habla de Bloque de Constitucionalidad este ha nacido por la necesidad de integrar o designar al conjunto de principios, reglas y normas de valor constitucional. En el caso de Francia, Favoreu (1990) sobre los antecedentes indica:

De hecho, la noción ha sido utilizada de forma regular en la doctrina, a partir del estudio que dedicamos al «principio de constitucionalidad», en el que se empleaba esta expresión para explicar las consecuencias resultantes de la decisión fundadora de 16 de julio de 1971, relativa a la libertad de asociación. Sin embargo, en derecho administrativo se hacía –y todavía se hace- referencia habitualmente al «bloque de legalidad» que encontramos en Maurice Hauriou bajo la denominación bloque lega. Este permitía designar, por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad y que no eran, a decir verdad, de la misma naturaleza que aquella, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencia (especialmente principios generales del derecho) (p.45).

Es a partir de la noción anterior, es que surge lo que se le denominó bloque de legalidad, que posteriormente fue transformándose y desarrollándose bloque de constitucionalidad para hacer referencia al conjunto de principios y reglas de valor constitucional. Un dato importante a mencionar es que a partir de acá se dejan andar las raíces de los principios constitucionales que luego fueron desarrollándose y ampliándose hasta influenciar en nuevas corrientes doctrinarias como es el caso del neo constitucionalismo y, como escribe Favoreu, dan inicio a la etapa de los principios para hacer todo con valor constitucional.



Ya con la raíz andada en los años ochenta en Francia, Favoreu (1990) indica "Así, en 1989, «el bloque de constitucionalidad *strictu sensu* se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y las leyes de la República, en la medida en que sean portadoras de principios fundamentales»" (p.49). Dato importante es mencionar que a partir de 1976 el Consejo Constitucional emplea regularmente el concepto "principios de valor constitucional" para hacer referencia a las normas de valor constitucional no escrita en el texto constitucional, por ello es importante más adelante determinar el contenido.

En España, como se dijo anteriormente, el concepto original como tal sufrió una transformación y cobra otro matiz, siendo utilizado con diferentes aristas. En algunas ocasiones es utilizado para denotar a un conjunto de normas o bloque de normas tiene la función de delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas y en otras como un conjunto de normas que determinan la infracción de una ley sometida a examen constitucional.

En la mayor parte de las decisiones que utilizan la expresión, la función determinante de la inclusión es la delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, una función, por tanto, intrínseca a las normas de la que es finalidad u objeto propio. En otras sentencias, por el contrario, la función tomada en consideración es una función por así decirlo extrínseca a la norma misma y que surge solo dentro del proceso, por la relación que en él se establece entre ella y la norma sometida a juicio del Tribunal a través de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad, pues con la misma denominación bloque de la constitucionalidad, o con las equivalentes de parámetro constitucional, bloque normativo del artículo 28 LOTC u otras semejantes, el Tribunal se refiere frecuentemente también a un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de una ley sometida a examen (Rubio, 1989, p.11).



Como podrá observarse, en España el concepto de Bloque de Constitucionalidad va teniendo otro matiz al que se dio en Francia y esto posteriormente influenció a América Latina. Es necesario hacer una parada en lo referente en lo que establece el artículo 28 de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de España, que no dista mucho de lo que actualmente se aplica en la región para determinar la constitucionalidad de una ley, por ello se considera importante su transcripción. *“Uno. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de estas. Dos. Asimismo, el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo ochenta y uno de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”.*

Es claro que en España el concepto fue mutando y en uno de los casos sirve para determinar la constitucionalidad de una ley y ello se realiza a través de otros preceptos constitucionales que forma el marco constitucional, lo cual genera la idea de un conjunto o bloque de normas de mismo rango que determinarían la constitucionalidad de la ley. El problema que se puede afrontar es que no existe esa delimitación clara de preceptos constitucionales, lo cual también ha generado discusión en la doctrina española. Rubio (1989) con relación al artículo citado: “...y, en fin, se opera con la expresión como si esta denotara una categoría normativa perfectamente definida o al menos un conjunto de normas claramente identificables” (p.10).

Ahora bien, para la región, como se ha mencionado Colombia ha sido que ha aportado bastante en el derecho constitucional y administrativo. No es un secreto que América Latina siempre se ha visto influenciado por el derecho español y ello, pues, se



debe, lo que marco el encuentro de los continentes y la subyugación hacia la Corona española y sus leyes. Es en el Colombia donde surgen una nueva idea de aplicar el bloque de constitucionalidad, teniendo este sus primeras manifestaciones en la sentencia C574/92 con el juez Ciro Barón como ponente del tribunal constitucional, en donde se utiliza la integración como parámetro constitucional en el caso del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativos a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados. Surge así una nueva forma de ver al derecho humanitario y de la propia Constitución, dando lugar así a establecer que los convenios sobre derecho internacional humanitario tendrían prevalencia sobre el derecho interno, del cual nuevamente se puede decir que es y ha sido el talón de Aquiles para el resto de países de la región.

No es, sino hasta 1995, con la sentencia número C-225-95 con el juez Alejandro Martínez Caballero, que se establece la definición, alcances y efectos del bloque de constitucionalidad, por ello es importante citar lo establecido en alguna de las partes conducentes:

En Colombia no solo el derecho internacional humanitario es válido en todo tiempo sino que, además, opera una incorporación automática del mismo "al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, es lo congruente con el carácter imperativo que, según ya fue explicado, caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el *iuscogens*. El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que estos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad" cuyo respeto se impone a la ley... El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por



mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.

Con la emisión de la anterior sentencia es lógico inferir que ello fue el inicio para integración todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al denominado Bloque de Constitucionalidad y su posterior desarrollo en la jurisprudencia colombiana y que se vuelve influencia para el resto de países de América Latina. Al ser Guatemala parte del criterio de la integración de normas internacionales en materia de derechos humanos, con prevalencia sobre el derecho interno.

3.8.2. Contenido

Como se ha mencionado y luego ver sus antecedentes, es obvio que dicho concepto ha sufrido una distorsión de lo que inicialmente fue en Francia. Ahora bien, se considera oportuno mencionar que en Francia el contenido del Bloque de Constitucionalidad en 1989 se encontraba integrado por la Constitución de 1958, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales integrado a las leyes de la República.

Anteriormente, se trató el tema relacionado a los preámbulos y se dijo que dependiendo de cada nación así se le dará el valor positivo o filosófico. Lo anterior se considera que deviene de la integración que realizó la jurisprudencia francesa. El preámbulo de 1946, no es más que esa integración de los derechos económicos y sociales, los cuales son aplicados por el Consejo Constitucional por su importancia. Dicho preámbulo establece: *"Al día siguiente de la victoria conseguida por los pueblos libres sobre los regímenes que han intentado avasallar y degradar a la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que todo ser humano, sin distinción de*



raza, de religión y de credo, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de los Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. Proclama, además, como particularmente necesarios a nuestro tiempo, los principios políticos, económicos y sociales siguiente...”.

Con relación a la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, se puede decir que este documento sigue siendo muy importante por lo que conlleva su historia política y la consagración de derechos humanos en un documento escrito que posteriormente servirá de modelo para la gesta de luchas por las independencias y el reconocimiento de derechos humanos en muchos países.

En el caso de España, como se mencionó en líneas atrás, no es muy claro con relación al contenido, ya que por un lado esta tiene la función de la delimitación de las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas y por otro, como aquel conjunto de normas que no están incluidas en la Constitución, pero que su infracción determina su parámetro de legalidad al lado de la Constitución, o sea normas que adquieren rango constitucional no estando expresadas en el texto.

Ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la obra de los pocos estudios que, hasta la presente, han dedicado alguna atención al tema hay elementos que permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido del tal 'bloque' ni cuál el elemento o rasgo que lo constituye como tal, sin que, de otra parte (excusado es decirlo), exista definición o referencia normativa alguna del bloque en cuestión (Rubio, 1989, p.10).

Claro está, que la influencia de España llega a la región, no por la delimitación de competencias entre Estado y entidades autónomas, sino por aquel conjunto de normas que, no estando incluidas en la Constitución, sirven para determinar la constitucionalidad de una ley, lo cual también dista mucho con relación a parámetro de constitucionalidad de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos



sobre el derecho interno, como se trata actualmente en la doctrina y jurisprudencia. En relación al contenido dado por Rubio Llorente, el mismo indica:

Este objetivo es, simplemente, el de aportar algunos elementos para hacer de la noción «bloque de la constitucionalidad» como el conjunto de normas de delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, una categoría bien definida y que no se identifica con el conjunto de normas sub constitucionales que el Tribunal Constitucional utiliza como parámetro de la constitucionalidad (Rubio, 1989, p.15)

En algo que considero que se ha coincidido en Francia, España y Colombia en América, es que la Constitución no es vista como un cuerpo normativo aislado o único, sino al mismo le es integrado de una u otra manera, ya, sea principios fundamentales o derechos con lo cual se busca determinar la solidez o unidad del cuerpo normativo constitucional ante su posible infracción, estableciéndose así una supremacía constitucional. Como se ha dicho es este continente donde se le da el matiz de derechos humanos como parámetro de constitucionalidad, que traería algunos problemas de interpretación.

Con la recepción del pensamiento europeo en América Latina, no se puede dejar de mencionar que en México se ha realizado un desarrollo enfocado a la recepción del derecho internacional humanitario como parámetro de constitucional, obviando la jerarquía constitucional para dar paso al derecho humanitarios o *principio pro persona*, aplicando aquel instrumento que mayor favorezca al ser humano.

3.8.3. Bloque de Constitucionalidad en Guatemala

Ya establecido el concepto y contenido original del bloque de constitucionalidad es usual decir que Guatemala también ha hecho uso de la institución por influencias de países como México y Colombia, pioneras en desarrollo y aceptación en la doctrina por parte de sus tribunales constitucionales. Actualmente, se ha creado una polémica de



interpretación con relación a la jerarquía constitucional y la integración de normas humanitarias al derecho interno con prevalencia sobre el derecho interno. Al respecto el ilustre y respetado autor guatemalteco Rene Villegas Lara (Lara, 2016), indica: "Con esta idea de la supremacía jerárquica de los tratados y convenciones en materia de derechos humanos, ha surgido la polémica sobre la naturaleza de esa jerarquía y gira en torno al discutido concepto del bloque de constitucionalidad o núcleo de constitucionalidad, para autores como Ricardo Haro" (p.103).

En Guatemala, el bloque de constitucionalidad se ha visto como una figura integradora de normas de derecho internacional humanitario al derecho interno, lo cual dista mucho de lo que originalmente fue en Francia y España, que lo utilizaron para determinar el valor de los principios constitucionales contenidos en otros instrumentos a los que la Constitución les daba ese parámetro constitucional, como aquel conjunto de instrumentos normativos que, junto a la Constitución, determinan la constitucionalidad de otras leyes.

Como parte de la polémica antes mencionada se agrega que la vía de cómo ingresan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, la jurisprudencia del tribunal constitucional ha determinado, que estos ingresan vía artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República, lo cual ha generado disparidad de interpretaciones como se verá en otro apartado. Hasta el año 2009, en Guatemala ya se tenía contemplado el concepto de bloque de constitucionalidad, pero aún no se determina su alcance y contenido, tal como se aprecia en la siguiente sentencia:

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al



bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la Carta Magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo a las circunstancias propias del país... (Corte de Constitucionalidad. Expediente 3878-2007. Fecha de sentencia: 21-12-2009).

Ya en unos años más, el Tribunal Constitucional de acuerdo con los compromisos adquiridos por Guatemala ante la comunidad internacional y más preciso con relación a los convenios como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el órgano constitucional de acuerdo con una integración armoniosa y recepción del derecho internacional declara por omisión legislativa la inconstitucionalidad del artículo 201 Bis, del Código Penal, integrando otros elementos de acuerdo con los instrumentos internacionales. Pero no solo ello, sino, además, se establecen los alcances, efectos y contenidos del bloque de constitucionalidad en Guatemala y que formaría parte de la jurisprudencia que debe ser observada por los órganos de justicia ordinaria.

Es por ello que por vía de los artículos 44 y 46 citados, se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tienen reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano...El alcance del bloque de constitucionalidad es de carácter eminentemente procesal, es decir, que



determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que componen aquel son también parámetro para ejercer el control constitucional del derecho interno. Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos...El contenido del bloque de constitucionalidad está perfilado por la Constitución, y esta Corte, como máximo intérprete de la norma suprema, cuyas decisiones son vinculantes a los poderes públicos, es la competente para determinar, en cada caso, qué instrumentos se encuentran contenidos en aquel. En orden a la materia de estudio, se determina que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables son la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Esa inclusión se realiza por remisión del artículo 46 y, consecuentemente, por el carácter de *ius cogens* que tienen las normas de estos instrumentos que, como tal, asumen categoría de compromisos internacionales adquiridos por el Estado (art. 149 constitucional). Lo que involucra, en el caso concreto, verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos en normas internacionales en materia de derechos humanos, para evidenciar si existe una comisión legislativa parcial en la creación de la figura tipo de "tortura"(Corte de Constitucionalidad. Expediente 1822-2011. Fecha de sentencia: 17-07-2012).

En Guatemala, el contenido del bloque de constitucionalidad está determinado por: a) el conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a la persona humana; b) los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos deben ser parámetros para ejercer el control de constitucionalidad del derecho interno; y, c) la determinación de los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República para la inclusión de los instrumentos internacionales al derecho interno.



3.9. Recepción del derecho internacional al derecho interno

En el punto anterior se trató el tema del bloque de constitucionalidad y también se hizo mención de la forma que como ingresan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al derecho interno, dependiendo de matiz que o la concepción que se tiene en Guatemala sobre dicho bloque, los cuales según la Corte de Constitucionalidad ingresan vía los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República. Para ello, es importante establecer las teorías o doctrinas que estudian tal incorporación de instrumentos internacionales y qué teoría adopta Guatemala, de acuerdo con lo plasmado por el constituyente.

En la doctrina del derecho internacional se estudian las fuentes del derecho internacional, siendo estas los tratados internacionales, la costumbre, los principios generales del derecho y como fuentes subsidiarias la doctrina, la jurisprudencia y la equidad. Asimismo, se puede decir que existen dos teorías que estudian la recepción del derecho internacional público, tal es el caso de la teoría tomista y la dualista, que son el punto de partida para determinar la relación del sistema jurídico internacional con el nacional, no teniendo preeminencia alguna teoría, en virtud de la forma de recepción en el derecho interno y la práctica internacional.

En el caso de la teoría dualista esta fue: “desarrollada esencialmente en Italia y Alemania...postula que el derecho internacional y derecho interno son dos órdenes jurídicos esencialmente iguales en cuanto a sistemas jurídicos independientes y al mismo tiempo son diferentes de uno del otro...” (Becerra, 2006, p.13).

La teoría dualista propugna tres aspectos que son su base. El primero, con relación a las fuentes del derecho internacional y el derecho interno, estos tienen como base la costumbre. En el caso del derecho internacional se base en la voluntad reiterada de los Estados que se materializan en tratados internacionales y el caso del derecho interno, la voluntad o prácticas reiteradas que se materializa en leyes, reglamentos u ordenanzas. El segundo, con relación a las reglas o regulaciones, el



derecho internacional contiene reglas que regulan las relaciones entre los Estados, y el derecho interno, regula la relaciones entre los particulares y los particulares contra el Estado o el Estado contra estos. Tercero, en cuanto a la sustancia, en este caso, el derecho internacional es un derecho por "igual" entre los Estados Parte que dependen del derecho interno o por decirlo así, su fuerza es débil, debido a que si se quiere que desplieguen su fuerza normativa deben pasar vía del derecho interno: "...es necesario que exista un acto de incorporación mediante una transformación tácita o expresa prevista en el derecho interno; o por medio de una ley o disposición jurídica interna. Después de esta transformación, los conflictos entre los derechos internacional e interno no son posibles" (Becerra, 2006, p.13).

Con relación a la transformación de derecho internacional al interno, depende de cada Estado y de la forma en que las leyes han determinado su recepción. En el caso de Guatemala, el constituyente ha previsto la incorporación del derecho internacional al derecho interno en virtud del artículo 149 de la Constitución Política que establece: "*De las relaciones internacionales. Guatemala normará sus relaciones con otros Estados, de conformidad con los principios, reglas y prácticas internacionales...*". Se puede decir a primera vista, incluso sin entrar a conocer la teoría monista que, Guatemala, se apega a esta teoría en virtud de que acepta la costumbre internacional o práctica internacional como fuente de las relaciones, que en algún momento determinado provocaría la creación y aceptación de instrumentos internacionales y su ingreso al sistema jurídico por medio del Congreso de la República, según lo establecido en la Constitución Política en el artículo 171, inciso I: "*...Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional...*".

En cuanto a la teoría tomista, como es lógico, esta se contrapone a la teoría dualista. Becerra (2006) indica sobre esta teoría:

...que tanto el derecho internacional como el derecho interno son dos elementos de un solo concepto de derecho que dirige al individuo. El derecho internacional como el derecho interno son dos elementos de un solo concepto



de derecho que se dirige al individuo. El derecho internacional, en este concepto, es adoptado (por medio de una recepción) automática y directamente en el derecho interno, como derecho internacional, ya que no cambia su naturaleza jurídica, y se aplica como tal, como una norma de derecho internacional, y en este caso, es necesario que sea auto aplicativa; en el caso de que un tratado no sea auto aplicativo, entonces se requiere una ley interna (p.14).

Para la teoría tomista existen dos sistemas de derecho que se encaminan a regular las relaciones del individuo, y en ella se propugna que el derecho internacional sea auto aplicable por su mera creación, no perdiendo su naturaleza de internacional; y en caso que no se pueda dar de esa manera requerirá una ley interna para su adopción. En este caso se da la primacía del derecho interno, ya que este a través de la normativa constitucional puede provocar la adopción o declararla inválida, dando así lugar a la primacía.

La práctica internacional nos muestra que toca a los Estados adoptar tal o cual teoría, es decir, tomar una posición dualista o monista, o cualquier otra, de acuerdo con su tradición jurídica. Es cierto que el derecho internacional es un sistema jurídico específico que difiere del derecho interno en cuanto a sus fuentes, la relación que regula y, además, que responde a un sistema descentralizado en cuanto a sus instancias de creación normativa, de aplicación y solución de controversias frente a un sistema centralizado que es el derecho interno. La manera de comunicación depende de cada sistema constitucional que generalmente posee un sistema de recepción del derecho internacional y no solamente de comunicación con el exterior (Becerra, 2006, p.18).

De acuerdo con ambas teorías estudiadas considero que en el caso de Guatemala pueden aplicarse ambas teorías, por ello no falta siempre en la doctrina aquella teoría que trata de congeniar ambas. Por un lado, no se puede dejar de



mencionar que en aquellos casos en los que un instrumento internacional no se acope a la normativa constitucional, bien puede hacerse valer la supremacía constitucional o super legalidad constitucional, claro no en materia de derechos humanos

3.9.1. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno guatemalteco

Cuando se mencionan los derechos humanos se habla del derecho internacional humanitario y esto provoca un ensanchamiento de la protección de estos derechos y de una nueva forma de verlos. Esta idea provoca pensar en una unificación del derecho internacional e interno. "La manera de comunicación depende de cada sistema constitucional que generalmente posee un sistema de recepción del derecho internacional y no solamente en un sistema de comunicación con el exterior (Becerra, 2006, p.18). Considero que el derecho internacional siempre dependerá del derecho interno y ello se debe a que en el caso de los derechos humanos existe un pluralismo étnico, religioso, político, social, entre otros, que no podrán ser aplicados con uniformidad en cada Estado. Tal es el caso de los derechos de reproducción que un Estado pueda reconocer y que Guatemala no sería posible por el sistema laico o religioso predominante.

En Guatemala existe una norma de incorporación de los derechos humanos y ello se puede palpar en lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política de la República: "*Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...*". Se dice que esta norma es el fundamento de incorporación en virtud de no excluir otros derechos que, aunque no figuren en la Constitución son inherentes al ser humano o en otro sentido aquellos derechos consagrados en las convenciones o instrumentos internacionales que consagran derechos humanos. Como se ha mencionado, al estar presente una norma de este tipo en la Constitución es que la soberanía del Estado se manifiesta.



Los Estados Parte de los tratados internacionales de derechos humanos en pleno uso de su soberanía, asumen obligaciones cuyo cumplimiento no solo implica el respecto de los derechos protegidos en cada instrumento, sino también la aplicación de diversas medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole, dentro de sus respectivas jurisdicciones... (Castañeda, 2018, p. 163).

Una de las controversias más debatidas en el derecho internacional de los derechos humanos es lo relativo al ingreso al derecho interno de un Estado. Ello de acuerdo con el *pacta sunt servanda*, que quiere decir que todos los tratados deben cumplirse de buena fe, tal como lo regula el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que regula: "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*". Esto trae consigo el aplicar lo dispuesto en el tratado, inclusive por encima del derecho interno o en su defecto la modificación de la normativa interna para acoplarse a lo dispuesto en el instrumento internacional, tal como lo regula el artículo 27 de la citada Convención: "*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*".

Con relación al derecho convencional los Estados que lo han ratificado tienen la obligación de modificar sus leyes a efecto de cumplir lo establecido por la Convención de Viena, tal como lo regula el artículo 2 de la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos: "*...los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*".

Asimismo, en el derecho internacional existe otro principio que reza, que no se puede alegar la existencia de una norma de derecho interno, para justificar el incumplimiento de un tratado. Como contraparte no se puede obviar que de acuerdo con la teoría dualista el derecho internacional depende del derecho interno para su



aplicación, creando así una codependencia; y, en el caso de Guatemala, esta teoría se aplica de manera expresa, tal como lo establece la Constitución.

Otra controversia marcada es lo relativo a si un tratado o instrumento internacional de acuerdo al contexto de los derechos humanos puede contradecir o inclusive modificar el texto constitucional. Lo anterior no se puede responder de manera espontánea. Para ello hay que comprender, primero, que las realidades sociales, culturales, políticas y económicas son distintas en cada Estado, por ende, no puede haber una uniformidad del derecho; segundo, entender que la soberanía es una de las bases del derecho internacional y que existe la autodeterminación de los pueblos; y tercero, que el derecho internacional depende del derecho interno o nacional para su incorporación o recepción. "En el constitucionalismo contemporáneo, además de otorgar una jerarquía a los tratados internacionales, la tendencia de algunos países ha sido vincular a los tratados sobre derechos humanos en la pirámide normativa de las fuentes del derecho..." (Castañeda, 2018, p. 166).

La supremacía del derecho internacional no puede ser absoluto y ello cuenta con un límite que se encuentra en el texto constitucional o normas fundamentales, tal como lo establece el artículo 46 de la Convención de Viena: "*...en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno...*".

Con relación al asunto planteado la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, se ha manifestado indicando:

Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma



contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para “formular recomendaciones [. . .] a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales” (destacado de la Corte) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención “con arreglo a sus procedimientos constitucionales” (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas (Opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio del 1993).

Se entiende, que la Corte Interamericana no puede determinar la forma de cómo el Estado receptor adopta el derecho internacional; en el caso que haya contradicción de la norma internacional con la norma interna, la Corte únicamente puede emitir recomendaciones para dar mayor protección o cobertura al derecho humano creando medidas progresivas. Así, no se puede calificar los preceptos constitucionales por parte de entes internacionales para la creación de normas internas, ello en virtud de lo que se indicó al derecho de autodeterminación de los pueblos, la no intromisión en los asuntos internos y el respeto a la soberanía estatal.

En efecto, si un Estado no puede aplicar una disposición internacional por ir en contra de una norma de su derecho interno, el Estado aplicará su derecho interno, pero a nivel internacional entrará en responsabilidad internacional. Es imposible afirmar que el derecho internacional puede considerar no válidas las disposiciones del derecho interno de tal o cual Estado. Cada uno de uno de los sistemas tiene su propia esfera de validez (Becerra, 2006, p.18).



En el caso de Guatemala y de acuerdo con lo analizado, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos ingresan al ordenamiento interno como complemento de sistema jurídico ordinario, encontrando su límite modificadorio o de ampliación únicamente en la Constitución Política de la República. Ello se debe a que es la norma fundamental que la da vida a estos para ingresar al ordenamiento interno y surtir efectos en el Estado o, dicho de otra manera, no se puede derogar o modificar a quien le da validez o nacimiento.

La doctrina estudia dos formas de recepción constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, siendo esta por la primacía jerárquica y el criterio de interpretación. Como se ha tratado, Guatemala no es ajena a dicha doctrina por lo establecido en la Constitución Política, por la forma de ingreso de la normativa internacional y de la forma de como lo ha interpretado la Corte de Constitucionalidad de acuerdo al bloque de constitucionalidad antes tratado. Del primero, se puede decir que los tratados humanos ingresan al ordenamiento con una categoría superior al de las leyes ordinarias y sirven como parámetro de complemento y de interpretación para la aplicación de derechos humanos. Con relación al segundo, esto se genera a través de la progresividad de los derechos humanos por medio de cláusulas de integración y que de acuerdo con los criterios de los tribunales constitucionales son la vía para que se genere una interpretación para la ampliación y aplicación del derecho convencional.

3.10. Neoconstitucionalismo

Cuando se habla de constitucionalismo, hay que hacer una parada en el neo constitucionalismo ya que en la actualidad es un concepto que cobra auge, pero a la vez con ciertas confusiones al momento de determinar su materia de estudio. El neoconstitucionalismo tiene sus bases en el surgimiento de un nuevo modelo de Constitución. Para estudiar el tema hay que tener en cuenta que la doctrina le da ciertas denominaciones, entre ellas, constitucionalismo contemporáneo o a secas nuevo constitucionalismo.



En particular, la palabra 'neoconstitucionalismo' se identifica desde una perspectiva iusfilosófica que contraponían explícitamente a aquella iuspositivista y que, al mismo tiempo, trataba de diferenciarse de la opuesta y más tradicional posición iusnaturalista. Desde aquel primer momento, la palabra 'neoconstitucionalismo' ha tenido una difusión extraordinaria en los diversos países de lengua latina en Europa y en Sudamérica (Fabra y Pozzolo, 2015, p.363).

De los antecedentes se puede mencionar lo siguiente:

La reconstitucionalización de Europa, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial y a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, redefinió el lugar ocupado por la Constitución y también la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones contemporáneas. La creciente aproximación de las ideas del constitucionalismo como los ideales democráticos producirán una nueva forma de organización política, que podrá ser denominado por diversos nombres: Estado democrático de derecho, Estado constitucional de derecho, Estado constitucional democrático. La principal referencia al desarrollo del nuevo derecho constitucional es la Ley Fundamental de Bonn (Constitución alemana) de 1949, y, en especial, el surgimiento del Tribunal Constitucional Federal, instalado en 1951. A partir de ese momento hubo una fecunda producción teórica y jurisprudencial, responsable por el ascenso científico del derecho constitucional en el ámbito de los países de tradición romana-germánica (Barroso, 2008, p.2).

Hay que tomar en cuenta que el neoconstitucionalismo se encuentra en medio de dos posiciones antagónicas clásicas del derecho como el iuspositivismo e iusnaturalismo. "El neoconstitucionalismo contemporáneo es una doctrina que, según sus partidarios, surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de



constitucionalización del derecho, y que pretende y en un sentido suplantar, sea el positivismo jurídico, sea al iusnaturalismo” (Comanducci, 2016.p.41).

Se puede decir que el neoconstitucionalismo sienta sus bases teóricas en tres rasgos esenciales, como lo son: A) el surgimiento de un nuevo modelo constitucional, en la cual, los textos constitucionales cuentan con un denso contenido normativo garantizado o a lo que se le podría denominar constituciones normativas garantizadas. Estas además de regular la organización del poder y las fuentes, amplia derechos y obligaciones –especialmente derechos fundamentales-; B) nuevas formas de interpretación y de argumentación de los textos constitucionales, ello, debido a que son textos con más contenido normativo, lo cual implica la existencia de muchos más principios los cuales que requieren nuevas técnicas de interpretación –más principios que reglas-; más ponderación que subsunción; la presencia de la Constitución en todas la áreas jurídicas y en todos los conflictos; presencia judicial que sustituye la autonomía del legislador y la coexistencia de valores; C) una nueva teoría del derecho y una nueva forma de estudiar los fenómenos jurídicos. En este aspecto no solo se estudia al derecho de una forma descriptiva, sino prescriptiva. Aquí prevalece la omnipresencia de la Constitución que se adentra a todo el ordenamiento jurídico –llamado impregnación o irradiación del texto constitucional-.

Si se trata el tema de neoconstitucionalismo, es necesario tener en cuenta que se trata de un constitucionalismo moderno. Este nuevo constitucionalismo busca crear una amplia doctrina que abarca ya no solo la forma clásica de interpretación de la ley y de la supremacía constitucional, sino amplia las doctrinas, para así generalizarlas a todo el ordenamiento jurídico. “En la génesis del neoconstitucionalismo se encuentra el objetivo de designar la instauración de una serie de posiciones teóricas defendidas por algunos autores que representan una manera a fin de aproximarse al derecho, así como la necesidad por especificar las posturas positivistas centrales de la filosofía del derecho...y diferencias teóricas” (García, 2015, p.110).



3.10.1. Características

A) Antipositivismo

Un primer aspecto del nuevo constitucionalismo es lo referente a abandonar la clásica doctrina positivista y legal. “Entre estos, es central la insistencia en declarar la decadencia del positivismo jurídico y su sustitución con una perspectiva práctica mediada por valores. De hecho, su carácter es *anti-*, y no simplemente *post-*positivista. Respecto a este último, el neo constitucionalismo no supera nada, sino que quiere descartar todo o casi todo” (Fabra y Pozzolo, 2015, p.366).

Se mencionó en líneas atrás, que con el nuevo constitucionalismo se busca la mínima intervención del legislador, que en muchos de los casos sopesa a la interpretación legal o positivista y da paso a que la jurisdicción pueda integrar valores o principios basados en una nueva argumentación jurídica.

También la oposición entre ponderación y subsunción siente sus raíces en la sustancia de los principios: es en razón de su propia naturaleza que se configuran como dúctiles instrumentos equitativos o de razonabilidad práctica en la concretización del derecho. Los intérpretes ponderan los valores vinculados por los principios en razón de las exigencias de justicia que cada caso plantea (Fabra y Pozzolo, 2015, p.367).

B) Principios

El nuevo constitucionalismo aboga por los principios que inspiran al derecho y la moral –justicia-, por lo que, en este como es lógico se encuentra en dos aspectos distantes como lo son el “constitucionalismo legalista” y el “neoconstitucionalista”. Esto significa que las normas de principios tienen su base en el derecho y la moral, desligándose del positivismo jurídico.



El nuevo derecho constitucional no tendría ya la necesidad de establecer el principio de legalidad como paradigma de lo jurídico porque se trataría de un principio ya adquirido. Por el contrario, el nuevo derecho reclama superar tal límite formal para poder enfrentar los conflictos que constantemente recorren la sociedad contemporánea que, determinando tensiones éticas y políticas, genera el peligro de restar legitimidad a los instrumentos jurídicos y a la acción de gobierno (Fabra y Pozzolo, 2015, p.369).

Para el convencionalismo este tema no es ajeno, al contrario, este se base en principios o valores que encuentran su base en los derechos humanos o fundamentales y que posteriormente son impregnados en las Constituciones, en lo que se le denomina constitucionalización del derecho internacional.

C) Ponderación

La interpretación del derecho en el nuevo constitucionalismo adquiere un nuevo y más poderoso papel a través de la ponderación o, en otros términos, poner en la balanza qué derecho se debe tutelar en el caso concreto, ello, siempre y cuando haya conflicto al aplicar un valor.

La interpretación del derecho por principios se presenta como más conflictiva que si el derecho estuviera compuesto por reglas, y para esos desacuerdos interpretativos, el método ponderativo parece tener un gran éxito. Aunque no esté muy claro en qué consiste, un elemento constante en las distintas configuraciones de la ponderación es el papel que desarrolla en ellas el principio de proporcionalidad. En la ponderación se sopesan valores con el fin de construir una proporción entre lo tutelado y los sacrificado hasta llegar a un equilibrio –que, obviamente, no es físico, como el de los platillos de la balanza, sino que se trata de un equilibrio-entre valores creados sobre un tercer valor o criterio que ordena los otros



dos en conflicto. Según la literatura neoconstitucionalista, en el balance el intérprete puede optimizar la aplicación del valor restringiendo los ámbitos de los derechos fundamentales hasta un mínimo que quedaría garantizado (Fabra y Pozzolo, 2015, p.375).

Este tema puede ser cuestionado debido a que es subjetivo y queda al intérprete considerar qué derecho o valor tiene mayor ponderación en cada caso concreto y que para otros puede ser que otro derecho tenga más valor con relación al intérprete. En la ponderación, como es lógico, siempre hay pugnas, intereses o conflictos a los que el intérprete debe adoptar una mejor decisión. Ahora bien, ¿qué se entiende por ponderación? Esta no es más que un mecanismo metodológico nuevo de argumentación racional de la Constitución, del derecho y la moral –justicia-. En la ponderación hay que tener claro que esta aplica para la tutela de los derechos humanos, por ello la importancia en el ámbito de la convencionalidad. “El ejercicio de la ponderación es la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales, es un presupuesto de la complejidad alcanzada por los sistemas jurídicos desde las posguerras. Se le otorga una centralidad a la dimensión argumentativa del derecho” (García, 2015, p.113).

En este sentido, es mucha la importancia de la ponderación en los derechos humanos o fundamentales, ya que generalmente este se aplica para determinar qué derecho tiene más ponderación o valor. Por ejemplo, existe el derecho a la libre manifestación de los individuos en las calles y el derecho a la libre locomoción de las personas que no participan en las manifestaciones, pero es necesario transitar en los espacios donde se realizan aquellas.

D) Derecho y justicia

Es claro que el nuevo constitucionalismo se aleja del positivismo teórico para dar paso al derecho y la moral, por ello se dice que, este formula nuevas doctrinas o forma



de ver del derecho. Con esto se busca no aplicar la norma de una forma positivista, sino ver en la situación valores que alcance la justicia.

De este modo, la justicia entra a formar parte de los criterios de validez del sistema: pasa a formar parte de los criterios de las reglas de reconocimiento, razón por la cual la interpretación moral de la constitución se hace necesaria. En primer lugar, la justicia en cuanto tal, si no, en cambio, un particular concepto de justicia referido a otros. Sin embargo, por otro lado, parece obvio que la Constitución incorpora una cierta visión ética: como muestra Kelsen, la elección misma de un banal procedimiento representa una decisión sustantiva. Por lo tanto, si el argumento quisiera decir únicamente esto sería poca cosa...Defendiendo la interpretación moral en realidad se obtiene la legitimación para proceder a través de continuas ponderaciones derivándose, como efecto en cadena, una difusa labor de concretización de principios (Fabra y Pozzolo, 2015, p.383).

Este nuevo constitucionalismo entra en concordancia con los derechos humanos o derechos fundamentales, y es aquel que encuentra su base teórica o argumentativa en los derechos humanos y no este de aquel. En décadas pasadas la ley ha sido la única fuente del derecho –crisis de la teoría del derecho positivo-, pero en el transcurso de los tiempos, este ha entrado en crisis por no poder suplir las exigencias de la Constitución y de otros fenómenos conexos que exigen una mejor resolución. Con el neoconstitucionalismo se percibe la omnipresencia de la Constitución ya que este ofrece un mejor contenido material como lo son los principios, valores y más derechos fundamentales.

Con la omnipresencia de la Constitución en el ordenamiento jurídico se realiza el control que tiene este en cada precepto legal. Por ejemplo, el Código Civil tutela todo lo relativo a los bienes y la propiedad, pero este debe adecuarse al derecho de propiedad privada constitucional a modo que se alcance el progreso individual y el desarrollo nacional en beneficio de todos los guatemaltecos.



CAPÍTULO IV

El control de convencionalidad

4.1. Concepto

Los derechos humanos son sin duda parte importante del sustento del derecho constitucional a lo interno de los Estados. El poder del Estado, más en concreto ahora, el poder jurisdiccional y político tiene que ajustarse al texto constitucional; sin embargo, este texto constitucional puede ampliarse cuando se está ante derechos humanos. El derecho constitucional en la actualidad tiende a su expansión, por ello, se habla de la internacionalización de los derechos humanos o una constitucionalización del derecho internacional -tema que en páginas posteriores se ampliará- expansión que va cobrando fuerza por ser una época de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Con la finalización de la guerra se van creando instituciones que tienen la preocupación porque se respeten y garanticen los derechos humanos. Ello provoca que los organismos jurisdiccionales supranacionales tengan una intervención directa en la forma que se realiza la función jurisdiccional por parte de los órganos locales, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, buscando así, la certidumbre respecto a los derechos humanos y establecer las pautas mínimas de acción de los Estados Parte.

Como parte de los instrumentos internacionales creados a nivel regional, que desarrollan y amplían los Derechos Humanos, es que surge la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969 –entre otros pactos y sus protocolos adicionales- y como órganos vigilantes de su cumplimiento surgen la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este último guardia e intérprete oficial de la Convención.



La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado esfuerzos efectivos para que se dé cumplimiento fiel a la Convención Americana en lo interno de los Estados y la aplicación de su jurisdicción conforme a dicho convenio. Por ello, ha desarrollado a partir de 2006 la doctrina del “*control de convencionalidad*” o también llamado convencionalismo. “El llamado convencionalismo o control de convencionalidad implica valorar los actos de autoridad interna a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones e interpretando, en su caso por los órganos supranacionales que poseen esa atribución” (Roldan, 2015, p.78). Este control se equipararía con el control constitucional que realizan los Estados a lo interno, por lo que todas las autoridades que realizan funciones jurisdiccionales en un Estado tienen el compromiso de aplicarlo y conocer sobre ello.

El control de convencionalidad constituye la base fundamental de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tal concepto nace, lamentablemente, del expediente de *Myrna Chang vs. Guatemala* en el año 2003, que en su parte conducente estableció:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el derecho Interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Myrna Chang vs, Guatemala*, resolución de fecha 25 de noviembre del 2003).



El control de convencionalidad no se trata únicamente de los textos convencionales, sino también de la jurisprudencia que de manera oficial realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, misma que debe ser reconocida, en nuestro caso por los órganos jurisdiccionales y administrativos. Esta jurisprudencia es consecuencia de la internacionalización de los derechos humanos, por lo tanto, debe tener función integradora con del derecho interno, inclusive con la Constitución, tal como se verá posteriormente.

Esta jurisprudencia concurre a integrar el derecho internacional de los derechos humanos. Fija formalmente el sentido de las normas convencionales y orienta el actuar efectivo de las autoridades en el ámbito interno con la firme referencia en el derecho internacional. La premisa del control de convencionalidad reside en la idea de que la norma de ese carácter obliga al Estado en su conjunto (Roldan, 2015, p.79).

Es obligación de todos los entes estatales verificar la observancia de los derechos humanos y verificar que los actos se ajustan a la convencionalidad, no solo los que ejercen control judicial, sino también los políticos –jurisdiccionales y no jurisdiccionales-. Como es lógico, cuando se lleva a un Estado al juzgamiento por violación activa o por omisión en aplicación de derechos humanos no es un ente específico sobre quien recae la sentencia, sino, en el Estado como tal.

La creciente trascendencia de la intersección del derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos exige una articulación de tal binomio de fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad en aras del afianzamiento real y no solo declamado del sistema de derechos y garantías...Ciertamente, no se escapa que la jurisdicción interamericana ostenta una naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de aquellas de los ordenamientos nacionales (Bazán, 2011, p.19).



No se trata que el control convencional desbarate los procedimientos de las legislaciones internas, sino que el control opere como contribuidor del ordenamiento interno. Por ello, el poder legislativo debe adecuar las leyes a dicho control o en su defecto realizar una interpretación conforme por parte de los órganos correspondientes.

La Corte Interamericana ha manifestado que el control de convencionalidad ha de practicarse dentro de las atribuciones de las autoridades judiciales y conforme al procedimiento establecido en la legislación interna. Para que opere el control de convencionalidad en mejor forma posible, de manera que contribuya al orden jurídico y no aliente desbordamientos que perjudicarían al sistema, es preciso incorporar, en el derecho nacional, disposiciones que recojan este concepto y organicen su aplicación. Estas disposiciones deben abarcar todos los planos de quehacer jurisdiccional y orientar (en forma vinculante) la función de sus titulares (Roldan, 2015, p.80).

Con la internacionalización del derecho constitucional se busca alcanzar que los Estados tengan plena presencia y vigencia de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la aplicación de otros temas aún no regulados. Von, Fix-Fierro y Antoniazzi (2014) indican:

El mecanismo de control de convencionalidad también contribuye a configurar y expandir el *ius commune*. Se trata de un proceso de ajuste a la CADH, que da origen al fenómeno que denomino como interamericanización, caracterizado precisamente por la expansión de los estándares de la Corte IDH en los respectivos órdenes domésticos (p.291).

Con respecto al concepto de control de convencionalidad la misma Corte Interamericana ha establecido que es, lo que se entiende por ello y cómo se debe aplicar:



Es 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 este Tribunal. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p.21).

Este es un instrumento internacional con efectos de obligatoria observancia y cumplimiento; su aplicación y observancia tiene efectos tanto para las autoridades administrativas y no solo judiciales, ello deviene de lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, tal como lo regula el artículo 26: "*Pacta sunt Servando*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y de ser cumplido por ellas de buena fe.". Artículo 27: "El derecho interno y la observancia de los tratados. Un parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de un tratado..."; y, artículos de la Convención American sobre Derechos Humanos: artículo 25: "Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales



competente, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...”; y, artículo 29: “Normas de interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherente al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

4.2. Control convencional concentrado y difuso

4.2.1. Control convencional concentrado

Cuando se habla de control concretado hay que tomar en cuenta que la propia Convención American ha establecido al guardián oficial y máximo intérprete final y ante él se lleva el juzgamiento de los Estados con miras a garantizar a la víctima el goce de sus derechos lesionados o reparar mediante la indemnización en caso que dicho derecho ya haya sido conculcado.

Como se dijo, el concepto como tal nace en el 2003 con el juzgamiento del Estado de Guatemala, y ya en el 2006 se establece de manera oficial la definición y parámetros por parte de la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*; y, en las subsiguientes sentencias se va estableciendo y arraigando la jurisprudencia para que sea observado el control difuso por parte de los Estados Parte, como por ejemplo el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* que dio iniciativa para que el Estado mexicano modificara su Constitución Política. De la sentencia sobre el Estado chileno se puede apreciar la obligatoriedad de los Estados a ejercer el control de convencionalidad y la aplicación de la jurisprudencia que de la misma la ha realizado.



La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, resolución de fecha 26 de septiembre del 2006, párrafo 124).

Sobre este tema es importante contar con la apreciación del juez *ad hoc* interamericano y de origen mexicano Ferrer Mac-Gregor, como uno de los máximos ponentes del control de convencionalidad.

La primera obedece a las facultades inherentes a la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en realidad un control ‘concentrado’ de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada, todo lo cual, cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención...El control de convencionalidad



constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación (en sentido lato) y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales) (Ferrer, 2011, p.368).

Con respecto a la naturaleza de la Corte Interamericana, esta tiene carácter eminentemente jurisdiccional, ya que con base a la supranacionalidad y su reconocimiento por parte de los Estados es que conoce la violación o restauración de los derechos humanos mediante sentencia. Se afirma su naturaleza ya que la Corte Interamericana tiene autonomía propia y al mismo tiempo su funcionamiento se garantiza con base en los principios del poder jurisdiccional como lo son la independencia e imparcialidad.

Otra función importante de la Corte IDH es que la misma tiene competencia en funciones consultivas. Esto quiere decir que dicha opinión no tiene carácter jurisdiccional pues no resuelve alguna controversia, pero sí se considera de carácter vinculante por la tutela de los derechos humanos. Salgado afirma: "Ante determinadas confusiones la Corte IDH ha reiterado que no es un tribunal penal ni puede ser considerado como una tercera o cuarta instancia. Respecto de lo primero, hay que enfatizar que la Corte tiene como función determinar la responsabilidad internacional de los Estados (no de individuos)...(p.479).

4.2.2. Control convencional difuso

El control convencional difuso surge de la necesidad de que los Estados salvaguarden los derechos humanos teniendo como parámetro no solo la legislación doméstica sino la internacional, como lo establecido en la Convención Americana. Este control consiste en el examen que debe realizarse de la Convención Americana, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte con relación a los actos o leyes de un Estado.



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 ha suscrito o se han adherido a CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH... para que también formen parte del bloque de constitucionalidad/convencionalidad (Ferrer, 2011, p.340).

Como se aprecia en el punto anterior, es la propia Corte Interamericana que ha precisado los alcances del control difuso y su aplicación. Esta se debe dar tanto por los órganos jurisdiccionales como por la Administración Pública. Con respecto a este tema, Carbonell considera que el control de convencionalidad evolucionó en una tercera etapa, que confirma que a cualquier juez o tribunal que realice funciones jurisdiccionales tiene la competencia para observar dicho control.

Ya en esta tercera etapa se habla que los jueces –ordinarios y constitucionales– son los destinatarios del control difuso de convencionalidad, para ello es importante traer a colación el voto razonado del juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor, quien ilustra de mejor manera los alcances del control en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

En este sentido, el control concentrado de convencionalidad, lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometido a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este control concentrado lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un control difuso de convencionalidad al extender dicho control a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de intérprete última de la Convención Americana cuando se logra tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.



Como se ha indicado anteriormente, no solo corresponde al control jurisdiccional velar por la aplicación del control de convencionalidad, sino también por los órganos que ejercen el control político o de la Administración Pública. Para Carbonell, esto es conocido como la apertura de la cuarta etapa. Esto se puede apreciar en el caso *Gelman vs. Uruguay*.

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinado por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial (Párrafo 239).

Cuando se aplica el control de convencionalidad, esta tiene como destinatario los actos públicos y que dichos actos se ajusten a lo que establecen las leyes domésticas en materia de derechos humanos y al conjunto de instrumentos internacionales denominados Carta Internacional de Derechos Humanos. Cuando se mencionan leyes domésticas no se puede hacer alusión a leyes en su sentido formal, esta debe entenderse a leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones, etcétera.

Sobre este último, conviene precisar, desde ahora, que el “control difuso de convencionalidad” que adopta la Corte IDH en su jurisprudencia a partir del 2006 no implica, necesariamente, que los países que han aceptado su jurisdicción deban adaptar sus sistemas de control constitucional a uno de



tipo difuso, sino que apliquen ese tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los sistemas existentes (Ferrer, 2011, p.343).

Se trae a colación el tema si este control puede atraer a la propia Constitución y sin ahondar en el tema, ya que el mismo debe resolverse a lo interno de la legislación nacional tal como lo realizó México en el 2011, como se verá en otras páginas. Para ello es importante lo que menciona Sagües citado por Bogdany, Mac-Gregor y Antoniazzi:

Incluso, está igualmente comprendida la Constitución nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la de San José de Costa Rica se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de supra constitucionalidad... Desde luego, esta afirmación no será fácil de digerir por Estados para los cuales los tratados internacionales son leyes comunes, o aquellos otros en los que, en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución... Este nudo de la cuestión será, probablemente, el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad (Bogdany, Mac-Gregor y Antoniazzi, 2010, p.457).

La anterior cita tiene gran importancia, ya que para Guatemala la controversia fue latente en la década de los noventa y principios del siglo XXI, ello en virtud de que se ha considerado que la Constitución es el único parámetro para determinar la constitucionalidad de las leyes y de un instrumento internacional, en observancia del principio de supremacía constitucional, lo cual fue variando hasta aceptar que dichos instrumentos pueden estar al lado de la Constitución Política, siempre y cuando no contradigan los preceptos constitucionales. Sin embargo, aún no ha existido algún caso que obligue a la Corte de Constitucionalidad a expulsar una norma internacional en materia de derechos humanos por contradecirla.



4.3. Internacionalización del derecho constitucional

Los derechos humanos en la historia han pasado varias etapas y una de ellas fue su institucionalización al derecho positivo y posteriormente su internacionalización. “Si esta transformación tiene lugar en un nivel de jerarquía del sistema jurídico que puede llamarse constitucional, los derechos humanos se transforman en derechos constitucionales. La incorporación de un catálogo de derechos humanos en el nivel más alto posible del sistema jurídico...” (Alexy, 2004, p. 60). Claro, a lo interno de los Estados cuando se incorporan a los textos constitucionales, puede ser que esta idea sea errónea si se piensa que los únicos derechos son los que se encuentra en la positivación constitucional y por ello son los únicos del parámetro constitucional.

Después de la guerra surge la preocupación por la protección y garantía de los derechos humanos y en las Constituciones empiezan a reconocer algunos derechos; pero después de un tiempo se ha notado que ello no era suficiente ya que los mismos seguían siendo vulnerados –como por ejemplo en Guatemala y su conflicto interno-. Ello provocó que los Estados se reunieran para emitir instrumentos internacionales donde se reconocieran y protegieran los derechos, pero a nivel estándar e internacional. Para ello se crearon órganos que salvaguardarían dichos derechos.

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de internacionalización del derecho constitucional (de los derechos humanos). El derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los Estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el derecho internacional de los derechos humanos... (Ferrer, 2011, p.346).

La teoría del Estado pasa así de estudiar exclusivamente a los órganos de poder político a interrelacionarlos con los derechos humanos.



En ese sentido, en conjunción con ese movimiento, a los Estados no les queda más que adecuarse al segundo piso de los derechos humanos, haciendo suyos los derechos que se desprenden del mismo. Las Constituciones más modernas, aquellas que datan de finales del siglo pasado hacen hincapié en los derechos humanos creando un sistema que privilegia la incorporación de los mismos derivados del derecho internacional, con lo cual se fortalece o amplía el marco jurídico que tiene el individuo en lo interno. Un reto es que ese movimiento permee a todos los poderes en la aplicación, legislación y aplicación de la legalidad. De ahí la importancia de un sistema constitucional de recepción del derecho internacional de los derechos humanos (Becerra, 2006, p. 67).

El proceso de internacionalización puede ser visto en tres etapas. La primera, el sistema universal que comprende la Carta de las Naciones Unidas de 1945 y que tiene como antecedente la fallida Sociedad de Naciones, surgida en la Primera Guerra Mundial; dicha internacionalización se puede apreciar con claridad y por la preocupación por los derechos humanos establecido en el preámbulo: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante su vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indelebles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”.

Con este instrumento surge la Comisión de Derechos Humanos, comisión que tuvo como tarea la de realizar el proyecto de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en 1948. La Declaración Universal constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional humanitario.

A partir de entonces se ha venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, alguno de ellos, por su importancia y a manera de textos básicos, se le han denominado



en su conjunto como la Carta Internacional de los Derechos Humanos (Ferrer, 2011, p.347).

Con la emisión de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos se crean órganos que velarán por la efectividad y garantía de tales derechos. El órgano más importante de la Organización de las Naciones Unidas a nivel mundial lo constituye la Corte Internacional de Justicia y posteriormente se crearon otros, entre estos la Corte Penal Internacional en el año 2002.

La segunda etapa la constituye la creación de sistemas regionales de protección de derechos humanos, entre ellos se pueden mencionar al sistema europeo, el interamericano y el africano. El sistema europeo surge de la creación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en 1950. El sistema interamericano tiene como antecedente máximo la Carta de la Organización de los Estados Americanos en 1948 y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el mismo año. Estos instrumentos sirven de fuente para la creación de la Convención Americana de Derechos Humanos en la ciudad de San José Costa Rica en 1969 y en vigor a partir de 1978, mismo que se complementa con sus protocolos adicionales. Este sistema cuenta con dos órganos de salvaguardia como lo es la Comisión Interamericana con sede en Washington, D.C y la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José Costa Rica. El sistema africano como el más reciente, tiene su fuente máxima en la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos creada en 1981 y vigente en 1986, conocida como Carta de Banjul. La Carta de Banjul prevé como salvaguardas a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

La tercera etapa la constituye el derecho comunitario, que no es más que la integración de naciones y su común internacionalización de su derecho constitucional. Tiene como objetivo crear condiciones favorables de libertad, igualdad y seguridad para



sus ciudadanos, el ejemplo máximo se tiene con la Unión Europea, que persigue fines comunes e ideología a fines.

Desde otro punto de vista también se estudia la constitucionalización del derecho internacional. Esto quiere decir el ingreso de normas internacionales a las Constituciones Políticas de los Estados, ingreso que puede darse por cláusulas de integración e interpretación como lo ha establecido el constituyente para Guatemala –lo que ha generado disparidad de jurisprudencia-. Otra forma es la codificación normativa expresada en el texto constitucional como lo ha realizado el Estado de México, no necesariamente al incluirlo en el catálogo de derechos fundamentales.

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye el otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos cada vez son más los Estados latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal... La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales puede constituir parte del bloque de constitucionalidad... Lo anterior es un paso significativo hacia un bloque de convencionalidad o, si se refiere, de un paso significativo hacia el bloque de constitucionalidad al estar aquel incorporado en el parámetro de constitucionalidad (Ferrer, 2011, p.357).

4.4. Interpretación conforme y principio *pro persona*

Se ha hablado de la incorporación de normas internacionales en materia de derechos humanos al derecho interno. Esto no quiere decir que dichas normas tengan carácter reformador de normas constitucionales o derogatorias, pero sí complemento de las normas ordinarias. Actualmente, de acuerdo con el principio *pro persona*, lo que se busca es una armonización del derecho nacional con el derecho internacional. De ello deriva la interpretación que busca, por medio de la técnica hermenéutica, que los



derechos nacionales e internacionales sean interpretados conforme a los valores propios de los instrumentos internacionales.

No se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona*, y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales (Ferrer, 2011, p.358).

La tendencia con la constitucionalización de los derechos humanos es que se están incorporando cláusulas de interpretación normativa que favorezcan a la persona humana en todo momento, tratando de no generar el conflicto de la preeminencia del derecho internacional sobre el derecho nacional, sino lo que produce mayor satisfacción.

En realidad, la interpretación del derecho interno conforme a la normativa internacional implica la interpretación del mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales son derecho nacional (de fuente internacional) una vez son debidamente incorporados, como lo ha enseñado Fix-Zamudio desde hace décadas (Ferrer, 2011, p.358).

En el ámbito nacional, esta armonización del derecho internacional y derecho constitucional provoca el denominado Bloque de Constitucionalidad, según lo establecido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, no siendo el país ajeno a dicha tendencia ya que en el texto constitucional según la citada Corte, ha previsto esta interpretación conforme en observancia del principio *pro persona*. Aunque no parezca muy claro y ello ha creado discordancia, como se observa en la redacción del artículo 46: *“Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tiene preeminencia sobre el derecho interno”*.



La armonización en sede interna de la norma internacional permite una mejor más amplia efectividad de los instrumentos internacionales. La doctrina estudia este tema en tres modelos distintos que constitucionalmente pueden darse.

a) Jerárquico. Se ubica a los tratados internacionales que contienen normas protectoras de la persona al mismo nivel de la Constitución. Por ejemplo, en las Constituciones de Guatemala (1985) o Argentina (reforma integral de 1994). b) Interpretativo. A través de una cláusula de interpretación conforme de los derechos reconocidos en las Constituciones con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Es el caso de las Constituciones de Portugal (1976), España (1978) y Perú (1993). c) Un modelo mixto, que adopta tanto la relevancia constitucional de los tratados como una cláusula de interpretación conforme. Se trata de un diseño presente principalmente en algunas de las últimas Constituciones de América Latina, en el que se asumen las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales como un marco normativo de índole constitucional (lo que deriva en el llamado "bloque de constitucionalidad"), pero que incluye también una cláusula de interpretación conforme, así como el principio *pro persona* en algunos casos. Por ejemplo, las Constituciones de Colombia (1991), Bolivia (2009), República Dominicana (2010) y México (2011) (Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, 2014, p.165).

Existe una optimización de los derechos humanos a través de la legislación interna o internacional, pero, no se puede obviar que los mismos no pueden ser absolutos por las restricciones que se pueden permitir en algunos casos como la libertad. Para determinar las restricciones debe realizarse un análisis a través de una ponderación para asegurar si es limitado el derecho o el mismo arroja un resultado más benéfico para la persona. No se puede restringir un derecho a falta de contenido interno, por ello es que los instrumentos internacionales sirven para complementar los derechos no previstos. Tampoco se puede interpretar la restricción de un derecho por



preceptos que facultan a las autoridades; sus atribuciones no pueden ser vistas como limitaciones de derechos. En este caso se deberá buscar ajustar la actuación de su competencia con relación a los derechos humanos.

Como se dijo anteriormente, cuando se aplica la interpretación conforme se está tutelando el principio *pro homine o pro persona*, se busca una interpretación jurídica que dé mayor protección cuando se trata de derechos protegidos y una interpretación limitada en el caso en que se restrinja un derecho.

Este principio se aprecia en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece: *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”*.

El principio *pro persona* busca que se interprete extensivamente las normas que consagran derechos o en su defecto cuando se limiten, se interprete de forma restrictiva.

...es un criterio hermenéutico que informa que todo el derecho de los derechos humanos, en virtud de la cual se debe acudir a las normas más amplias, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al



ejercicio de los derechos o su expansión extraordinaria. Este principio coincide con el rango fundamental del derecho de los derechos humanos esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 2013, p.19).

4.4.1. Cláusula de interpretación conforme México vs. Guatemala

Se ha hablado anteriormente de la controversia del ingreso e interpretación de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al sistema jurídico guatemalteco –constitucionalización del derecho internacional- y que ello ha provocado discrepancias en la Corte de Constitucionalidad y los juristas al momento de su aplicación e interpretación. Para el tema central del presente escrito es necesario hacer una comparación entre legislaciones afines, como es la del Estado mexicano, con el objeto de determinar si el mismo puede despejar dudas, para así tener una mejor aplicación de las normas internacionales que desarrollan los derechos humanos.

México, como parte de la región latinoamericana, ha estado evolucionando y dando pasos agigantados en materia de derechos humanos, por ello es que existe basta doctrina que ha desarrollado sobre el tema. En el 2011 el Estado mexicano inicia una nueva era de cómo entender el derecho humanitario, ello, colocando a la persona humana como eje central del ordenamiento jurídico. Esto se debe a ciertas situaciones, entre ellas lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; por la reforma constitucional del artículo 1.º desde el 11 de junio del 2011 y la aceptación expresa del control de convencionalidad difuso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Este lo conoció la Corte dentro del expediente 912/2010. Dentro de esta última sentencia también ha de destacarse que la Corte Suprema de Justicia la Nación estableció los límites de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en los que se aplica la supremacía constitucional, como se verá más adelante.



Anteriormente, se ha transcrito lo que establece al respecto la Convención Americana sobre de Derechos Humanos y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sin embargo, lo que interesa en este apartado es lo que estableció el constituyente en la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que fue modificado y redactado de la siguiente manera:

Artículo 1. 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 los casos y bajo 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.

En el artículo transcrito se observa que el Estado mexicano ha realizado una integración de varios temas que se han tratado anteriormente como los son: la constitucionalización del derecho internacional otorgándole rango constitucional a cualquier instrumento, claro que con sus limitaciones –como se verá en otro apartado-, lo que generaría un bloque de constitucionalidad sin controversia. Asimismo, una interpretación en donde se vela por el principio *pro persona*, no dando lugar a una interpretación que genere confrontación entre los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la legislación interna. Así, despejas dudas sobre la jerarquía normativa y la constitucionalidad de las leyes en materia de derechos



humanos, dando lugar a una interpretación que dé mayor protección a la persona aplicando indistintamente la Constitución, la ley o un instrumento internacional.

Y, por último, con relación al criterio de convencionalidad es interesante cómo el tercer párrafo hace la integración de los principios y la observancia obligatoria no solo para los que ostenten el Poder Judicial, sino, para cualquier autoridad que se encuentre en la observancia de los derechos humanos (control difuso). Ferrer (2011) indica:

Esta apertura, evidentemente, amplía el parámetro para ejercer el control difuso de convencionalidad; es decir, se extiende más allá del *corpus iuris* interamericano y de su jurisprudencia, para comprender ahora todos los derechos humanos previstos en los tratados internacionales (en general) y los criterios interpretativos que emitan los órganos que conforme al mismo tratado se encuentren legitimados para interpretarlos, especialmente los tribunales internacionales (como puede ser los emitidos por el Tribunal Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional o el Tribunal Internación del Mar), dado que eventualmente, pueden producir criterios en materia de derechos humanos (p.345).

El Estado mexicano ha dado pasos adelante en materia de derechos humanos con la reforma constitucional, en donde se despejan dudas al momento de realizar una interpretación y al momento de la aplicación de derechos humanos por parte de los órganos jurisdiccionales. El problema para Guatemala ha radicado generalmente en establecer lo que se debe entender por derecho interno. El ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad del Estado de Guatemala Juan Francisco Flores, al respecto indica:

El artículo 46 constitucional...ha generado profunda discusión sobre el tema, ya que el precepto transcrito pareciera revelar la prevalencia del Derecho Internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno; la denominación "derecho interno", según una de las tendencias, es comprensiva de todo el orden jurídico guatemalteco, el cual da inicio con



la magna carta y concluye con las disposiciones reglamentarias. Así lo entienden calificadas opiniones como las de Kelsen, Verdross, Austin y Triepe, para quienes el derecho interno de un Estado principia con sus normas fundamentales (Flores, 2009, p.158).

Como guardián e intérprete final de la Constitución, ahora cabe consultar lo que al respecto ha establecido la Corte de Constitucionalidad de Guatemala y para ello hay que remontarse al año 1990:

... Esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe entenderse en su forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en puga a las distintas cláusulas del texto. En primer término, el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde en su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución...el artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocerse ninguna superioridad sobre la Constitución, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tienen problema, pero si entrare en contradicción con la carta magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantiza su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o refrendo popular, según el caso, tiene facultad



reformadora de la Constitución (Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 280-90. Fecha de sentencia: 19/10/1990).

Como se observa en la sentencia consultada, para que la norma internacional en materia de derechos ingrese al ordenamiento jurídico guatemalteco debe cumplir con las siguientes condiciones: a) Que las disposiciones internacionales no pueden ser interpretadas o considera aisladamente, por lo tanto, deben armonizar con la Constitución y con el resto del derecho interno; b) Si armonizan con la Constitución deben ser consideradas normas constitucionales; c) Si no armonizan con la Constitucional implica que las mismas no pueden ingresar al ordenamiento jurídico por tener carácter reformador o derogatorio; y d) Se debe observar el principio de supremacía constitucional, lo que quiere decir que ninguna norma que ingrese por vía del artículo 46 constitucional puede ser superior a la Constitución, lo cual parece acertado, si tomamos en cuenta la doctrina de la recepción de derecho internacional al derecho interno y la dependencia de aquel a la Constitución Política para poder surtir efectos.

Es interesante también mencionar que dentro de la sentencia del Estado de México emitida por la Suprema Corte de la Justicia de la Nación dentro del expediente 912/2010, se han señalado límites al derecho convencional. Asimismo, se ha establecido que la jurisprudencia en el caso que el Estado sea parte surte efectos por dictarse cosa juzgada y en otros servirá de parámetro orientador.

Con relación al control de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido, de acuerdo con la sentencia citada: *"De este modo, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica en la sentencia que analizamos si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1.º y 33 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial"* (párrafo 30). Con lo anterior,



se denota que no existe un control de convencionalidad de forma absoluta, ya que también debe haber un parámetro constitucional de acuerdo con lo que establecen los artículos en mención.

Con relación a la obligación a determinar la constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces, se estableció en la sentencia citada: *“Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación”* (párrafo 32).

En el caso de que las sentencias de la Corte Interamericana transgredan la Constitución se ha señalado: *“El señor ministro Franco González precisó su salvedad en el sentido de que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación, salvo en el supuesto en que esta Suprema Corte de la Justicia de la Nación estime que trasgreden la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*. Como se puede apreciar, no se deja a un lado la supremacía constitucional y ello se debe a ciertos principios que no pueden transgredir el derecho internacional, como lo son la soberanía de los Estados, la autodeterminación de los pueblos y que el texto constitucional es la base del derecho internacional.

Con relación a la restricción de los derechos humanos o fundamentales por parte del texto constitucional, estos son válidos ya que cada realidad nacional es distinta y claro que Guatemala no es ajena a ello. Esto fue afirmado por la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en la resolución de Contradicción de Tesis 293/11, el cual estableció: *“De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales...se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1.º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos*



humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio de la supremacía comporta el encubrimiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acorde con las mismas, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado...” (Sección sexta, p.65).

Con relación a si la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para un Estado, se considera que puede tener carácter orientador y progresista por los derechos allí desarrollados y por la protección que se le debe dar a los derechos humanos. Sin embargo, no considero válido crear la idea de modificación de las restricciones a los derechos fundamentales dadas por la Constitución Política, por el contexto de realidad nacional y social. De acuerdo con la sentencia última citada, la Suprema Corte de la Justicia de la Nación del Estado de México estableció un criterio al respecto que bien podría aplicarse en Guatemala: *“En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no pretende ni puede sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debe hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente implique una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho en específico deberán ser resueltos...con base en el principio pro persona” (pág. 58).*

Es interesante observar que en el país vecino se ha dado una gran revolución con respecto a los derechos humanos, al derecho convencional y al derecho constitucional. De acuerdo con las sentencias citadas, el Estado de México se vio en la necesidad de cambiar su texto constitucional de acuerdo con los requerimientos internacionales en materia de derechos humanos, despejando dudas con respecto al alcance del derecho internacional con el derecho interno, estableciendo una marcada tendencia del principio *pro persona*. También, se ha establecido que los derechos



humanos cuentan con restricciones internas y que estos deben prevalecer, como se dijo, de acuerdo con la realidad nacional y supremacía de la Constitución. Asimismo, de acuerdo con la contradicción de tesis se ha establecido que la jurisprudencia interamericana no puede sustituir la nacional o contradecirla, sino debe ser colaborativa.



CAPÍTULO V

Concordancia entre los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala

5.1. Antecedentes jurisprudenciales

En los capítulos anteriores se ha presentado un panorama general en materia de derechos humanos así como el alcance de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su intérprete y guardián oficial como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se ha estudiado el plano supranacional de los órganos internacionales y la fuerza de sus decisiones en los Estados Parte por la cuota de soberanía otorgada, el control del Poder Judicial y político de los órganos del Estado como garantes de los derechos humanos, responsables de los actos que estos emitan y el funcionamiento de los controles nacionales y supranacionales. Por último, se ha visto el concepto, alcance y definición del bloque de constitucionalidad y el control de convencionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se ha detectado que el Estado de Guatemala, durante la vigencia de la actual Constitución Política, ha evolucionado en etapas o instituciones constitucionales: la primera es la supremacía constitucional y la rigidez de la Constitución como único parámetro de confrontación de las leyes nacionales e internacionales. La segunda es el bloque de constitucionalidad por incorporación de instrumentos internacionales teniendo como base el artículo 46 de la Constitución según lo establecido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, que dista de la forma de aplicación original. Por último, el control de convencionalidad como nueva fraseología o concepto emitido por la Corte Interamericana como nueva tendencia en interpretación y aplicación de los derechos humanos. Hay que aclarar que es a partir del año 2003 que se crea el concepto de control de convencionalidad, por lo que es lógico que antes de esta fecha aún no se tenía contemplado en la doctrina constitucional tal concepto. Por ello, el análisis del presente trabajo se lleva a cabo a partir del año 2006, época en que se



especifican los alcances, efectos y uso formal de la fraseología del control de convencionalidad hasta el año 2015 por estar ya arraigado el concepto en la expresión común.

Considero prudente mencionar algunos aspectos históricos sobre la evolución de la jurisprudencia guatemalteca. Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de la República de Guatemala en 1985, esta se encontraba a las puertas de una era de globalización y de las telecomunicaciones, lo que provocaría que la sociedad civil, tribunales de justicia y tribunales constitucionales poseyeran más alcance en los avances en materia de derechos humanos y las nuevas tendencias doctrinarias en materia constitucional. Aunado a ello, a finales de la década de los noventa y principios de nuevo siglo, el Internet se volvería el instrumento ideal para perfeccionar las comunicaciones y tener el conocimiento de las innovaciones doctrinarias en materia de derechos humanos que realizaban los órganos supranacionales, tal es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián e intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el año 1990, en Guatemala, se tienen nuevas visiones sobre la forma de interpretación del derecho constitución a la luz de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Ello se establece en la sentencia 280-90 de la Corte de Constitucionalidad, misma que consagra la supremacía constitucional o jerarquía normativa al determinar que un instrumento internacional ingresa al ordenamiento jurídico interno con carácter constitucional, siempre y cuando armonice con el derecho interno, no contravenga la Constitución y jamás sea superior a la norma suprema. Lo anterior, determinará que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos jamás podrían ser superiores a la Constitución, lo cual es sano según lo considero por lo indicado en páginas atrás. Asimismo, dicha interpretación sería materia de análisis por los doctrinarios guatemaltecos, por no determinarse lo que debe entenderse por derecho interno. En el derecho comparado, específicamente México, tales problemas de interpretación fueron suprimidos con base en la reforma constitucional motivada por la condena contra ese Estado mexicano en el 2010 por la



Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, se establecieron los alcances y efectos del artículo 46 de la Constitución Política de Guatemala, de acuerdo con el bloque de constitucionalidad que fue objeto de interpretación por la Corte de Constitucionalidad.

Dentro de las sentencias de la década de los noventa, en la que puede verse marcada la idea de que la Constitución es el único parámetro de confrontación, inclusive sobre instrumentos en materia de derechos humanos, se observa dentro del expediente 131-95 por parte de la Corte de Constitucionalidad, lo siguiente:

...Los tratados y convenios internacionales –en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos- no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o norma, pues si bien es cierto, el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia sobre esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que, en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional, prevalecerá esta última; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad, en lo referente a este punto, debe declararse que no se da la violación a ninguna norma de la Constitución Política de la República... (Corte de Constitucionalidad. Fecha de sentencia: 12/03/1997).

En esa década al juez ordinario le pudo haber generado dificultades al momento de aplicar un instrumento internacional en materia de derechos humanos, inclusive, en ese tiempo se podría pensar que dicha interpretación podría provocar responsabilidad internacional del Estado al confrontar tal acto con lo que establecido el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Aparentemente, en la década



de los noventa la Corte de Constitucionalidad aún no contemplaba de forma completa la idea de que las normas internacionales en materia de derechos humanos podrían estar al lado de la Constitución con base en la preeminencia del derecho humanitario y las nuevas doctrinas del derecho humanitario.

Otra de las sentencias más claras con respecto al presente punto y haciendo alusión directamente a la Convención American sobre Derechos Humanos es la emitida dentro del expediente 334-95 de la Corte de Constitucionalidad, que en su momento señala lo siguiente:

... La inconstitucionalidad permite analizar la compatibilidad de una norma de inferior jerarquía respecto de la Constitución, y requiere un análisis comparativo entre una y otra a efecto de que la norma impugnada se mantenga dentro del ordenamiento jurídico o, en su caso, se le excluya del mismo. En consecuencia, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no es parámetro de constitucionalidad... (Corte de Corte de Constitucionalidad. Fecha de sentencia: 26-03-1997).

De la sentencia anterior, se puede establecer aún un criterio rígido, pero que posteriormente estaría evolucionando a un bloque de constitucionalidad hasta llegar a un control convencional pleno. Es interesante ver cómo la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ha estado en constante evolución, en la cual se van incorporando nuevos parámetros para entender el derecho internacional de los derechos humanos y la confrontación constitucional a que está sujeta hasta llegar a la constitucionalización de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Siguiendo con la evolución de la Corte de Constitucionalidad es necesario traer a colación lo dictado dentro del expediente 12-2004 y 213-2004, donde se puede apreciar que la Corte de Constitucionalidad ha determinado que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no pueden ser expulsados del ordenamiento jurídico a través de la inconstitucionalidad. Esto por imperar en ellas el *ius cogens* de los



instrumentos internacionales, teniendo estos derechos un trato distinto al de las normas internacionales que no contengan derechos humanos.

Los tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala forman parte de su ordenamiento jurídico, sujetos al principio de supremacía constitucional y, por lo mismo, susceptibles del control de constitucionalidad de las normas. Estas afirmaciones aplican respecto de los instrumentos y normas internacionales que Guatemala ha aceptado, salvo lo referente a las normas de *ius cogens* en materia de derechos humanos, que por virtud de los artículos 44, 46 y 149 constitucionales presentan algunas especificidades e implicaciones distintas. De esa cuenta, los instrumentos internacionales convencionales que Guatemala ha aceptado y ratificado, que no regulan materias de derechos humanos, y que puedan presentar alguna incompatibilidad con la Constitución, es pertinente expresar que si bien están sujetos al control de constitucionalidad de las normas, la declaratoria que en tal sentido pueda emitir esta Corte carece de efectos modificatorios o derogatorios del tratado o convenio de que se trate, en el ámbito del derecho internacional, pero tiene plenos efectos *erga omnes* respecto del derecho interno, por lo que, en caso una regulación de carácter internacional –convencional-, aceptada y ratificada por Guatemala, sea declarada inconstitucional por esta Corte, no podrá ser aplicada o invocada dentro del Estado ni por el mismo o sus funcionarios y habitantes, circunstancia que no afecta su validez en el ámbito internacional ni los efectos e implicaciones que ello conlleve en esa competencia (Expedientes acumulados. Fecha de sentencia: 20/07/2004).

De la anterior sentencia, es importante mencionar que de acuerdo con la Corte de Constitucionalidad para la expulsión de una norma internacional que contenga protección o desarrollo de algún derecho humano, su forma de impugnación sería de acuerdo con los actos internacionales regulados por la Convención de Viena sobre el



Derecho de los Tratados. Como se puede apreciar, la Corte de Constitucionalidad innovó su jurisprudencia al tratar el tema del derecho convencional, estableciendo un nuevo parámetro para determinar la constitucionalidad de la norma convencional.

Como se ha mencionada en otras páginas, la Corte de Constitucionalidad ha hecho esfuerzos para proteger a los grupos vulnerables, siendo uno de estos grupos los que se encuentran afectados en la salud. Ello se observa dentro de la sentencia del expediente 2266-2003, en la cual se hace un control de convencionalidad, aun cuando el concepto o fraseología aún no se daba por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

Diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, coinciden con la Constitución en el reconocimiento del derecho a la salud, como un derecho social; de ellos, merecen especial mención dos del Sistema Interamericano: La Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José-, (en vigencia desde el dieciocho de julio de mil novecientos setenta y ocho -Guatemala la ratificó el veintisiete de abril de ese año-), dispone en su artículo 2, que los Estados Parte deben adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos endicho instrumento. En su artículo 26 establece el compromiso de adoptar medidas para lograr 'progresivamente' la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador- (ratificado por Guatemala el 30 de mayo de 2000) contempla, en su primer artículo, la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias, "hasta el máximo de los recursos disponibles", para lograr 'progresivamente' la plena efectividad de los derechos reconocidos en el mismo. El derecho a la salud está reconocido en su artículo 10, estableciéndose como una de las medidas tendientes a



garantizar tal derecho, "...d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole..." (Fecha de la sentencia: 02/08/2004).

En la anterior sentencia se manifiesta claramente que la Corte de Constitucionalidad ha tenido presente los compromisos internacionales, lo cual provoca satisfacción para la presente investigación, ya que se tiene una Corte que ha estado en constante evolución en las instituciones modernas del derecho constitucional y que no ha dejado de tutelar los derechos humanos como el de la salud, tal como se apreció en la sentencia anterior.

En Guatemala, hasta la fecha, no ha existido una controversia o expediente en la se determine o la Corte asuma una postura de declaratoria de inconstitucionalidad de un instrumento internacional en materia de derechos humanos como lo ha realizado la Suprema Corte de la Nación del Estado mexicano. De ello, si sucediera, consideroque, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales analizados, se estaría en el mismo sentido de su no aplicación por contradecir la Constitución Política de la República haciendo valer así la supremacía constitucional por ser la voluntad soberana del pueblo guatemalteco.

Como se ha mencionado, los pueblos originarios han sido a lo largo de la historia social de Guatemala los más vulnerados desde la llegada de los conquistadores; y, quienes han sufrido el despojo de las tierras que alguna vez poseían. Por ello, la Corte de Constitucionalidad en el año 2007 invocó el derecho convencional de los pueblos indígenas y en específico la consulta a dichos pueblos que puedan afectar su cultura, salud, entre otros. Dicha resolución se basó en el Convenio 169 de la OIT sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interracial sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, entre otros. Esto se observa en la sentencia dentro del expediente 3878-2007.



Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes –ratificado por Guatemala en mil novecientos noventa y seis–, en cuyo artículo 6, numeral 1, está dispuesto: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...” y en el numeral 2 del mismo artículo: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas...”. Posteriormente, en el artículo 15, numeral 2, figura establecida, en lo que concierne puntualmente al supuesto de la explotación minera: “En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados...”. Vale destacar que la propia Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha enfatizado la importancia que revisten esos preceptos y el derecho inmerso en ellos dentro del conjunto total de dicho instrumento internacional, al afirmar que el espíritu de consulta y participación constituye la piedra angular del Convenio, en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo [observaciones individuales dirigidas a Dinamarca y Paraguay dentro del Informe general rendido en el seno de la nonagésima primer reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en dos mil tres]. En sintonía con esa idea, esta Corte ha señalado que tal convenio, considerado en su integridad, propicia la participación en la planificación, discusión y toma de decisiones de los problemas que le conciernen a un pueblo indígena y



reafirma y afianza los principios democráticos sobre los que se asienta el Estado de Guatemala [Opinión consultiva de veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco, dictada en el expediente ciento noventa y nueve – noventa y cinco (199-95)] (Fecha de sentencia: 21/12/2009).

De la sentencia anterior, se agrega que la misma fue declarada con lugar para las poblaciones originarias, ya que al permitir que se extrajeran minerales en tierras de pueblos originarios sin su consulta, de transgredía la convencionalidad que les asiste a los pueblos.

Ya, a inicios del nuevo siglo, la región empieza a desarrollar una nueva tendencia hacia la protección de los derechos humanos y ello se haría a través del control de convencionalidad y, precisamente, dicha fraseología surge de la responsabilidad del Estado de Guatemala hacia la falta de protección de los derechos humanos. Ya en 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta jurisprudencia en la que define los efectos y alcances del tal control de convencionalidad, lo cual trae la idea de que los países de la región se acoplarían a dichos parámetros por ser parte de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por ello, es importante traer nuevamente a colación la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del año 2006, ya que a partir de dicha sentencia se aclara y especifican los alcances del control de convencionalidad y posteriormente su mayor desarrollo.

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el



Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, interprete última de la Convención Americana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, resolución de fecha 26 de septiembre del 2006, párrafo 124).

Es a partir del 2006 que la Corte Interamericana invita a los Estados parte de la Convención Americana a la obligatoria observancia del ejercicio del control convencional entre las normas jurídicas internas y la Convención con un nuevo parámetro y fraseología o concepto. Asimismo, establece que dicha jurisprudencia deber ser tomada en cuenta para los fallos que se emitirán en el futuro. Con relación a la observancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte de la Corte de Constitucionalidad se puede apreciar en la sentencia dentro del expediente 929-2008, en la cual se estableció:

De hecho, vale destacar que el carácter permanente con el que aparece tipificada la desaparición forzosa en el Código Penal se encuentra en consonancia con el contenido de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –ratificada por Guatemala el veinticinco de febrero de dos mil–, en cuyo artículo III aparece dispuesto: "Los Estados Parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima (...)". Conteste con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado en su jurisprudencia que la desaparición forzada de personas



constituye, salvo la existencia de prueba en contrario, un delito de carácter permanente y continuado, que como ello indica, y valga la redundancia, aún hoy se está cometiendo [Sentencias de veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y ocho y dos de julio de mil novecientos noventa y seis, dictadas con ocasión de los Casos Velásquez Rodríguez vs. Honduras y Blake vs. Guatemala, respectivamente] (Fecha de sentencia: 25/03/2008).

Con relación a la integración de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que pueden ser parámetro de constitucionalidad de una ley, la Corte de Constitucionalidad ha hecho uso de bloque de constitucionalidad, y es hasta el año 2011 que establece su alcance, contenido y efectos. Esto se puede apreciar dentro del expediente 1822-2011, que fue parte del análisis en capítulos anteriores. Lo indicado se observa dentro del expediente 3879-2007, que estableció:

Como puede advertirse, el consentimiento y/o la ratificación de lo dispuesto en los documentos multilaterales antes enumerados supone para el Estado de Guatemala, en síntesis, el compromiso internacional de asumir una posición definida acerca del derecho de consulta de los pueblos indígenas, expresada en varios componentes: (i) su reconocimiento normativo propiamente dicho y, por ende, su inserción al bloque de constitucionalidad como derecho fundamental, por virtud de lo establecido en los artículos 44 y 46 de la carta magna; (ii) consecuentemente, la obligación de garantizar la efectividad del derecho en todos los casos en que sea atinente; y (iii) el deber de realizar las modificaciones estructurales que se requieran en el aparato estatal –sobre todo en cuanto a la legislación aplicable– a fin de dar cumplimiento a esa obligación de acuerdo con las circunstancias propias del país... (Fecha de sentencia: 21/12/2009).



Ya en la segunda década del nuevo siglo, como se ha mencionado, inicia una nueva era en la internacionalización de los derechos humanos, no porque esto sea nuevo, sino por la evolución y cambió al cual está sujeto el derecho, aunado a los avances de las telecomunicaciones y la era de globalización. Como se mencionó, la Corte de Constitucionalidad siempre ha hecho uso del bloque de constitucionalidad, tal como se aprecia en el expediente 1940-2010, en la cual se estableció:

La concurrencia de agravio es indispensable entre otros elementos para la procedencia del amparo, sin embargo, tal acontecimiento no acaece necesariamente en las resoluciones contrarias a los intereses de las partes, sino en la evidente o demostrable violación a los derechos que la Constitución Política de la República de Guatemala y las otras normas del bloque de constitucionalidad disponen. En ese sentido, si la norma especial asigna el reglado proceder de quienes invoquen los derechos en ella regulados, no pueden inobservarse sin consecuencias, por lo que, en el evento de que se incumpla con las exigencias dispuestas en aquellas leyes, la violación denunciada en amparo que resulte imputable a tal actitud, es irrelevante para la esfera constitucional (Corte de Constitucionalidad. Expediente 1940-2010. Fecha de sentencia: 25-01-2011).

Después de haber transcrito algunas sentencias de la Corte de Constitucionalidad con relación a su evolución, a su postura sobre las normas internacionales en materia de derechos humanos y en los casos donde es viable aplicar el control de constitucionalidad es oportuno determinar si la hipótesis planteada puede confirmarse o desvanecerse, esto último ya que de acuerdo con la jurisprudencia citada, se ha estado determinando una evolución satisfactoria acorde a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado de Guatemala.



5.2. Confrontación jurisprudencial

Ahora es momento de determinar por medio de la confrontación de resoluciones de ambas cortes, si se ha cumplido con los parámetros internacionales en materia de derechos humanos y se ha observado el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 29 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Como se vio anteriormente, en la década de los noventa o finales del siglo pasado, la Corte de Constitucionalidad tenía una marcada postura con relación al parámetro constitucional, por ello es que la presente se analizará a partir del año 2006 con el objeto de determinar si ha existido contradicción con la jurisprudencia generado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es importante aclarar, que no es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del 2006 haya aplicado el Control de Convencionalidad, pues este control le deviene realizando desde su creación o instauración, lo que se ha generado a partir de dicho año es la terminología o fraseología y su innovación jurisprudencial.

Con relación a la Corte de Constitucionalidad en el 2011 se pronunció sobre la inconstitucionalidad general planteada a la Ley de Armas y Municiones, Decreto 15-2009 del Congreso de la República, manifestando que dicha ley establecía ciertos privilegios a un grupo determinado o personas que trabajaren para fuerzas de seguridad del Estado, en la cual los postulantes indicaron que deviene contrario al artículo 4 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para la resolución del presente caso la Corte de Constitucionalidad hizo valer la norma interna, toda vez que el mismo se encontraba en armonía con lo establecido con el artículo 38 y 4 de la Constitución Política de la República. Al respecto la Corte de Constitucionalidad estableció su postura dentro del expediente acumulado 2123-2009 y 2157-2009:

...En cuanto a la norma del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, cabe mencionar que este Tribunal, en reiteradas oportunidades, ha sostenido que el único parámetro de confrontación en



procesos como el que ahora se resuelve es la propia Constitución Política de la República de Guatemala, con lo cual, al denunciar la violación de una norma contenida en el referido instrumento internacional, se impide el conocimiento de fondo del asunto... (Fecha de sentencia: 10-02-2011).

Con la anterior sentencia se observa que contradice lo establecido en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya que no se invoca y se aplica la norma convencional, inclusive la Corte de Constitucionalidad indica que el único parámetro para resolver el caso es la Constitución Política de la República. Para ello, es importante cortejar dicha sentencia con la establecida por la Corte Interamericana en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de fecha 20 de noviembre de 2007.

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

Asimismo, con relación a que los jueces deben observar un tratado internacional cuando el Estado ha sido suscriptor y la obligación de ejercer un control de Convencionalidad de oficio la Corte Interamericana se ha pronunciado en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de fecha 24 de noviembre del 2006, el cual estableció:



Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (Párrafo 128).

Para nutrir aún más lo establecido por la Corte Interamericana se cita la sentencia emitida dentro del caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de fecha 12 de agosto del 2008, que establece que los jueces deben velar por el efecto de los instrumentos internacionales, dejando a un lado las prácticas internas como lo son la resolución de conflictos por medio de la supremacía constitucional:

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del



estándar internacional de protección de los derechos humanos (Párrafo 180).

Se concluye, de acuerdo con la sentencia de la Corte de Constitucionalidad analizada y cotejada, que la Corte no ha incumplido algún compromiso internacional y menos dejar de observar la norma convencional, toda vez que la norma aplicable en la sentencia citada era lo establecido en el artículo 38 de la Constitución Política, relativa a la tenencia y portación de armas de fuego. Ello es así, porque la Constitución es el orden jurídico supremo del Estado, originado por la voluntad soberana, así como un conjunto normativo dirigido a regir la vida en sociedad, identificando los valores que rigen la base de la existencia pacífica entre los guatemaltecos.

Otra sentencia de la Corte de Constitucionalidad, que bien puede ser parámetro de confrontación es la contenida en el expediente 4887-2011, en la cual el postulante aduce que se le declaró sin lugar el ocurso de hecho por parte de la Sala de Apelaciones respectiva, tomando en cuenta que en resolución de primer grado no admitió la apelación que interpusiera contra el rechazo de la nulidad intentada dentro de la ejecución en la vía de apremio atendiendo la limitación establecida en el artículo 325 del Código Procesal Civil, lo cual deviene en contrario según lo establecido por el artículo 46 de la Constitución Política de la República y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que no se le otorgó ante los tribunales de justicia un recurso efectivo, sencillo y que lo ampare contra los actos que violan sus garantías fundamentales. Al respecto la Corte de Constitucionalidad estableció:

En cuanto al agravio expresado por el postulante, respecto a la omisión de la aplicación del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que refiere la preeminencia del derecho internacional, sobre el derecho interno, el cual hace viable la apelación por él solicitada en resguardo de sus intereses y en ejercicio de su derecho de defensa, esta Corte ha indicado en anteriores oportunidades que el hecho que se haya



establecido esa supremacía sobre el derecho interno debe entenderse como reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y debe seguirse dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución; de ahí que, un convenio o tratado internacional nunca podrá ser superior a nuestra carta magna, sino que, en todo caso, por jerarquía guardan el mismo rango. Es por ello, que lo expuesto por el postulante carece de sustento legal, pues del estudio de los antecedentes se estableció que en el ejercicio de su defensa hizo uso de todos los mecanismos de resguardo jurídico que consideró pertinentes, los cuales fueron resueltos en concordancia a lo establecido a la ley de la materia y en resguardo de sus garantías constitucionales, el hecho que lo resuelto no le haya sido favorable, no implica que la autoridad reclamada hubiere incurrido en alguna vulneración a sus derechos denunciados (Fecha de sentencia 23/03/2012).

Con la anterior sentencia se estableció nuevamente que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos nunca podrán ser superiores a la Constitución Política, teniendo el mismo rango, siempre y cuando no contradiga a la misma. Ahora es importante traer a colación lo establecido por medio de jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de determinar si ha existido contradicción por ambas cortes o en su defecto si Guatemala puede tener alguna responsabilidad internacional.

Una de las sentencias que puede ser parámetro de confrontación es lo encontrado en el caso La Cantuta vs. Perú, fecha de sentencia 29/11/2006, el cual estableció:



En ese marco de interpretación, la controversia subsistente debe ser ubicada en aquella primera vertiente de medidas que deben ser adoptadas para adecuar la normativa interna a la Convención. Para efectos de la discusión planteada, es necesario precisar que la Corte consideró que en Perú dichas leyes de auto amnistía son *ab initio* incompatibles con la Convención; es decir, su promulgación misma “constituye *per se* una violación de la Convención” por ser “una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte” en dicho tratado. Ese es el *rationale* de la declaratoria con efectos generales realizado por la Corte en el caso Barrios Altos. De ahí que su aplicación por parte de un órgano estatal en un caso concreto, mediante actos normativos posteriores o su aplicación por funcionarios estatales, constituya una violación de la Convención (Párrafo 174).

De la anterior sentencia se extrae la importancia que tiene para los Estados Parte adecuar su normativa interna a la Convención para cumplir con los compromisos internacionales. De acuerdo con la Corte Interamericana el parámetro de confrontación no debe limitarse a determinar si las normas aplicables son inconstitucionales a un caso concreto, si no, determinar si la norma se encuentra ajustadas a la Convención Americana, tal como lo estableció en el caso citado *Boyce y otros vs, Barbados*.

El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era ‘convencional’. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la



interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Según la sentencia citada, para la aplicación de las leyes ordinarias éstas deben estar ajustada a la Convención y si no lo están, el juez debe aplicar el control de convencionalidad, lo cual pudo o no haberse aplicado en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad. Con relación a la obligación de los jueces de aplicar la convención y velar que las normas internas no contradigan la convención, se puede apreciar en lo establecido en la sentencia del caso Rosendo Cantú y otra vs. México, fecha de sentencia 31/08/2010, el cual estableció:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Párrafo 219).

Como se vio en páginas atrás, siempre será un buen punto a discutir si los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos puedan tener efectos modificadorios o derogatorios sobre el derecho interno de los Estados Parte y hasta qué punto pueda tolerarlo un Estado, tal como sucedió en México. Creo prudente para el



presente caso volver a traer a colación la opinión consultiva realizada a la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Esa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado. La atribución otorgada a la Comisión para "formular recomendaciones [. . .] a los gobiernos de los Estados Miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales" (destacado de la Corte) o el compromiso de los Estados de adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención "con arreglo a sus procedimientos constitucionales" (art. 2) (destacado de la Corte), no le dan a la Comisión facultad para calificar el cumplimiento por el Estado de los preceptos constitucionales en la elaboración de las normas internas (Opinión consultiva OC-13/93, 16 de julio del 1993).

En concreto, puedo establecer que en la sentencia de la Corte de Constitucionalidad dentro del Expediente 4887-2011 no existe discrepancia, ya que no se dejó de aplicar la Convención Americana que establece la obligación de otorgar un recurso sencillo, si no la legislación nacional permite los recursos en las ejecuciones en la vía de apremio de forma limitada. Esto debido a la naturaleza del proceso, por no discutirse la creación o constitución de un derecho, sino la ejecución preconstituida del derecho por medio de escritura pública. Asimismo, se estableció que los instrumentos internacionales nunca podrán ser superiores a la carta magna, lo cual es sano ya que ella constituye la voluntad popular y soberana de una nación, sentimiento de una nación.



Llegado a este punto, después de una exhaustiva búsqueda de fallos en el cual se establece la primacía de la Constitución sobre un tratado internacional, se establece que la Corte de Constitucionalidad ha tenido dos momentos para establecer su criterio. El primero, en los años noventa, donde ha sido más rígido con relación a la supremacía constitucional, estableciendo como único parámetro a la Constitución para establecer la constitucionalidad de leyes, inclusive sobre los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Segundo, es que a partir del nuevo siglo la Corte de Constitucionalidad acepta que los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos pueden ingresar al ordenamiento jurídico y estar al lado de la Constitución, siempre y cuando no contradiga a la carta magna y, si la contradijere, se aplicara la propia Constitución por ser el sentimiento de una nación, lo cual es acertado.

Es grato indicar que la Corte de Constitucionalidad ha tenido un criterio vanguardista en lo que respecta a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y no ha dejado de observar lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ello es que a partir del año 2006 únicamente el presente estableció la existencia de dos sentencias que fueron parámetro de confrontación. Asimismo, a partir de la segunda década del nuevo siglo se denota más la constitucionalización de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, estableciendo la Corte de Constitucionalidad los parámetros de lo que debe entenderse por Bloque de Constitucionalidad en Guatemala y la forma de integración de dichos instrumentos, así como la irradiación del control de convencionalidad en los fallos jurisprudenciales, tal como se podrá observar en algunas sentencias de referencia, que a continuación se transcribirán.

La Corte de Constitucionalidad no ha dejado de observar el control de convencionalidad. Por ello, en la sentencia dentro del expediente 2151-2011, estableció el interés superior del niño y la observancia de la Convención de los Derechos del Niño, por ser parte suscriptora el Estado de Guatemala.



De esa cuenta, es insoslayable brindar una protección adecuada para quienes en este último contexto puedan estar en situación desventajosa, tal es el caso de los niños, quienes por razón de su edad son incapaces de hacer valer sus derechos por sí mismos, lo que apareja un riesgo de que, por ello, puedan caer en estado de abandono o maltrato. Esta protección preferente tiene su fundamento en el conjunto de principios y valores que la Constitución llama a preservar respecto de la institución de la familia, y en las obligaciones convencionales que para el Estado de Guatemala dimanaban por haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Este último instrumento internacional, en su artículo 3.1 propugna porque en todas las medidas concernientes a los niños que decidan, entre otros, los tribunales de justicia, debe privilegiarse el interés superior del niño. De manera que de no advertirse aquella actitud con el alcance proteccionista que preconiza la norma convencional internacional precitada, es procedente el otorgamiento del amparo con el objeto de que los tribunales de jurisdicción ordinaria reencausen su actuación de acuerdo con los fines y valores del instrumento normativo internacional en mención, y realicen, respecto de la aplicación de la preceptiva contenida en la legislación interna, un correspondiente *control de convencionalidad* en sus resoluciones, con el objeto de no soslayar, en aquella labor de aplicación, obligaciones que dimanaban de normativa de superior jerarquía (Fecha de sentencia 23/08/2011).

La Corte de Constitucionalidad siempre ha tenido presente la aplicación del control de convencionalidad, si bien no con esa fraseología, pero sí su integración y observancia; así como ha tenido presente la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, tal como se observa en la sentencia dentro del expediente 1373,1412 y 1413-2009, en la cual se pretendía declarar inconstitucional una serie de artículos de la Ley de Acceso a la Información Pública, tal como se observa.



En el caso de Guatemala, algunas de esas limitaciones o excepciones al principio de máxima divulgación están explícitamente previstas en la propia carta magna; concretamente, en la parte final de su artículo 30, que describe dos supuestos: i) asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional; y ii) datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia. Como puede verse, ambos son correlativos a intereses públicos y privados preponderantes –para usar la terminología de los relacionados relatores–: por un lado, la seguridad nacional como componente primordial de la institucionalidad misma del país; y por el otro, la información entregada por particulares con reserva de confidencialidad como cuestión conectada directamente con el derecho a la intimidad o vida privada, protegido en los artículos 23, 24 y 44 de la Constitución Política de la República; 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y 14 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Son intereses preponderantes como los mencionados los que constituyen, taxativamente positivados o no, los límites naturales del acceso a la información pública, en el entendido de que dicha expresión evoca principios, valores y derechos fundamentales que igualmente se encuentran tutelados a nivel constitucional y que, por ende, deben ser ponderados en forma armónica con aquel. Para robustecer lo anterior, cabe apuntar que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas [en su observación general número diez, numeral cuatro (4)], la Corte Interamericana de Derechos Humanos [al emitir la sentencia del caso Claude Reyes y otros versus Chile, párrafos ochenta y ocho (88) a noventa y uno (91)] y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos [en su informe general sobre el derecho de acceso a la información de dos mil nueve, numerales veintinueve (29) a treinta y dos (32)], coinciden en afirmar que en la limitación al derecho que se estudia deben concurrir tres requisitos: i) que sea fijada en ley; ii) que obedezca a una de las dos razones precisadas en los artículos 19, tercer párrafo, del Pacto Internacional de



Derechos Civiles y Políticos y 13, numeral dos, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; y iii) que sea necesaria para satisfacer los propósitos antedichos, como un interés público imperativo; en el sentido de que sea conducente para el efecto, proporcional al interés que la justifica, y que interfiera en el menor grado posible en el ejercicio efectivo del derecho (Fecha de sentencia: 30/11/2010).

Con relación a aplicar el control de convencionalidad de oficio la Corte de Constitucionalidad ha establecido la observancia por parte de los jueces nacionales a efecto de cumplir con los compromisos internacionales, tal como se puede apreciar en la sentencia del expediente 386-2011.

La Corte de Constitucionalidad ha declarado expresamente, en varias oportunidades de su ejercicio jurisdiccional, que reconoce la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer y resolver acerca de denuncias de violación a los derechos tutelados por la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y, como consecuencia, reconoce el deber jurídico de los Estados sometidos a la jurisdicción de aquel tribunal de respetar las resoluciones por este emitidas. Ello implica la obligación de acatamiento en los términos precisados por la citada Corte interamericana y, para lo mismo, el Estado guatemalteco debe atender lo resuelto, dentro de los cauces de su propia normativa procesal, que también es y debe ser garantista de los derechos humanos de todos los individuos que habitan su territorio... Asimismo, que los tribunales nacionales, dentro de las disposiciones emitidas por el órgano jurisdiccional internacional, no quedan despojados de ninguna manera de su función interpretativa de los términos en que tales resoluciones hayan sido emitidas, acudiendo también a sus potestades de interpretación valorativa de los fines del orden constitucional que, como el



guatemalteco, son coincidentes con los proclamados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, bien sea convencionales o declarativos (Fecha de sentencia: 13/04/2011).

De acuerdo con lo indicado, el presente estudio parte del año 2006, ya que es en este tiempo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos inicia con una vasta doctrina y fraseología del control de convencionalidad. Como se ha dicho, no es que anteriormente no se aplicara dicho control, sino a partir de dicho tiempo se inicia una nueva era en la fraseología y el desarrollo de la jurisprudencia. Asimismo, se ha dicho que la Corte de Constitucionalidad ha observado lo establecido en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, de una manera expresa en algunas ocasiones y en otras invocando el instrumento internacional en materia de derechos humanos, ejerciendo así con control de convencionalidad no de forma expresa, sino implícita. Por ello, considero agregar algunos datos estadísticos con relación a lo indicado. A continuación, se consignan datos estadísticos con relación al control de convencionalidad de forma expresa y casos en los que se invoca el instrumento internacional como parámetro o apoyo para la resolución de los casos en controversia, tomando en cuenta desde el año 2006 al año 2015 por ser el tiempo de delimitación del presente.

Aplicación del control de convencionalidad de forma expresa	Invocación de instrumento internacional en materia de derechos humanos
Año 2006	
0	Expediente: 191-2006, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 15/03/2006.
Año 2007	
0	Expediente: 1254-2006, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 31/07/2007. Expediente: 2975-2006, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 18/07/2007.
Año 2008	
0	Expediente: 1375-2007, inconstitucionalidad en caso concreto, fecha de sentencia: 08/04/2008.



	<p>Expediente 2139-2008, inconstitucionalidad en caso concreto, fecha de sentencia: 17/09/2008.</p> <p>Expediente: 2040-2007, inconstitucionalidad en caso concreto, fecha de sentencia: 11/03/2008.</p> <p>Expediente: 106-2008, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 23/07/2008.</p> <p>Expediente: 2401-2007, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 15/07/2008.</p> <p>Expediente: 1600-2008, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 07/08/2008.</p> <p>Expediente: 106-2008, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 31/07/2008.</p>
Año 2010	
	<p>Expediente: 2676-2009, inconstitucionalidad en caso concreto, fecha de sentencia: 26/02/2010.</p> <p>Expediente: 1493-2009, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 24/03/2010.</p> <p>Expediente: 4674-2009, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 17/02/2010.</p> <p>Expedientes acumulados: 1373, 1412 y 1413-2009, inconstitucionalidad general total y parcial, fecha de sentencia: 30/11/2010.</p>
Año 2011	
<p>Expediente: 2151-2011, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 23/08/2011.</p> <p>Expediente: 386-2011, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 13/04/2011. Expediente: 1940-2011, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 17/08/2011. Expediente: 3577-2010, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 09/02/2011. Expediente: 2083-2010, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 19/01/2011.</p>	<p>Expediente: 2906-2011, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 08/08/2011.</p> <p>Expediente: 4438-2010, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 11/04/2011.</p> <p>Expediente: 774-2011, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 13/09/2011.</p> <p>Expediente: 3291-2010. Apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 01/02/2011.</p>
Año 2012	
<p>Expediente: 3334-2011, inconstitucionalidad general, fecha de sentencia: 14/02/2012.</p> <p>Expediente: 1822-2011, inconstitucionalidad</p>	<p>Expediente: 1240-20212, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 30/10/2012.</p> <p>Expediente: 1896-20212, apelación de sentencia</p>



<p>general parcial, fecha de sentencia: 17/07/2012. Expediente: 4071-2011, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 10/01/2012. Expediente: 3687-2011, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 16/08/2012.</p>	<p>de amparo, fecha de sentencia: 28/08/2012. Expediente: 1966-2012, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 12/12/2012. Expediente: 2622-2012, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 09/12/2012. Expediente: 4887-2011, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 23/03/2012. Expediente: 824-2012, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 04/12/2012. Expediente: 938-2012, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 19/07/2012.</p>
Año 2013	
<p>Expediente: 266-2012, inconstitucionalidad general parcial, fecha de sentencia: 14/02/2013. Expediente: 5259-2012, opinión consultiva, fecha de resolución: 12/02/2013.</p>	<p>Expediente: 1372-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 07/06/2013. Expediente: 1833-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 27/09/2013. Expediente: 4052-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 22/11/2013. Expediente: 4338-2012, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 21/03/2013.</p>
Año 2014	
<p>Expediente: 1671-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 27/03/2014. Expediente: 706-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 04/02/2014. Expediente: 5167-2013, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 22/10/2014. Expediente: 2346-2014, inconstitucionalidad general parcial, fecha de sentencia: 02/12/2014. Expediente: 1552-2013, amparo en única instancia: 19/04/2014.</p>	<p>Expediente: 1560-2014, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 17/06/2014. Expediente: 2353-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 10/10/2014. Expediente: 2695-2012, amparo en única instancia: 05/11/2014. d</p>
Año 2015	
<p>Expediente: 5290-2014, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 21/05/2015. Expediente: 4569-2015, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 16/06/2016. Expediente: 855-2016, apelación de sentencia de</p>	



amparo, fecha de sentencia: 08/06/2015. Expediente: 1923-2015, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 18/09/2015. Expediente: 1149-2015, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 10/09/2015. Expediente: 3821-2014, amparo en única instancia, fecha de sentencia: 13/07/2015. Expediente: 5843-2014, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 01/07/2015. Expedientes acumulados; 5341-2015 y 5350-2015, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 16/08/2016. Expediente: 5712-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 23/09/2015. Expediente: 4390-2015, inconstitucionalidad general parcial, fecha de sentencia: 08/09/2015. Expediente: 4617-2013, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 28/09/2015. Expediente: 3812-2013, inconstitucionalidad general parcial, fecha de sentencia: 18/08/2015. Expedientes acumulados: 4957-2012 y 4958-2012, apelación de sentencia de amparo, fecha de sentencia: 14/09/2015.

Tal como se esperaba, la Corte de Constitucionalidad a partir de la primera década del nuevo siglo procedió a innovar su jurisprudencia, y, ya para la segunda década del siglo, da marcha de lleno al concepto de control de convencionalidad o del uso de la fraseología. De acuerdo con los datos estadísticos, se ha protegido a grupos vulnerables a través de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, como en el caso de mujeres, niñez, adolescencia, salud y pueblos originarios, lo cual tal como se ha descubierto, no es, que no se haya aplicado el control de convencionalidad o se ha obviado.

De acuerdo con lo apuntado en páginas atrás, la Corte de Constitucionalidad tampoco ha inobservado la integración de instrumentos internacionales en materia de



derechos humanos, ya que ello lo venía aplicando a través del bloque de constitucionalidad, siendo el caso que hasta el año 2011 establece su parámetro y contenido, lo cual tampoco quiere decir que en años atrás no se venía realizando una integración de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Es importante señalar que cuando se habla de control de convencionalidad no se quiere determinar que dicho control era innovación nueva y que a partir de allí se creara la idea que las resoluciones de los tribunales de justicia de los países ratificantes y deberían ajustarse al concepto desarrollado a partir del 2006, lo cual es erróneo ya que dicho control se encontraba establecido desde el nacimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el caso de la Corte de Constitucionalidad, la misma lo tenía presente desde los años noventa del siglo pasado. Lo que ha se ha suscitado desde el año 2006 es lo relativo al nacimiento de un concepto o fraseología del control de convencionalidad, que ha establecido los alcances y efectos de lo que debe entenderse y su aplicación por parte de los Estados ratificantes por estar sujetos a lo que establece la convención en los artículos 2 y 29.





CONCLUSIÓN

Según la hipótesis planteada, se señaló: “En Guatemala no existe concordancia entre los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, tomando como base la nueva fraseología y doctrina del concepto control de convencionalidad creado en el año 2006 y la emitida en por la Corte de Constitucionalidad desde el año 2006 al 2015, esto como parte de la constitucionalización del derecho internacional humanitario”. Lo anterior, quedó desvanecido de forma satisfactoria, ya que la Corte de Constitucionalidad desde los años noventa y en la primera década del siglo XXI ha contemplado los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, si bien, no realiza el uso de la fraseología o concepto de control de convencionalidad a partir del año 2006 por lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obsta para que el mismo realizara un control de convencionalidad de forma implícita en controversia donde se vulneran derechos humanos como en el caso de grupos vulnerables. Es a partir de la segunda década del nuevo siglo, que el mismo sigue a la vanguardia a una tendencia de integración total del derecho convencional de los derechos humanos y del bloque de constitucionalidad. Ello ha significado cumplir con los compromisos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 29.





REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales**. Editorial Fontamara. 3.^a Edición. México. 2004.
- Alexy, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Editorial Fareso. S.E. 1.^a Edición. España. 1993.
- Aragón, Manuel. **Constitución, democracia y control**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México 2002.
- Ávila Santamarina, Ramiro. **Neoconstitucionalismo y sociedad**. Editorial V&M Gráficas. 1.^a Edición. Ecuador. 2008.
- Barroso, Luis Roberto. **El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1.^a Edición. México 2002.
- Bazán, Víctor y Nash, Claudio. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales, el control de convencionalidad**. Centro de derechos humanos, Facultad de Derechos, Universidad de Chile. 2011.
- Becerra Ramírez, Manuel. **La recepción del derecho internacional en el derecho interno**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2006.
- Bobbio, Norberto. **Estado, gobierno y sociedad**. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1.^a Edición. 1989.
- Carbonell, Miguel. **Teoría constitucional y derechos fundamentales**. Editorial Offset Universal. 1.^a Edición. México. 2002.
- Carbonell, Miguel. **Derecho constitucional**. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1.^a Edición. México. 2004.



- Carbonell, Miguel. **Convención Americana de Derechos Humanos, jurisprudencia.** S.E. 1.^a Edición. México. 2015.
- Carbonell, Miguel. **Teoría del neo constitucionalismo, ensayos escogidos.** Editorial Trotta 1.^a Edición. México. 2007.
- Carbonell, Miguel. **La Constitución enserio, multiculturalismo, igualdad y derechos sociales.** Editorial Porrúa 1.^a Edición. México. 2012.
- Castro de Achával, Matías. **Introducción a la teoría del Estado.** Editorial M.C.A.1.^a Edición. Argentina. 2007.
- Comanducci, Paolo. **Estudio sobre Constitución y derechos fundamentales.** S.E. 1.^a Edición. México. 2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** S.E. San José de Costa Rica. 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad.** S.E. San José de Costa Rica. 2017.
- Chacón Corado, Mauro Roderico. **Definido el bloque de constitucionalidad.** Revista INFOCC. Instituto de Justicia Constitucional. Abril 2013. Año 2, Número 12.
- Duguit, León. **Soberanía y libertad.** S.E. Madrid, España. 1924.
- Fabra Zamora, Jorge Luis. Núñez Vaquero, Álvaro y Pozzolo, Susanna. **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho.** Volumen 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1.^a Edición. México. 2014.
- Favoreu, Louis. **El bloque de la constitucionalidad.** S.E. Francia. 1990.
- Friedrich Hegel, Georg W. **Filosofía del derecho.** Editorial Claridad. 5.^a Edición. Buenos Aires, Argentina. 1968.
- Ferrajoli, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Editorial Trotta. 4.^a Edición. España. España. 2009.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. **Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Interpretación conforme y control difuso de**



convencionalidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2014.

Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil, Rubén. **Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2014.

Flores Juárez, Juan Francisco. **Constitución y justicia constitucional.** Editorial Impresos. Guatemala. 2009.

Fix-Fierro, Héctor, González Contró, Mónica y Flores Ávalos, Elvia. **Diccionario de derechos procesal constitucional y convencional.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México. 2014.

Fix-Zamudio, Héctor. **Los tribunales constitucionales y los derechos humanos.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1.^a Edición. México. 1980.

García Jaramillo, Leonardo. **Constitucionalismo deliberativo. Estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1.^a Edición. México. 2015.

Gros Espiell, Héctor. **Estudio sobre derechos humanos II.** Editorial Civitas. 1.^a Edición. Madrid, España. 1988.

Hans, Kelsen. **La garantía jurisdiccional de la constitución.** (La justicia constitucional). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2001.

Harberle, Peter. **Estado constitucional.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México. 2016.

Medellín Urquiaga, Ximena. **Principio pro persona.** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2013.

Naranjo Mesa, Vladimiro. **Teoría constitucional e instituciones políticas.** Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1997.

Naciones Unidas. **Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de Derechos Humanos.** Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2010.



- Nogueira Alcalá. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2018.
- Patiño Camarena, Javier. **Los derechos del hombre a los derechos humanos.** Editorial Flores. México. 2014.
- Pérez Luño, Antonio. **Los derechos fundamentales.** Editorial Tecnos. 11.^a Edición. Madrid, España. 2016.
- Pérez Luño, Antonio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.** Editorial Tecnos. 11.^a Edición. Madrid, España. 2017.
- Real academia de la Lengua Española. **Diccionario de la lengua española.** 21.^a ed. Madrid, España: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001.
- Roldan Orozco, Omar Giovanni. **La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2015.
- Rubio Llorente, Francisco. **El bloque de constitucionalidad. Revista española de derecho constitucional.** S.E. España. 1989.
- Sepúlveda, Cesar. **Derecho Internacional.** Editorial Porrúa. 10.^a Edición. México. 1981.
- Fernández Sagado, Francisco. **Estudios jurídicos constitucionales.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2003.
- Soto Flores, Armando. **Derecho procesal constitucional.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2016.
- Sorense, Max. **Manual de derecho internacional público.** Editorial Fondo de Cultura Económica. 1.^a Edición. México. 1973.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional).** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Valadés, Diego. **El control del poder.** Editorial Porrúa. 3.^a Edición. México. 2006.



Valadés, Diego. **Derechos humanos. Memorial del IV Congreso Nacional de Derechos Constitucional.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Tomo III. México. 2001.

Von Bogdandy, Armin. Fix-Fierro, Héctor y Morales Antonizazi, Mariela. **Ius Constitutionale, commune en América Latina.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2014.

Von Bogdandy, Armin. Ferrer Mac-Gregor, Eudardo y Morales Antonizazi, Mariela. **La justicia constitucional y su internacionalización.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. 2010.

Villegas Lara, Rene Arturo. **Teoría de la Constitución.** Editorial Ediciones Mayté. 2.^a Edición. Guatemala. 2017.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

<https://www.rae.es>

REFERENCIAS NORMATIVAS

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1985.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. 1969.

Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. Organización de las Naciones Unidas. 1969.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas. 1948.