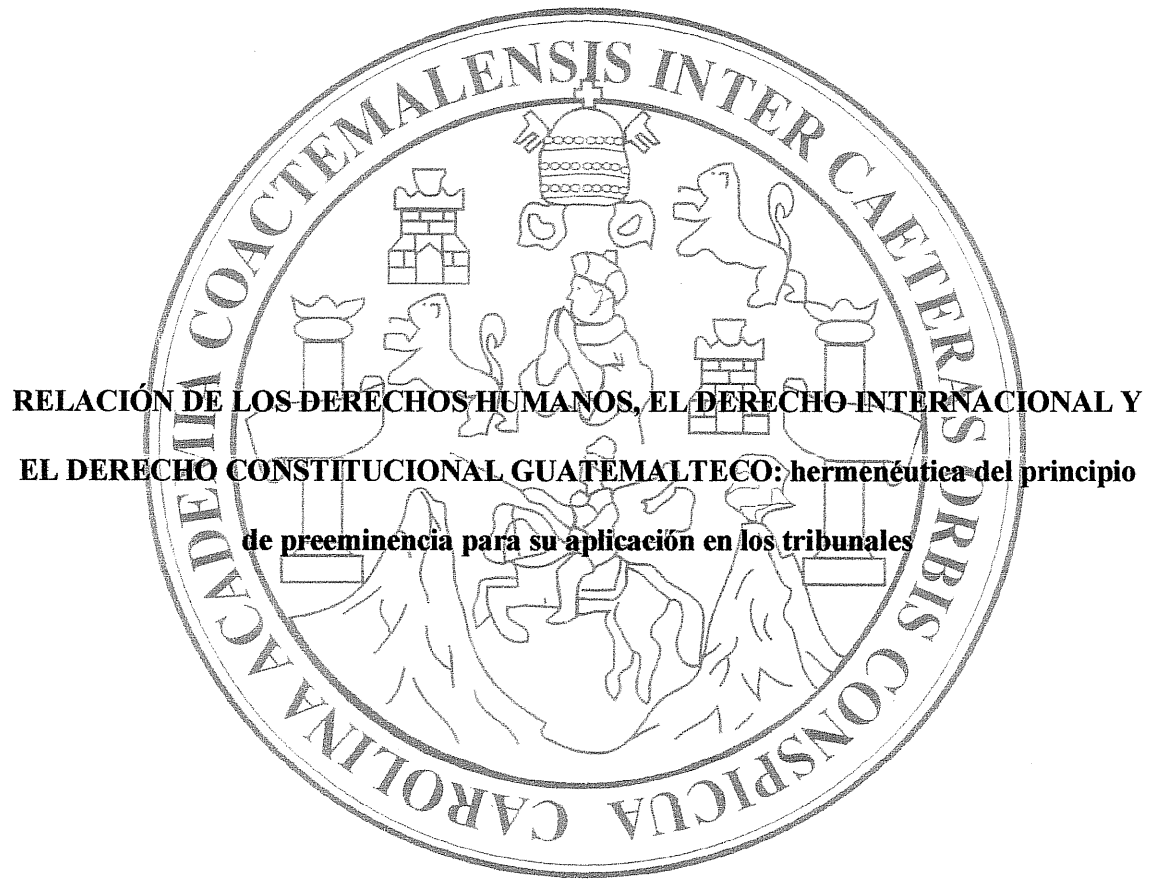


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES



CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN

GUATEMALA, OCTUBRE 2011

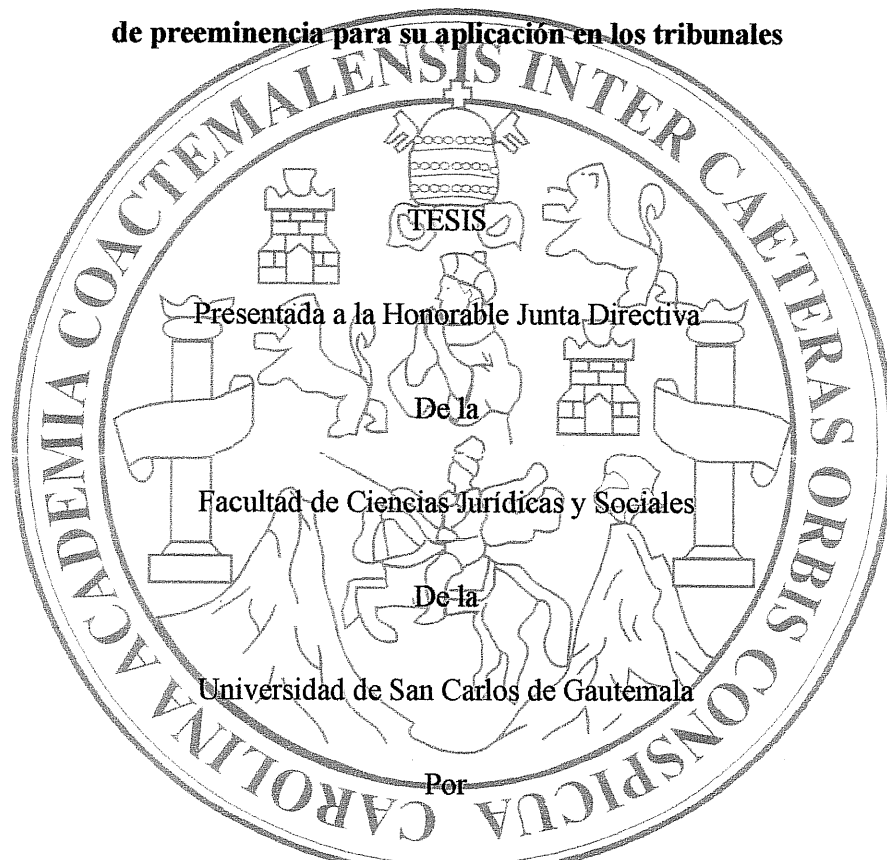
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y

EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO: hermenéutica del principio

de preeminencia para su aplicación en los tribunales



CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN

Previo a conferírsele el grado de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Octubre 2011

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Avidan Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

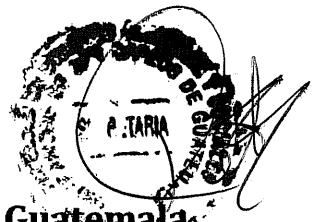
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis”.
(Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público)

Lic. Felipe Armando Barillas Fajardo

Abogado y Notario

7ª Av. 6-73 Zona 1, Local 13 Comercial Girasoles, Villa Nueva, Guatemala

Tel. 5847-2109 / 5313-3576



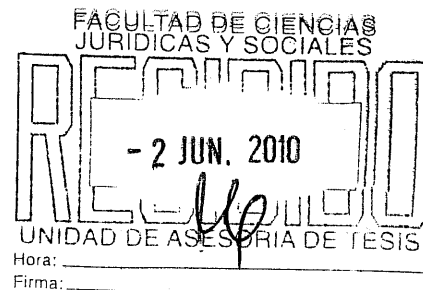
Guatemala, 31 de mayo del año 2010

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutin

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Ciudad Universitaria



Estimado Licenciado Castillo Lutin:

Por este medio me dirijo a usted, con el propósito de informar que de conformidad con el nombramiento de fecha 28 de septiembre del año dos mil nueve, que se hiciera para asesorar al Bachiller **CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN**, respecto a su trabajo de tesis intitulado: **"INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA"**, procedí a emitirle mi opinión y los arreglos que el suscrito consideró pertinentes los cuales fueron atendidos por el Bachiller **CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN**, especialmente, cambiando el titulo de la tesis por considerarlo más conveniente el cual quedó de la siguiente forma: **"RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO: *hermenéutica del principio de preeminencia para su aplicación en los tribunales*"**

El trabajo desarrollado por el bachiller Carlos Manuel Bezares Marroquín, no sólo es novedoso sino interesante, porque establece la relación que existe entre los Derechos Humanos, el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, a través la interpretación hermenéutica del principio de preeminencia de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos sobre el derecho interno, en consonancia con los principios Derechos Humanos no enunciados, pro hominem, integralidad de los derechos humanos, supremacía unidad y rigidez constitucional, así como la jurisprudencia constitucional del tema. Se pudo evidenciar que en la investigación el ponente utilizó el método de la hermenéutica jurídica, apoyada por los método analítico-sintético, inductivo-deductivo y dialéctico, por lo cual se encontró

necesariamente dentro de la Dogmática Jurídica, utilizando la técnica documental de investigación, por estar el fenómeno contenido en doctrinas, principios y leyes.

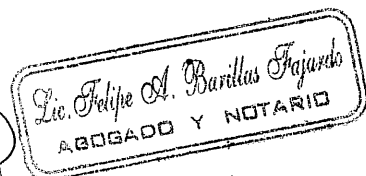


En consecuencia, considero que el referido trabajo tiene un contenido científico y técnico, y que puede contribuir a que estudiosos sobre estas materias, se motiven para profundizar aún más en estas problemáticas de nuestra Ciencia Jurídica, por lo que reitero que el Bachiller **CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN**, utilizó la metodología y técnicas adecuadas para la investigación, su redacción es congruente con los hallazgos, y aceptables encuentro las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía utilizada, por lo que considero cumple con los requisitos que para el efecto establece el artículo 32 del Normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la Universidad de San Carlos de Guatemala, por lo cual emito el presente **DICTAMEN DE FORMA FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente

Lic. Felipe Armando Barillas Fajardo

Abogado y Notario



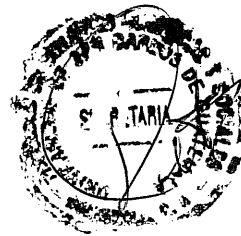
Col. 6,785

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES. Guatemala, diez de junio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RODOLFO ANÍBAL GARCÍA HERNÁNDEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN, Intitulado: "RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO: hermenéutica del principio de preeminencia para su aplicación en los tribunales".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Lic. Rodolfo Aníbal Hernández García

Abogado y Notario

10ª Ca. 6-81, Edificio 7&10 séptimo nivel Of. 703, Zona 1

Tel. 40070526 / 22447000



Guatemala, 24 de Junio de 2010

Licenciado Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Ciudad Universitaria



Respetable Licenciado Castillo Lutin:

En cumplimiento al nombramiento recaído en mi persona, en mi calidad de Revisor del Trabajo de tesis de el Bachiller **CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN**, intitulado: "**RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO: hermenéutica del principio de preeminencia para su aplicación en los tribunales**", procedo a dictaminar respecto a la revisión del mismo debido a en el siguiente sentido:

- i. Por el contenido objeto de desarrollo análisis, aportaciones y teorías sustentadas por el autor, meritoriamente se califico como importante y valedero dentro de la revisión efectuada; circunstancias académicas que desde el punto de vista deben concurrir y son atinentes a un trabajo de investigación de tesis de grado.
- ii. Aunado a lo expuesto, se pudo establecer que el referido trabajo de investigación se efectuó apegado a la revisión prestada, habiéndose apreciado el cumplimiento a los presupuestos tanto de forma como de fondo exigidos por el Artículo treinta y dos (32) del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala; por ende el presente dictamen determina expresamente que el trabajo de investigación cumple satisfactoriamente con los requisitos establecidos en dicho normativo, ya que se pudo verificar que en la investigación el ponente utilizó el método de la hermenéutica jurídica, apoyada por los método analítico-sintético, inductivo-deductivo y dialéctico, por lo cual se encontró necesariamente dentro de la Dogmática Jurídica, utilizando la técnica documental de investigación, por estar el fenómeno contenido en doctrinas,

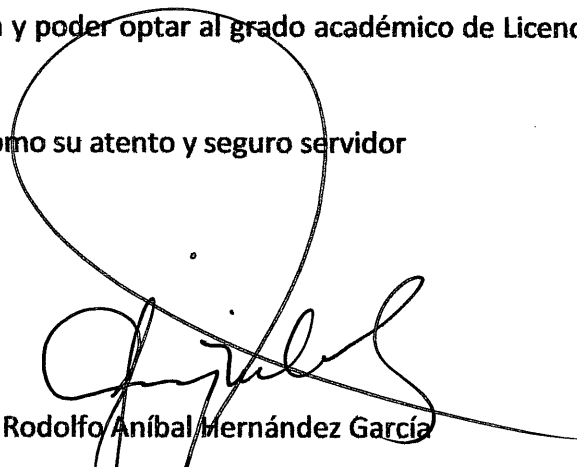


principios y leyes, habiendo dado una idea de cómo redactar el capítulo final, así como las conclusiones del mismo, para que estas se encuentren en coherencia con el objeto del tema que es explicar la forma de operación de manera hermenéutica de un principio constitucional tan importante como es la preeminencia de los Derechos Humanos en Guatemala; asimismo pude constatar que la bibliografía era la adecuada para la elaboración del tema.

- iii. Por lo expuesto concluyo que el trabajo de tesis de el bachiller **CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN** no se limita a cumplir únicamente con los presupuestos de presentación y desarrollo, sino también a la sustentación en teorías, análisis y aportes tanto de orden legal como académica, ello en atención a los preceptos del normativo en mención regulados para el efecto, resultando como relevante el contenido analítico inserto en todo el trabajo de investigación.
- iv. En su consecuencia en mi calidad de **Revisor** de tesis me permito **DICTAMINAR FAVORABLEMENTE**, en el sentido de que el trabajo de tesis de grado de la autora amerita seguir su trámite hasta su total aprobación para ser discutido en su examen público de graduación y poder optar al grado académico de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo como su atento y seguro servidor

Deferentemente



Lic. Rodolfo Anibal Hernández García
Abogado y Notario

Col. 5,397

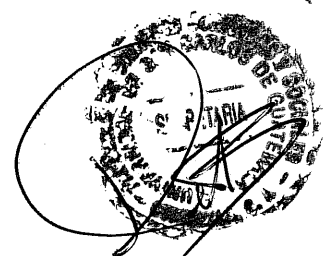
Rodolfo Anibal García Hernández
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, uno de agosto del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante CARLOS MANUEL BEZARES MARROQUÍN, Titulado RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS, EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO: hermenéutica del principio de preeminencia para su aplicación en los tribunales. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.



DEDICATORIA



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme enseñado la técnica y la ciencia para transformar la naturaleza y la sociedad.

A:

Los hombres y mujeres que luchan para que Guatemala sea una nueva república de todos y todas.

Especialmente a mi familia:

A mi madre. A mis hermanos Karla y Edwin. Mi sobrina Camila. A mi amada Monica y al sol de mi vida Margherita.

A:

Mi papá, abuela y hermano, ángeles que siempre me han cuidado.

ÍNDICE



Introducción	i
--------------------	---

CAPÍTULO I

1. Derecho	1
1.2 Derecho constitucional.....	4
1.3 Constitución y constitucionalismo	8
1.3.2 Como cuerpo normativo.....	14
1.3.3 Constitución en sentido material y en sentido formal	17
1.3.4 Clasificación.....	18
1.4 Unidad constitucional.....	21
1.5 Supremacía constitucional	22
1.6 Rigidez constitucional	23

CAPÍTULO II

2. Interpretación constitucional	25
2.2 Métodos de interpretación	26
2.3 Hermenéutica jurídica	28

CAPÍTULO III

3. Derecho internacional.....	35
3.1 Definición.....	35
3.2 Fuentes.....	38
3.2.1 Fuentes reales	39



3.2.1.1	Económicas.....	
3.2.1.2	Políticos.....	40
3.2.1.3	Sociales.....	41
3.2.1.4	Costumbre.....	42
3.2.2	Fuentes formales.....	44
3.2.2.1	Doctrina.....	44
3.2.2.2	Jurisprudencia internacional.....	44
3.2.2.3	Tratados internacionales.....	47
3.3	Principios.....	49
3.3.1	Ius cogens.....	49
3.3.2	Pacta sunt servanda.....	51
3.4	Teoría del orden público.....	52

CAPÍTULO IV

4.	Jerarquía de las normas.....	55
4.1	Teorías que la explican.....	57
4.1.1	Teoría dualista.....	58
4.1.2	Teoría monista.....	59
4.1.2.1	Supremacía del derecho nacional.....	60
4.1.2.2	Supremacía del derecho internacional:.....	61
4.2	Tratados internacionales de derechos humanos y derecho interno.....	61
4.2.1	Supraconstitucional.....	62



4.2.2	Constitucional.....	62
4.2.3	Supralegal.....	63
4.2.4	Legal.....	63
4.3	Ingreso de los tratados internacionales en la legislación nacional.....	63
4.4	Jerarquía dentro del ordenamiento interno.....	64

CAPÍTULO V

5.	Derechos humanos.....	67
5.1	Antecedentes de los derechos humanos.....	67
5.1.1	Filosóficos.....	67
5.1.2	Políticos.....	70
5.1.3	Jurídicos.....	72
5.1.4	Visión euro céntrica de los derechos humanos.....	74
5.1.5	Los derechos humanos desde América Latina.....	74
5.2	Desarrollo reciente de los derechos humanos en el mundo.....	75
5.2.1	Conflicto este oeste.....	79
5.3	Derechos individuales y derechos colectivos o sociales.....	80
5.4	Desarrollo reciente de los derechos humanos en América Latina.....	81
5.5	Teorías que fundamentan los derechos humanos.....	83
5.5.1	Corriente iusnaturalista.....	83
5.5.2	Corriente iuspositivista.....	83
5.5.3	Corriente ética.....	85



5.5.4	Corriente historicista	85
5.6	Definición	86
5.6.1	Características	88
5.6.1.1	Inmanencia o inherencia	88
5.6.1.2	Universalidad:	90
5.6.1.3	Indivisibilidad, interdependencia e interrelación.....	91
5.6.1.4	Exigibilidad o justiciabilidad.....	93
5.6.1.5	Internacionalización.....	94
5.7	Principios	95
5.7.1	Preeminencia.....	95
5.7.2	Progresividad.....	97
5.7.3	Integralidad.....	98
5.7.4	Pro hominem	98

CAPÍTULO VI

6.	Debate sobre los derechos humanos en Guatemala	101
6.1	Conquista y colonia: el origen de la división étnica a través del derecho	102
6.2	Independencia: de la patria del criollo a la patria del ladino	111
6.3	Dictaduras liberales: El afianzamiento de la patria ladina	125
6.4	Revolución de 1944: Un intento por construir la patria de todos	131
6.5	La contrarrevolución: La del patria del ladino y el fantasma anticomunista	136
6.5.1	Pseudodemocracias a la dictadura	140



6.6	Transición democrática: finalización del conflicto armado interno	148
6.7	Firma de la paz: debate actual de los derechos humanos	155

CAPÍTULO VII

7.	Preeminencia de los derechos humanos en Guatemala.....	169
7.1	Análisis de la progresividad	169
7.2	Análisis de la supremacía constitucional	172
7.3	Análisis de la rigidez constitucional.....	173
7.4	Sentencias aplicables de la Corte de Constitucionalidad.....	176
7.5	Hermenéutica de los principios aplicables	189
7.6	Cómo debe operar la preeminencia en los tribunales.....	194
CONCLUSIONES.....		201
RECOMENDACIONES.....		203
BIBLIOGRAFÍA.....		205

INTRODUCCIÓN



Para la fundamentación del imperio de la ley en la construcción de un Estado multiétnico, multilingüe y pluricultural, con justicia social y equidad esencialmente democrática, se hace necesario estudiar el fundamento que le da vida a ese Estado, la Constitución Política de la República de Guatemala.

Se trata de un estudio de carácter científico a la discusión de la interpretación de la relación entre derechos humanos, derecho internacional y derecho interno a través de los principios contenidos en algunos de los artículos de la carta magna.

De esta manera, contribuir a la construcción de un Estado guatemalteco fortalecido institucionalmente, donde el sueño, convertido en realidad, sea la búsqueda de la justicia.

Entonces, resulta nodal para la construcción del Imperio de la ley y la subsistencia de la justicia en Guatemala contar con instrumentos teóricos que caractericen, interpreten e intenten indicar la forma de operación de las normas constitucionales, contentivas de principios, con el objeto que sirvan a los operadores de justicia, abogados y estudiantes del Derecho.

Se realiza un análisis del significado del derecho constitucional, en el cual examinaremos los significados de constitución y constitucionalismo, así como los principios que atañen a la presente tesis, como marco general.



En el mismo sentido, se hará un análisis general, del derecho internacional, para establecer su definición general, sus fuentes, así como los principios aplicables a la presente investigación.

Asimismo, se realiza un estudio de las corrientes teóricas adoptadas por la constitución guatemalteca respecto del sistema jurídico internacional y el sistema jurídico nacional, aunque, no expresa dentro de dicho cuerpo legal se puede hallar de forma tácita dentro de la normativa allí contenida.

Distinguir pues, si el derecho internacional y el derecho interno son dos ordenamientos diferentes, o, por el contrario son un sistema unitario resulta imprescindible para entender la legislación nacional, su desarrollo y aplicación, es uno de los objetos de la presente tesis.

Y, la sempiterna pregunta, esos tratados que firma con otras naciones son leyes internas o leyes internacionales, hasta donde deberán ser respetadas dichas disposiciones. Dudas que necesitan de un análisis teórico, debido al contexto mundial que vivimos cada día se hace más necesario tener respuestas a esta problemática, en el marco de los derechos humanos

Por lo que al estudiar los derechos humanos, el postulante dividirá en dos partes su estudio: de forma general en su definición, antecedentes filosóficos, históricos y políticos, así como su desarrollo reciente, y de forma específica se estudia las teorías que los fundamentan y las características de los mismos.



De esta manera, nos adentrara en un análisis histórico, social, económico y político jurídico de los derechos humanos y la formación del Estado en Guatemala, para arribar a la historia constitucional propia, que ha inspirado la carta magna vigente.

Es de esta forma, la presente investigación se propone aclarar dicha problemática, a través de la interpretación hermenéutica del principio de preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos sobre el derecho interno, en consonancia con los principios no enunciados, pro hominem, integralidad de los derechos humanos, supremacía unidad y rigidez constitucional, así como la jurisprudencia constitucional del tema.

Y, una vez realizada esa interpretación armónica, de la que hablo, surge entonces otra interrogante ¿Cómo debe operar el principio general de preeminencia de tratados de derechos humanos sobre el derecho interno dentro de la administración de justicia? A la cual, el presente trabajo de tesis, también, se propone dar una respuesta.

Dicho sea de paso, este análisis e interpretación no sería posible sino por un método científico que se entienda como “la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y sistematización de los principios y métodos interpretativos” es decir la hermenéutica jurídica, apoyada por los método analítico-sintético, inductivo-deductivo y dialéctico, encontrándose necesariamente dentro de la dogmática

jurídica, utilizando la técnica documental de investigación, por estar el contenido en doctrinas, principios y leyes.



CAPÍTULO I



1.- Derecho

Varias son las definiciones que existen sobre el término Derecho, esas definiciones atienden a la diversidad ideológica de los autores que leamos. De esa cuenta, las más difundidas por mis catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos fueron: *un conjunto de normas generales que mantienen la paz social*. También la siguiente definición del Derecho: *Conjunto de valores, principios y normas generales que tiene por objeto la solución de conflictos nacidos en el seno de una sociedad y como finalidad la búsqueda de la justicia en la solución de dichos conflictos*.

Asimismo, otros ven en el derecho un punto intermedio entre dos formas de vida social la anarquía y el despotismo, para comprender mejor esta forma de definir el derecho citaré a Edgar Bodenheimer: "Por su propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno." ¹, a través de: "la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder" ².

¹ Edgar Bodenheimer **Teoría Del Derecho** 1989. Pág. 26

² **Ibid.** Pág. 27



Sin embargo el autor citado distingue que *no toda limitación del poder puede ser denominada derecho*, entonces, ubica el Derecho en reglas de observancia general que tengan o no un elemento coactivo, el cual no es esencial para su definición: “En un sistema jurídico desarrollado la observancia de tales reglas de conducta será impuesta normalmente por el Estado, a través de algún sistema de coacción, pero el elemento coactivo no es esencial al concepto de Derecho”³, como ejemplo cita al contrato. Empero, he de decir que, el contrato puede tener elementos coactivos, especialmente en materia de su cumplimiento.

De esta definición tomaré, para la presente tesis, esa regulación sobre el poder que hace resaltar Edgar Bodenheimer, como valor teleológico del Derecho, pues la búsqueda del Derecho es encontrar fórmulas que se institucionalicen para resolver los conflictos humanos sin que la violencia sea el medio para dirimir dichos conflictos.

Otra definición del Derecho que encuentro es la definición marxista de *la expresión de la clase dominante erigida en ley*⁴, aunque pareciera muy dogmática esta respuesta, diré en su defensa que efectivamente en el Derecho son las fuentes primarias o reales las que le dan el nacimiento por lo que se vuelve la expresión de un grupo erigido en ley.

Para mí, no necesariamente tiene que ser la expresión de una clase sino de aquellos grupos que detentan el poder. Por lo que ubicaré en esta definición al Derecho, es la expresión de los grupos que detentan el poder erigidos en leyes de observancia

³ Edgar Bodenheimer, **Op. Cit.**, pag. 27

⁴ Friederich Engels, **El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y del Estado**. Págs.218 a 224



general que llevan implícito un elemento coactivo que tiene como objetivo la subsistencia de un modo económico, cultural y social determinado por la historia.

De esta manera, el Derecho resulta un instrumento, un lenguaje que limita el poder o bien lo justifica, siendo su carácter ambivalente en tanto su aplicación, debido a los factores económicos, sociales y culturales que lo determinan históricamente.

Apuntaré que, uno de los riesgos más latentes de nuestra ciencia hoy en día es el proceso deshumanizante impulsada por la axiología formalista, en tanto la creación de normativas por encima de resolver la problemática cotidiana de las personas.

Pues como bien lo dice el jurisconsulto Botero Bernal: “[...]el derecho por el derecho es uno de los factores que caotizan (sic) el quehacer diario. El Derecho cuando está al servicio de los factores de poder arbitrarios e irresponsables es un peligro, pues disfraza como democracia a una oligarquía, como humilde a un imperio orgulloso, embadurna de legalidad lo que es ilegítimo, oculta al dictador bajo la tierna apariencia de un filántropo. El derecho al servicio del poder irresponsable niega cualquier gestión social, aunque pretenda actuar en su búsqueda. El derecho es piel de oveja que cubre a un lobo sanguinario”⁵

⁵ Andrés Botero Bernal, **Los retos del Jurista Internacionalista en la contemporaneidad**, en **Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, Vol. IV 2004, Pág. 253 y 254 versión PDF, (15/04/2010), disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/4/cmt/cmt8.pdf>



El Derecho entonces deberá buscar en este nuevo siglo una teoría general que le fundamente y le humanice, rompiendo con los dos esquemas históricos de su fundamentación la escuela iusnaturalista y la escuela iuspositivista, de las cuales discurriré más adelante en esta investigación.

1.2 Derecho constitucional

Tal cual, nos sucede con el término Derecho, definir el Derecho Constitucional, no es una tarea fácil. Primero, por las diversas definiciones que de él existen, luego, como problema encontramos, la naturaleza jurídica de este, la distinción del objeto de estudio y su diferencia con la Ciencia Política.

a) *Naturaleza jurídica*

Diversos autores ubican la naturaleza jurídica del Derecho Constitucional en la rama pública del Derecho, según Jaime Vidal Perdomo: “la puerta de entrada al derecho público”⁶. Asimismo, Gerardo Prado ubica de la siguiente manera la naturaleza jurídica del Derecho Constitucional: “...suele asimilarse el Derecho Constitucional al Derecho Político, y también se le considera sinónimo de Derecho Público, en razón de que se valora al Derecho Constitucional no sólo como rama del Derecho Público, sino como tronco mismo de ese derecho”⁷. Ambas definiciones ven en el Derecho Constitucional el tronco del Derecho Público.

⁶ Jaime Vidal Perdomo **Derecho Constitucional General**, Pág. 13

⁷ Gerardo Prado **Derecho Constitucional Guatemalteco**, Pág. 15



Sin embargo, esa rama del *Derecho Público* como le ha llamado Gerardo Prado, afecta la esfera del Derecho Privado y el Derecho Social, es decir, Derecho Civil, Comercial, laboral, familia etc.

Pues como lo acepta Prado más adelante, en la obra ya citada: "... el ámbito de aplicación de este derecho es muy amplio, pues domina a todo derecho..."⁸. Quiere decir el autor citado, que el Derecho Constitucional afecta también el ámbito privado de las personas, toda vez, que los derechos objeto de los negocios jurídicos están plenamente garantizados dentro del cuerpo normativo denominado Constitución.

Para el presente trabajo de investigación no existe inconveniente en aceptar que el Derecho Constitucional es el tronco de la rama pública del Derecho. Sin embargo, quiero dejar apuntado, que la naturaleza del mismo es más amplia a razón de su radio de influencia. Como lo hacen ver los dos autores citados.

b) Objeto de estudio

La escuela clásica situó el estudio del Derecho Constitucional únicamente en el cuerpo normativo denominado constitución. Así nos lo explica Adolfo Ziulu en su libro Derecho Constitucional cuando cita a Joaquín V. González: "la rama de la ciencia jurídica que trata del estudio de la constitución de un país o de las constituciones en general"⁹. Veo, entonces, en esta primera escuela del Derecho Constitucional una restricción del objeto de estudio a la que atiende esta rama de la ciencia jurídica.

⁸ Gerardo Prado, *Op. Cit.* Pág. 21

⁹ Adolfo Gabino Ziulu, *Derecho Constitucional Tomo I*, Pág. 2



Más adelante, el autor citado, nos indica que contemporáneamente: “Bidan Campos considera que el derecho constitucional es aquel que estudia la estructura fundamental u organización política de la Nación, en lo referente al régimen de la libertad y al funcionamiento de los poderes públicos, dentro de las finalidades esenciales y progresivas del Estado”¹⁰. Esta definición es mucho más amplia que la primera visión que tuvieron los estudiosos del Derecho Constitucional.

Quisiera explorar un poco más algunas definiciones que nos entrega Ziulu quien nos dice más adelante¹¹: “Pocas son las disciplinas jurídicas que están, desde su mismo origen, tan intensamente vinculadas a criterios axiológicos como la que estamos estudiando”. De lo anterior deduzco que el autor se pliega a un carácter iusnaturalista del Derecho Constitucional.

De las anteriores definiciones y juicios, quiero resaltar la definición que ve al Derecho Constitucional como la rama del Derecho *que estudia la estructura fundamental u organización política de la Nación, en lo referente al régimen de la libertad y al funcionamiento de los poderes públicos, dentro de las finalidades esenciales y progresivas del Estado.*

Como dije, ut supra, el derecho es la expresión de los grupos que detentan el poder erigidos en leyes de observancia general que llevan implícito un elemento coactivo que

¹⁰ Adolfo Gabino Ziulu, *Op. Cit.*, Pág. 2

¹¹ *Ibid*, Pág. 2

tiene como objetivo la subsistencia de un modo económico, cultural y social determinado por la historia.



Esa expresión, necesariamente, debe estar contenida en un cuerpo normativo de observancia general que organiza e institucionaliza el modo económico, cultural y social del grupo o grupos que detentan el poder a este se le denomina Constitución.

Sin embargo el concepto de Derecho Constitucional sería muy restringido si le dejase de esta manera, por lo que, estudia, también, la forma y el fondo de la organización e institucionalización del poder; y, los fenómenos que genera dentro de la vida social de un Estado.

Puesto que, como dice Jaime Perdomo: “Las normas constitucionales no obtienen su verdadero contenido sino cuando están colocadas dentro del contexto político que les corresponde y que su bondad e imperio dependen más de este último que de sus virtudes intrínsecas”¹².

c) Diferencia entre la Ciencia Política y el Derecho Constitucional

Existe una relación intrínseca entre la Ciencia Política y el Derecho Constitucional, incluso se llega a decir que el Derecho Constitucional es una de las ramas de la ciencia política.

Sin embargo, como ya hemos visto, existe necesariamente una interrelación entre poder y derecho, la ciencia que estudia esa interrelación es el Derecho Constitucional,

¹² Jaime Vidal Perdomo *Op. Cit.* Pág. 18



citaré a José Arturo Sierra para alumbrar esa interrelación: “El Derecho Constitucional, para algunos autores, es una disciplina autónoma con una fuerte relación e interacción con la ciencia política. Otros la consideran como una disciplina científica que es parte integrante de la ciencia política. Lo cierto es que la ciencia política tiene por objeto el estudio del poder político y las diversas manifestaciones del poder que se dan en una sociedad. Trata de establecer las causas y condicionamientos del fenómeno del poder, y, en ese sentido, determina el contenido del Derecho Constitucional. El Derecho Constitucional, por su parte, es una disciplina que estudia, sistematiza, describe y analiza los fenómenos del poder determinantes del funcionamiento de un sistema político, sujetos a un ordenamiento normativo supremo. Su ámbito no se limita al estudio puramente normativo-constitucional, sino que también hace un estudio comparativo con el orden político real”¹³.

Me parece que Sierra logra hacer esa distinción entre la política y el derecho. Mientras, la Política estudia al poder como fenómeno. El Derecho Constitucional, por su lado, es la rama del Derecho Público que estudia al poder en sus límites, su organización, su institucionalización y sus formas de expresión a través de normas coactivas que delimitan su actuar. Y, al servicio de un derecho humanizado permite un convivir social basado en principios, valores y fines.

1.3 Constitución y constitucionalismo

¹³ José Arturo Sierra González **Derecho Constitucional Guatemalteco** Pág.15

Ambos términos surgen en la segunda mitad del siglo XVIII. A través, del movimiento burgués liberal nacido en contra del régimen monárquico de corte absolutista históricamente desarrollado en Europa. El constitucionalismo, es entonces el movimiento ideológico y político que inspira los movimientos liberales en Europa y los movimientos independentistas en América.

La panacea del movimiento constitucionalista se da en la Revolución Francesa la cual declaró en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789: "Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene Constitución". Ignacio de Otto en su libro Derecho Constitucional acerca de la declaración nos dice: "... contiene una expresión tan clásica como lapidaria de esta idea..."¹⁴. La idea que el autor de Otto, califica de *clásica y lapidaria*, no es más, que esa idea de pilar fundamental en la que se basa el Estado Moderno, La Constitución.

Para este movimiento no era central, por supuesto, la creación un cuerpo normativo que contuviera de manera sistematizada las limitaciones del poder. De Otto hace referencia a mi afirmación de la siguiente forma: "La finalidad del movimiento que históricamente se llamó constitucionalismo no era, obviamente, introducir en los ordenamientos una norma denominada Constitución sino asegurar la garantía de la libertad frente al poder público"¹⁵.

¹⁴ Ignacio de Otto **Derecho Constitucional Sistema de Fuentes**, Pág. 12

¹⁵ **Ibid** Pág. 12



Debido a lo afirmado por de Otto, me permito decir que, la Constitución tomará un largo camino en Europa, puesto que, la asimilación de una norma suprema no es inmediata, tal situación es posible, debido a las características históricas propias.

Según las enseñanzas de mi catedrático Gerardo Prado de quien se cita su obra en este trabajo, en Gran Bretaña cuna del régimen constitucional, ni siquiera tiene una norma escrita. Por el contrario, Gran Bretaña, país que inicia el proceso de limitación del poder mucho tiempo antes que la Europa continental, basa su fundación como Estado en el *common law*.

Asimismo, según esas enseñanzas, el *common law* se compone primordialmente de la costumbre y declaraciones obtenidas por su población en diversas luchas. Como ejemplos dentro del *common law*: la Carta Magna (1215) obtenida por los barones, eclesiásticos y laicos, la cual tiene sus antecedentes en derechos preexistentes reconocidos en la Carta de Enrique I (1100), la de Esteban (1136), la de Enrique II (1154), y en las Constituciones de Clarendon (1164). Además, otro antecedente lo encontramos en el "Tallagio non concedendo" de 1306; la Petición de Derechos (Petition of Rights 1628) la cual se constituye en la soberanía del parlamento ante el poder público. Asimismo, el "Bill of Rights" de 1689, el "Acto f Habeas Corpus" de 1679 y el "Acto f Settlement" de 1700.



Por lo que es claro, que Gran Bretaña, no tiene un cuerpo normativo sistematizado, sino, disperso en diversas declaraciones, su fundación la basa principalmente en la no sumisión del parlamento ante reglas jurídicas.

Otro ejemplo claro del azaroso camino que tuvieron las Constituciones en Europa lo encontramos en la III República de Francia, en la cual la Constitución fuera considerada una ley cualquiera. El resultado es que la norma suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley.

Estas características culturales europeas las expone el autor citado de Otto de la siguiente manera: “la conciencia jurídica premoderna, para la cual el derecho vale, es tal, no en virtud de la decisión, del respaldo del poder, sino en virtud de la justicia o de la antigüedad: derecho es equivalente a justicia y no puede haber derecho allí donde hay normas injustas; o el derecho vale en virtud de su antigüedad, es mejor el derecho antiguo que el nuevo, el *ius vetum* que el *ius novum*. El derecho vive ante todo en la comunidad y en su pasado, su antigüedad es la demostración de su existencia y de su valor, y la idea de que no es posible innovar en cualquier momento el ordenamiento jurídico resulta por completo ajena a la conciencia jurídica tradicional”¹⁶.

En cambio, para América la historia de esa norma suprema no tuvo mayores azares, desde el principio en los movimientos independentistas, la idea de esa norma suprema, estuvo en la conciencia de los individuos que forjaban esos nuevos estados.

¹⁶ Ignacio de Otto **Op. Cit.** Págs. 20 y 21



Como ejemplo en voz del Juez Marshall citado por de Otto nos dice: “los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confundan u olviden se ha escrito la Constitución”¹⁷.

Sin embargo para la América hispana, la historia del constitucionalismo y la constitución ha sido diferente. Tal situación se debe al contexto histórico, político, social y económico de la región.

En Guatemala, para ser concreto, la fundación de un régimen el cual está basado en una norma suprema, ha sido de difícil camino, aunque, desde la independencia de Centroamérica, la presencia de los liberales fue determinante. Pero como bien lo dice Cesar Barrientos Pellecer: “... no había nada más parecido a un conservador que un liberal en el poder...”¹⁸ esto es posible gracias al: “desvirtuamiento de las ideas liberales y el triunfo del conservadurismo”¹⁹.

Estas afirmaciones, me hacen pensar, que el constitucionalismo en Guatemala sufrió una tergiversación de su esencia. Permitiendo de esta manera, que la norma considerada suprema fuera irrespetada y poco desarrollada. No pocos, son los ejemplos que históricamente existen.

De esta forma enumeraré, sin entrar a un análisis exhaustivo, las Constituciones que Guatemala ha tenido en su devenir histórico. Las primeras datan de la época pre-

¹⁷ **Ibid.** Pág. 14

¹⁸ César Barrientos Pellecer **Los Poderes Judiciales** Pág. 31

¹⁹ **Ibid.** Pág. 31



independiente, la Constitución de Bayona de 1807 y la Constitución de Cañaz de 1812. Esta última, es un tardío intento por contrarrestar los movimientos independentistas acaecidos en América Latina.

Las Constituciones que advienen a la época independiente son en su orden cronológico: Constitución Federal de Centroamérica, del 22 de noviembre de 1824, la Declaración de los Derechos del Estado y sus habitantes o Ley de Garantías promulgada el 5 de diciembre de 1839.

Por diversos acaecimientos fácticos en materia de la Confederación Centroamericana, que dan como resultado el desaparecimiento de la Confederación. El 19 de octubre de 1851 se promulga el Acta Constitutiva de la República de Guatemala, con reforma, el 4 de abril de 1855. Esta Ley fundamental, rige por 20 años, luego es disuelta por la revolución liberal de 1871.

No es hasta, el año de 1879 que se promulga la Constitución de la época liberal, teniendo diversas reformas: 1885, 1887, 1897, 1921, 1936. Esta Constitución rigió la vida guatemalteca por 60 años.

He de decir que es la Constitución de más prolongada duración en nuestro país. Seguidamente, por el movimiento revolucionario de 1944, se emite el 11 de marzo del mismo año, la Constitución de la República de Guatemala. Dicha constitución dura lo



que tardan los sectores oscurantistas del país en hacer la contrarrevolución.

2 de febrero de 1956, se promulga la Constitución de la República.

Por un golpe de facto, producido en 1964 se promueve una nueva Constitución de la República de Guatemala esta fue promulgada el 30 de marzo del año de 1965. A su vez, esta fue suspendida por el golpe de Estado que lideraba Efraín Ríos Montt, el 23 de marzo de 1982.

Hasta 1984 es convocada la Asamblea Nacional Constituyente que promulga la Constitución Política de la República de Guatemala, la que se encuentra vigente desde 1986.

Únicamente, al atender al orden cronológico de las Constituciones en Guatemala, podemos observar, esa inestabilidad que la norma fundamental ha sufrido en nuestro país. Con lo cual puedo afirmar que, mientras en Europa el movimiento constitucionalista triunfa en las entreguerras mundiales, es decir, principios del siglo XX.

En nuestro país, el movimiento constitucionalista no tiene afianzamiento, sino, hasta finales del siglo XX, lo cual ahondaré en el capítulo VI de esta tesis.

1.3.2 Como cuerpo normativo



La Constitución, en sentido jurídico, es aquel cuerpo sistematizado y reglado en el cual están contenidos, los principios, valores y fines que rigen la vida política, social, cultural y económica de un país determinado, a través, de la organización del Estado.

He de hacer ver, que no todas las constituciones son escritas, tal es el caso de Gran Bretaña y Neo Zelanda. En la cual, la soberanía del parlamento sobre cualquier normativa es donde descansa la fundación de estos Estados.

Pero en la mayoría de casos, esa fundación del Estado, se da vía ese cuerpo normativo sistematizado denominado Constitución. *Como condición sine qua non* esta norma tiene que tener supremacía sobre el ordenamiento jurídico de un país.

Por su carácter fundamental, Adolfo Gabino Ziulu nos dice: “el carácter de ley fundamental es resaltado como el atributo esencial de toda constitución”²⁰. Asimismo Ignacio de Otto nos hace ver ese carácter supremo de la norma fundamental: “El concepto de Constitución sólo es comprensible si se parte de un dato básico de los ordenamientos jurídicos modernos: la distinción entre creación y aplicación de normas y la atribución de la primera función a uno o varios órganos que ocupan una posición de supremacía en la organización jurídica y que desarrollan su función normadora (sic) de un modo mas o menos permanente”²¹.

²⁰ Adolfo Gabino Ziulu **Op. Cit.** p, 17

²¹ Ignacio de Otto **Op. Cit.** p, 14



Por su lado José Arturo Sierra la define la Constitución de la siguiente manera: “La Constitución como ostentadora de la cima jerárquica de un ordenamiento jurídico, en todas sus partes, obliga a la totalidad de ciudadanos de una sociedad determinada y a los operadores jurídicos”²².

Los tres autores citados coinciden, en darle el carácter de ley suprema, de ley fundacional del Estado. Por lo que, puedo afirmar que, su característica principal no es la de contener los valores y principios, sino, de ser la norma suprema respecto al resto del ordenamiento jurídico, además, de ser la norma fundacional del Estado.

Antes de terminar, quiero apuntar, que el nacimiento del Estado no es sinónimo del nacimiento de nación. Dos conceptos diferentes, el ya citado Gabino Ziulu lo hace ver de la siguiente forma: “Las constituciones fundan y organizan Estados, pero no crean las naciones, que habitualmente existen con mucha antelación a las constituciones; recogen las tradiciones, costumbres, mitos, leyendas y realidades sociales, y los plasman en una ley fundamental”.

A mi criterio, el caso guatemalteco es muy particular, puesto la Constitución cumple con todos los requisitos doctrinarios para ser llamada Carta Magna. Desarrolla, un Estado granítico, soberano, independiente, dividido en tres poderes fundamentales, contiene los principios, valores y fines de una sociedad y la sistematización normativa de todo lo anterior se encuentra en un texto supremo respecto del ordenamiento jurídico derivado.

²² José Arturo Sierra González **Op. Cit.** p,23



Sin embargo, nuestro país presenta la diversidad de 25 naciones; el texto constitucional no recoge las tradiciones, costumbres, mitos y realidades sociales tan diversas que se presentan en Guatemala, lo cual analizaremos más adelante en el presente trabajo.

1.3.3 Constitución en sentido material y en sentido formal

Como ya he dicho antes, la Constitución es el cuerpo normativo donde descansa la organización y fundación del Estado, la institucionalización del poder, por así decirlo. Por lo que, las normas que se refieren a la organización estatal, la delimitación de los poderes, su funcionamiento, las relaciones entre sí y las relaciones con los ciudadanos es el *sentido material* de la Constitución, tal como la definición que nos otorga el maestro Adolfo Ziullu.

Ahora bien, puedo afirmar que, el sentido formal de la constitución, esta determinado por las normas, que su contenido no es intrínsecamente organizativo u fundacional, sin embargo, se encuentran contenidas en la Constitución.

Es decir, que tienen las formalidades que exige la Constitución, además, su aprobación y reforma se da bajo los procedimientos establecidos en ella y esto le asigna el rango de materia Constitucional.



Claro ejemplo de una norma constitucional en sentido formal, es el artículo 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala, su contenido se refiere a la detención legal, obviamente, esta norma pertenece al Derecho Penal.

Sin embargo los constituyentes decidieron darle el carácter de constitucional al incluirla dentro del texto, que en su totalidad está normado por su carácter supremo y su violación se califica de antijurídica.

1.3.4 Clasificación

Utilizaré la clasificación brindada por el maestro Ziulu y Gerardo Prado para formar una clasificación propia, pues creo, que la siguiente llena las expectativas del presente trabajo de tesis.

a) Escritas y no Escritas

Esta clasificación se refiere primordialmente a la forma en que se presentan las Constituciones de los Estados.

Estas pueden estar contenidas en un texto escrito y sistematizado, con la característica de norma suprema, dicha disposición necesariamente está contenida dentro del texto escrito. Por el contrario, se da la existencia de Estados constitucionalistas que no tienen una Constitución escrita, el caso de Gran Bretaña y Neo Zelanda a estas también se les denomina *constitucionales*.

b) Rígidas y flexibles



La presente clasificación se refiere, a la facilidad o no de su reforma. Por su lado, las constituciones rígidas son aquellas que no son de fácil reforma, en su propio cuerpo establecen mecanismos diferenciados de la sanción y promulgación de leyes ordinarias. Es decir que los mecanismos son especiales para llevar a cabo los cambios del texto constitucional.

Por el contrario, se denomina, *flexibles*, a todas aquellas Constituciones que sus reformas se llevan a cabo por los mismos procedimientos para la sanción y promulgación de leyes ordinarias.

c) Originarias y derivadas

Se denomina originarias a las Constituciones que presentan novedosos principios, valores o finalidades, es decir que no tienen antecedentes en el Derecho Constitucional Comparado.

Contrario sensu, las Constituciones derivadas se denomina a todas las constituciones que son adaptaciones de antecedentes históricos constitucionales a las necesidades de un país. No hemos de menospreciar los esfuerzos de adaptación, los cuales también llevan un ejercicio arduo para su promulgación y sanción.

d) desarrollada y no desarrollada



Esta clasificación se refiere a si la Constitución en el desarrollo, de principios, valores, fines, organización, funcionamiento y relaciones del Estado se encuentra ampliamente explicado en el texto, o, por el contrario únicamente, en el texto, se encuentra indicado y por ejercicios lógicos de inferencia y exclusión se llega a concluir que deseo tuvo el legislador.

e) Ideológico-programáticas y utilitarias

Esta clasificación se refiere a que en la Constitución este explícito el sesgo ideológico que inspira el texto Constitucional.

Es decir que si en mayor grado una constitución tiene una orientación ideológica, pertenecerá necesariamente a la clasificación ideológico programática. Por el Contrario, si en el texto constitucional su contenido ideológico es neutral será denominada dentro de las Constituciones utilitarias.

Tendré que decir, que es un poco irreal la clasificación de utilitaria, puesto que, la objetividad total no existe, es decir, que no existen neutralidades ideológicas, estaría demás en este trabajo demostrar dicho juicio, debido a que no es el centro de mi investigación, sin embargo, creo conveniente hacer esta acotación.

f) Normativas, nominales y semánticas

Denota esta clasificación un sentido ontológico, ya que está referido, a la concordancia que tengan las Constituciones con la realidad nacional.



Las Constituciones normativas son aquellas que se encuentran *concordadas* absolutamente con la realidad del país. Las nominativas, por su parte, son aquellas constituciones que se convierten en un grupo de deseos de lo que alguna vez en un futuro lejano o cercano *debe de ser*.

Por último, las constituciones semánticas son las que en vez de limitar el poder, se constituyen en instrumentos para justificar a los dominadores fácticos del poder político. Para cerrar este apartado, creo necesario decir que, las constituciones modernas están divididas en tres partes: prefacio, parte dogmática y parte orgánica

Asimismo, diré que, nuestra Constitución es, según la anterior clasificación: escrita, rígida, desarrollada, derivada, ideológico programática, nominal en algunas de sus partes y semántica en otras, en ese sentido, también esta dividida por un prefacio, una parte dogmática y una parte orgánica.

1.4 Unidad constitucional

Este es un principio que informa al cuerpo constitucional en general, debido a su carácter de norma fundacional del aparato Jurídico Político de una sociedad.

Por lo que, en las normas Constitucionales no puede alegarse generalidad y especificidad, o anterioridad y posteridad de la norma, debido a que todas las normas



contenidas dentro de la Constitución se encuentran en un mismo rango, buscando la realización del fin supremo del Estado.

Por lo que, al momento de su interpretación y aplicación los valores, principios y normas contenidas en la misma, no pueden ser jerarquizados toda vez que tienen igual gradación unas frente a las otras.

Citare al maestro Sierra para afinar aún más la definición de este principio: "Los preceptos constitucionales no deben ser interpretados como partes aisladas o compartimentos estancos, sino como parte de un sistema, de un cuerpo orgánico, homogéneo y coherente conformado por las reglas, principios y valores que están lógicamente y racionalmente entrelazados entre sí y dirigidos a la consecución de un fin supremo"²³.


1.5 Supremacía constitucional

Los juristas citados en el presente trabajo de tesis han indicado el carácter supremo y fundamental de la Constitución en la construcción del Estado. Me adhiero, a la posición teórica la cual afirma que una Constitución no lo es simplemente por desarrollar principios, valores, fines, organización, funcionamiento y relaciones de un Estado, sino, por su supremacía en el orden jerárquico respecto de las leyes ordinarias o derivadas.

Por su parte la definición que aporta Arturo Sierra de la supremacía constitucional es:

"La Carta Fundamental... plasma... el tipo de Estado, de gobierno, la estructura de los

²³ José Arturo Sierra González, **Op. Cit.**, Pág. 123



órganos públicos, sus competencias, las reglas de convivencia política, las libertades Fundamentales, así como los valores y principios directrices de la vida social, económica y política de la sociedad. Determina, además la forma de creación de las otras normas del sistema jurídico, la forma de que se habrán de adecuar, necesariamente a la ley fundamental y suprema. Es decir, funcionalmente, la Constitución es poseedora también de una fundamentalidad y supremacía formal, en tanto es fundante de todo el ordenamiento positivo, determinante de su formación y validez última”²⁴.

Sin embargo dicha acepción del principio de supremacía constitucional, creo que no llena las expectativas de esa condición sine qua non que otros autores le dan a la Constitución cito al autor Ignacio de Otto quien dice: “...la teoría jurídica puede identificar una *norma básica*, una norma que fundamenta el ordenamiento...La Constitución se identifica por una *relación* y en concreto en relación con el plano que llamamos legislación...”²⁵.

Esa *relación con el plano que llamamos legislación o sistemática jurídica*, es la supremacía que guarda el texto constitucional con la legislación ordinaria o derivada, es decir, la que deriva de algo, ese algo es la Constitución. Por lo cual, este principio es la condición sine qua non para identificar la *norma básica* sobre la cual descansa todo el ordenamiento jurídico de un Estado.

²⁴ José Arturo Sierra González **Op. Cit.** p.29

²⁵ Ignacio de Otto **Op. Cit.** p, 15



1.6 Rigidez constitucional

El principio de supremacía constitucional se encuentra ligado íntimamente con otro principio denominado rigidez constitucional el cual nos indica José Arturo Sierra: “De acuerdo al principio de rigidez constitucional, la ley fundamental sí puede ser reformada, modificada y adicionada, pero por medio de un procedimiento especial, con ritualidades específicas y por autoridades diferentes al legislador ordinario, que asumen un carácter extraordinario, denominado Poder Constituyente derivado o delegado.

Este principio evita la reforma fácil o similar a la ley ordinaria, y la peculiariza con mayores obstáculos condicionantes dada la pretensión de la Constitución de ser un texto con afán de una permanencia prolongada, en relación con la ley ordinaria”²⁶. Entiendo, de la definición que nos da, el citado jurista Sierra, que el principio de rigidez se constituye como una contención contra el poder, para que la Constitución no sea reformada más que por los medios establecidos en ella.

Asimismo, tiene otra característica fundamental, que se refiere a la diferencia que guarda el procedimiento de hacer las abrogaciones, derogatorias y adiciones al texto constitucional con el procedimiento que se tienen para realizar los mismos cambios a las normas derivadas.

²⁶ José Arturo Sierra González **Op. Cit.** Pág. 43

CAPÍTULO II

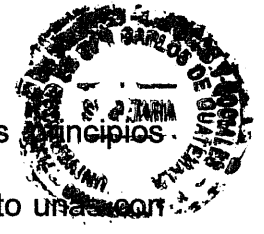


2. Interpretación constitucional

Parafraseando al maestro Tamayo y Salmorán de su obra citada más adelante, interpretación significa encontrar el sentido de un objeto de estudio. La interpretación puede ser utilizada en diversos campos de la vida social tales como la ciencia y el arte. En las ciencias jurídicas, tiene capital importancia, toda vez, que con ella encontramos las formas de aplicación de las normas escritas en los diferentes textos.

En nuestro medio la Ley del Organismo Judicial, la que es supletoria a toda la actividad jurisdiccional, nos indica en su artículo 10 cuatro medios para interpretar las leyes en general estos son: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca mas conforme a la equidad y a los principios generales del derecho. Mas adelante, discurriré de manera doctrinaria de estas cuatro formas de interpretar la ley en la República de Guatemala.

Por su parte, la Constitución debe interpretarse de forma armónica de lo cual nos informa el principio de unidad constitucional, para no entrar en contradicción con los principios constitucionales, tal cual lo indica José Arturo Sierra: "Para interpretar la Constitución debe destacársele como una totalidad ordenada y sistemática, es decir un conjunto armónico donde cada parte o precepto debe analizarse a la luz de los preceptos de las demás partes. Por ello, las disposiciones constitucionales deben ser



estudiadas en forma tal que se les armonice y estén a tono con los principios fundamentales que la informan, y no de forma tal que las ponga en conflicto unas con otras”²⁷. Esta interpretación surge al atender a la interpretación constitucional la cual no debe contrariar los principios contenidos en ella debido al carácter fundacional que se le asigna a la Constitución.

2.2 Métodos de interpretación

Como indique, ut supra, nuestro ordenamiento jurídico nacional reconoce cuatro métodos para interpretar las leyes existentes.

Estos son: a) A la finalidad y al espíritu de la misma; b) A la historia fidedigna de su institución; c) A las disposiciones de otras leyes sobre casos o situaciones análogas; d) Al modo que parezca mas conforme a la equidad y a los principios generales del derecho.

Cada uno responde a las Escuelas de interpretación de la ley las cuales son: Escuela de la Exégesis y la Escuela del Derecho Libre o Libre Investigación del Derecho.

La primera escuela, rindió culto al contenido textual de la norma, por lo que busco en primer término, encontrar el sentido de la norma en la el sentido exacto de las palabras contenidas en la norma.

²⁷ José Arturo Sierra González Op. Cit. Pág. 138



Sin embargo, dicha escuela acepto que el legislador puede llegar a tener errores comunes a todos los seres humanos. Por lo que, frente a las lagunas de ley que el legislador pudiera haber dejado el intérprete se encuentra frente a tres caminos para llevar a cabo su tarea: a) al sentido gramatical de la norma; b) al sentido teleológico de la norma cuando se presenta un texto oscuro; c) analogía de las leyes cuando no existe norma expresa.

Por su lado la Escuela del Derecho Libre o Libre investigación del Derecho, le concede al interprete o al juez, una amplia libertad para aplicar el sentido de la norma en caso de pasaje oscuro o inexistencia de la norma.

Asimismo, muchos autores, clasifican los métodos interpretativos, según el sujeto que realiza la interpretación. Sin embargo me adhiero a la posición que el sujeto que aplica el método no entraña método en sí, sino, más bien sólo los utiliza como herramienta.

Por lo cual, creo la clasificación más adecuada de los métodos es de la siguiente manera, gramatical o literal, el conceptual o lógico, histórico o teleológico.

El gramatical o literal busca el significado exacto de las palabras contenidas en la norma Jurídica.

Por su lado, el método conceptual o lógico, este se lleva a cabo aplicando los principios de la lógica, el tercer excluido, la no contradicción y la explosión, a los silogismos

jurídicos presentes, siendo la ley la premisa mayor y la premisa menor el caso concreto, y su conclusión es la resolución o sentencia del caso.



El histórico o teleológico busca, como bien lo indica la denominación del concepto, la historia de la norma, basándose el intérprete en las incidencias y antecedentes de creación de la ley, para encontrar la finalidad con la que fue creada la norma.

Nuestra legislación, precisamente recoge dicho métodos y eleva al primer método interpretativo a utilizar al método gramatical o literal. Puesto que el primer sentido de interpretación que nos da la Ley del Organismo Judicial *es conforme al texto según el sentido propio de sus palabras, a su contexto de acuerdo con las disposiciones constitucionales.*

2.3 Hermenéutica jurídica

La palabra Hermenéutica tiene su origen etimológico en la raíz griega *hermeneúo* que significa: “Expresar el pensamiento por la palabra, hacer conocer; indicar, expresar; interpretar, traducir”²⁸.

Asimismo, su origen está ligado a la teología, a la interpretación de los textos sagrados como lo señala el Jurista Rolando Tamayo y Salmorán: “Así por ejemplo, los brujos, augures o sacerdotes no hacían sino dotar de sentido ciertos hechos, formulas o signos misteriosos que, en razón de su posición o poder sólo ellos manejaban y entendían...”

²⁸ Lisandro Sandoval, **Diccionario de Raíces Griegas y Latinas Tomo I**, Pág. 293



En esta posición se hallaban los pontífices patricios... en relación las formulas del derecho, formulas que sólo ellos conocían y que interpretaban a petición de los legos²⁹. No es de extrañar pues el nacimiento del Derecho, la Religión y el Estado se da en el modo de producción esclavista, durante la Gens³⁰, que en ese momento histórico van unidos indefectiblemente.

De allí, que la Ciencia Jurídica, influenciadas enormemente por el positivismo, se haya alejado de toda concepción teológica del Derecho, separando así Derecho y Moral. Durante la segunda mitad del siglo XX, Hans-Georg Gadamer, rescata la hermenéutica poniéndola en la discusión actual de las ciencias sociales, quien la define como: "experiencia de la verdad que va más allá del ámbito de control propio de la metódica científica"³¹, viéndolo de esta forma como un saber universalista y válido para la fundamentación de la Ciencia³².

Gadamer, Larenz, Esser, Kaufmann, Hassemer o Hruschka (principales expositores), persiguen resolver la problemática que el positivismo no logra contestar, la búsqueda del ser y el deber ser, lo positivo y ontológico, lo justo y lo injusto de la norma.

Sin embargo, la fundación en un saber universalista redundaba en un oscurantismo teológico cometiendo el error de no librarla de su origen, como lo señala Raffaele de Giorgi.

²⁹ Rolando Tamayo y Salmorán **Algunas Consideraciones sobre la Interpretación Jurídica En Interpretación Constitucional**. Pág. 126 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1052/9.pdf> (23/09/09)

³⁰ Frederich Engels, **Op. Cit.** Págs. 157 a la 169

³¹ Raffaele de Giorgi **Ciencia del Derecho y Legitimación**, Pág. 109

³² **Ibid.** Pág. 114



Será, el filósofo Jurgen Habermas, al separar las ciencias empíricas de las ciencias sociales quien dé a la Hermenéutica “la capacidad de penetrar el sentido y de explicitarlo”³³, no en su sentido universalista, sino, centrando su estudio en la problemática del sentido y el comprender, dejando de esta forma amplias posibilidades para que la Teoría del Derecho tenga un desarrollo dentro de la hermenéutica, siendo esta discusión actual hoy en día.

En ese sentido, la hermenéutica propone que la exactitud buscada por los empiristas en las ciencias sociales, no es posible, puesto que los motores de la sociedad, el sistema mismo, no puede ser estudiado a partir de reglas preestablecidas adecuando de esta manera el objeto estudiado (la sociedad) a dichas reglas, lo que repercute en una coacción del pensamiento del investigador social.

Por el contrario, la sociedad únicamente puede ser comprendida desde su propia dialéctica, “cuyas categorías no sean extrañas al objeto sino que sean determinadas por aquel”³⁴.

Para el estudio de las ciencias jurídicas la hermenéutica propone la siguiente metodología, según lo expone el maestro de Giorgi en la obra ya citada en este trabajo de tesis:

³³ Raffaele de Giorgi, **Op. Cit.** Pág. 115

³⁴ **Ibid.** Pag. 116



- a) *El mediador*: Es el interprete el que dota de sentido a los signos, caracteres ideográficos, a los hechos que tienen relevancia jurídica. Para ello debe tener una pre-comprensión del objeto.
- b) *Pre-comprensión*: También llamado prejuicio, por Gadamer, según la hermenéutica todo sujeto que realice la mediación se encuentra en un momento históricamente determinado por la estructura y supraestructura de su sociedad. A la estructura y supraestructura social, la hermenéutica le denomina *tradición o autoridad*. No es más que la manifestación de la supraestructura en el mediador. Es por ello que la hermenéutica subsume todos los métodos de interpretación aceptados por las ciencias jurídicas, puesto que, nuestro pensamiento lógico jurídico está configurado por la propia historia de la filosofía occidental que parte desde Grecia hasta nuestros días, por lo que los métodos de interpretación citados en el numeral 2.2 del presente capítulo se encuentran inmersos en el proceso de pre-comprensión.
- c) *El objeto*: Para la Ciencia Jurídica serán objeto de interpretación dos posibilidades señaladas por el Jurista Tamayo Salmorán a quien cito textualmente: “a) en la adscripción de un significado jurídico dado a ciertos hechos, acontecimientos o comportamientos (objetos significados), los cuales se constituyen en objetos jurídicos, en atención de que son jurídicamente considerados, o mejor, jurídicamente interpretados. b) O bien, consiste en la adscripción de cierto significado suministrado a los objetos jurídicos, es decir, en el otorgamiento de cierto sentido a objetos conocidos como ya jurídicos (tales



como: leyes, constituciones, embargos, hipotecas, matrimonios, todos los elementos que son reconocidos como constituyendo la experiencia jurídica)".³⁵

Debido al objeto de esta tesis me centraré en el texto jurídico, la norma, como objeto de estudio, el derecho positivo, la norma escrita es un reflejo de la realidad social contenido en ella a manera de síntesis del ideal social de la Justicia. Es un indicio del sentido de dicha búsqueda, por lo que, la interpretación deberá adecuarse a una relación recíproca entre positivismo jurídico y ontología jurídica, esto únicamente se puede lograr a través del proceso de comprensión.

d) *Proceso de comprensión*: Sí bien es cierto que, el proceso de pre-comprensión está plagado por el subjetivismo que el mediador tiene en su pensamiento, por ser este un producto de un momento histórico determinado, debe arribarse a un proceso de comprensión, que no puede caer en interpretación antojadiza de la norma, pues el mediador debe utilizar la dialéctica social, que generará una forma de pensamiento circular, confrontando la pre-comprensión del texto, con lo que el legislador en el contexto social pasado quiso expresar, y lo que en el presente la norma representa, para encontrar así la *cosa del derecho*, la Justicia de la norma en el momento histórico de la interpretación, por lo que no puede obviar los principios de derecho que inspiran la norma, la cual es un reflejo de dichos principios, como el contexto histórico social del pasado y del presente.

³⁵ Rolando Tamayo y Salmorán, *Op. Cit.*, Pág. 128



e) *Principio del Horizonte*: Como se expreso, en el proceso de comprensión debe existir la comprensión de pasado y presente, estos se funden para dar un solo horizonte de visión, es decir, se debe comprender el sentido de la norma en el momento de su promulgación, su contexto y los principios que le inspiraron, pero también se debe comprender el sentido de la norma en el momento histórico en el que se realiza la interpretación, lo que la sociedad espera de ella en el presente en su ideal de justicia.

A este ejercicio dialectico, en el que se encuentra inmersas las categorías sociales, el contexto histórico de la norma, el contexto presente de la norma, los principios y valores que defiende la norma, y, lo que la sociedad espera de ella como ideal de justicia, así como la búsqueda de conciliación entre positivismo y ontología jurídica, la hermenéutica jurídica le denomina principio de horizonte.

Los doctos en materia constitucional, debido a la visión integral que presenta la Hermenéutica Jurídica declaran que es el método ideal para realizar dicha interpretación, puesto que como ya se ha afirmado en esta tesis el Derecho Constitucional, es la ciencia que estudia la interrelación del poder y la institucionalidad, estudio en el cual no se puede obviar, las categorías sociales, el contexto histórico político de la norma, el contexto social y político presente de la norma, los principios y valores que defiende la norma, y, lo que la sociedad espera de ella como ideal de

justicia, así como la búsqueda de conciliación entre positivismo y ontología jurídica
momento de su interpretación y aplicación.



CAPÍTULO III



3. Derecho internacional

3.1 Definición

Como lo apunté en el capítulo I de esta tesis, las definiciones de nuestra ciencia y sus ramas existe una variedad tan extensa como autores queramos citar, no obstante, definí derecho como *la expresión de los grupos que detentan el poder erigidos en leyes de observancia general que llevan implícito un elemento coactivo que tiene como objetivo la subsistencia de un modo económico, cultural y social determinado por la historia.*

Sin embargo, esta definición explica la relación normativa entre sujeto, sociedad y Estado, ahora bien, el mismo desarrollo histórico social de la humanidad ha llevado desde épocas antiguas a las relaciones entre los pueblos, estas relaciones se han ido complejizando cada día más hasta llegar a la sociedad humana actual marcada por el fenómeno de la globalización, que ha impulsado al Derecho Internacional como forma de interrelación pacífica entre los pueblos del mundo.

Tal como con el objeto de estudio del Derecho Constitucional, que estudia al poder en sus límites, su organización, su institucionalización y sus formas de expresión, el Derecho Internacional estudia las relaciones entre los sujetos internacionales, su organización, su institucionalización y formas de expresión, a través de las doctrinas,

principios y normas (Tratados y Jurisprudencia Internacional), según Zenteno Barillas que citaré más adelante en este trabajo de tesis.



Al igual que el Derecho Constitucional, una de sus problemáticas también radica en la axiología absolutista y la axiología formalista, herencia del lusnaturalismo y el luspositivismo, que estudiaremos en el capítulo IV.

En ese sentido, en el Derecho Internacional encontramos uno de los problemas más serios de las ciencias jurídicas, la igualdad frente la ley y la ontología del Derecho, la Justicia.

Sí en el caso del Derecho Constitucional una de sus problemáticas es la igualdad real y no la formal de los sujetos ante la ley, así como, de los sujetos frente al Estado, para limitar el poder.

En el caso del Derecho Internacional, es la desigualdad de las relaciones de poder entre los diversos Estados del Mundo, en ese sentido, en los últimos años hemos visto diversas actuaciones de las potencias mundiales en conflictos internacionales, adoptando en diversos hechos posturas disimiles, en un periodo corto de tiempo³⁶.

³⁶ Noam Chomsky, **Soberanía y Orden Mundial en El Terror como Política Exterior de los Estados Unidos**, Pág. 57 a 84

No obstante, el Derecho Internacional, como valor ontológico tiene la búsqueda de Paz Mundial, se ha desarrollado históricamente en relaciones desiguales³⁷, pero que debido a los acontecimientos del Siglo XX logró un desarrollo en tanto sus doctrinas, principios y normas, que no había tenido paragón en la historia de la humanidad.



En ese sentido, el Derecho Internacional, hoy en día tiene el reto de no caer en la axiología formalista del iuspositivismo, en tanto que existen voces entre los juristas internacionales que predicán que lo originario de las relaciones jurídicas entre los sujetos internacionales su única fuente son las normas internacionales³⁸.

Tampoco, el Derecho Internacional, puede caer a un Derecho Pre moderno que concibe un orden universal preestablecido al cual se puede arribar mediante la razón, pues como ya se dijo este conocimiento *redunda en un oscurantismo teológico*, como se indico en el capítulo II de esta tesis.

Otro de los grandes retos del Derecho Internacional, es no caer en lo pretencioso e ingenuo de algunos abogados internacionalistas que creen que esta rama del Derecho es la panacea social, despotricando en contra del Derecho Interno y los demás saberes.³⁹

Aunque estas afirmaciones, son un rompimiento con las escuelas del iuspositivismo y el iusnaturalismo, es necesario apuntar que ambas escuelas le han brindado al

³⁷ Julio Cesar Zenteno Barillas, **Derecho Internacional Público Parte I**, Págs. 33 a 88

³⁸ Andrés Botero Bernal, **Op. Cit.** Pág. 265 a 270

³⁹ **Idem**, Pág. 253 y 254



Derecho un desarrollo científico, por lo cual, sus aportes a las ciencias jurídicas han sido imprescindibles en su desarrollo.

Por lo que, encontraremos sus aportes en Doctrinas, Principios Legislación Nacional e Internacional, sin que ello sea una validación histórica de una u otra escuela, sino su aporte histórico.

Para usos de la presente investigación no ahondaré en las diversas doctrinas que explican la existencia o niegan al Derecho Internacional, pues resulta un camino infructuoso para explicar un fenómeno que es real y que cada vez más será necesario profundizar su estudio por los acaecimientos fácticos del fenómeno de la globalización.

3.2 Fuentes

Para comprender el concepto de fuentes apuntaré, que entiendo por fuentes lo que da origen, de donde emana algo, de esa manera el Derecho tiene su origen⁴⁰, en los hechos sociales o bien en los hechos y actos jurídicos, para su estudio se les ha dividido en Fuentes reales, que son los acaecimientos fácticos de la sociedad.

Así como, en Fuentes Formales que son los actos y hechos jurídicos, así como los estudios científicos de los mismos.

⁴⁰ Julio César Zenteno Barillas, **Op. Cit.** Pág. 108



Examinaré en este capítulo las fuentes del Derecho, por aspectos metodológicos, siendo estas comunes a sus ramas, Derecho Constitucional, como Derecho Internacional, así como a los Derechos Humanos.

3.2.1 Fuentes reales

3.2.1.1 Económicas:

Son aquellos fenómenos que nacen en las actividades económicas producción, distribución y consumo, es decir aquellos fenómenos sociales que se nacen en la satisfacción de necesidades de los seres humanos⁴¹.

Estos fenómenos, a través del desarrollo histórico social, han complejizado las relaciones sociales de producción, lo cual ha sido necesario normativizar por lo cual es fuente del Derecho.

Hoy nos encontramos, a nivel mundial frente al fenómeno de la globalización que podría caracterizarse, según Francois Houtart, en La Mondialisation de l'économie, citado por Baró Herrera, por los siguientes fenómenos: "el establecimiento de redes mundiales con nacionalidades cada vez más difíciles de determinar; los espectaculares progresos en los transportes y las comunicaciones; las enormes cantidades que se mueven a nivel mundial –estimadas en unos mil millones de dólares diarios- muchas

⁴¹ Julio César Zenteno Barillas, **Op. Cit.** Pág. 113

veces para cuestiones especulativas; la alta concentración en un reducido número de países⁴².



3.2.1.2 Políticos

Parafraseando al maestro Zenteno Barillas, diré que, los fenómenos políticos son aquellos que acaecen en las relaciones de poder de los sujetos en una sociedad determinada, o de grupos humanos en relación con el Estado, o en las relaciones internacionales entre los Estados o con los Sujetos Internacionales.

Estas relaciones de poder, como he apuntado en el capítulo del Derecho Constitucional, deben ser limitadas para evitar el abuso y el atropello de los más vulnerables en las relaciones sociales.

En el plano internacional, uno de los fenómenos políticos que ha provocado la globalización es la contradicción Norte-Sur, entendida esta por la relación de poder entre los Estados⁴³ que han tenido un desarrollo económico que le permite a su población vivir bajo un desarrollo humano alto, como lo ha denominado el Programa de

Desarrollo de las Naciones Unidas. Y, los Estados en los que sus poblaciones viven en un desarrollo humano medio o bajo⁴⁴.

⁴² Silvio Baró Herrera, **Globalización y Desarrollo Mundial**, Pág. 5

⁴³ Noam Chomsky, **Op. Cit.** Pág. 62

⁴⁴ Programa de Naciones Unidas de Desarrollo, **Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005**, Págs.

1 a 3



Puedo concluir devenido de lo anterior que, bajo estas contradicciones políticas y niveles económicos diferenciados han nacido los Tratados Internacionales, en el marco de la diplomacia, marcada por el conflicto Este-Oeste y ahora por las relaciones Norte Sur. No obstante, las problemáticas políticas en el Mundo, se ha tenido alguna coincidencia en el impulso de los Derechos Humanos, como marco de desarrollo humano, pues como bien lo dice el Programa de Naciones Unidas de Desarrollo, existe una relación intrínseca entre Desarrollo Humano, democracia y participación ciudadana real⁴⁵.

3.2.1.3 Sociales

No obstante el avance, en el Siglo XX y este Siglo XXI, en tanto las relaciones económicas, su normativización, así como el avance diplomático en el impulso de los Derechos Humanos, a través de los Tratados Internacionales, como marco general, de las relaciones entre los sujetos y sus Estados, y entre los sujetos y otros Estados.

La globalización, ha traído consigo, el ensanchamiento de la pobreza a nivel mundial, en especial en los países denominados del sur, entre ellos el nuestro⁴⁶.

⁴⁵ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, **Informe Nacional de Desarrollo Humano 2007-2008 Volumen I**. Pág. 4 y 5

⁴⁶ **Ibid**, Pág. 19-21



Estos hechos que van más allá del fenómeno económico ha provocado fenómenos sociales, que se interrelacionan mundialmente, en un sistema aún muy frágil, necesariamente deberá normativizarse.

Como ejemplo citaremos la migración, pues las causas de la pobreza en países como el nuestro han provocado que nuestros connacionales migren a países del Norte, como los EEUU, esto ha provocado que sus economías nacionales así como sus sistemas sociales se vean afectados o beneficiados, según sea el caso, por dicho fenómeno, por lo que se han creado acuerdos que velan por normativizar dicho fenómeno.

Asimismo, la pobreza en el Sur, como fenómeno social, ha provocado el interés cada vez mayor por parte de los países del Norte, en mitigar las causas de la pobreza en los países del Sur, a través de la Cooperación Internacional, esta también nace de acuerdos bilaterales o multilaterales, que necesariamente crean fenómenos jurídicos.

Como hemos visto, los fenómenos sociales, provocados por la globalización han producido ya fenómenos jurídicos, no obstante, hoy en día son tan bastos y complejos que sería imposible explicarlos y estudiarlos bajo el viejo lente de las ciencias jurídicas, de allí que hoy en día existan un serio estudio en todas las ramas del Derecho por interrelacionar el mismo con las demás ciencias sociales, tal como lo expone en su obra el jurisconsulto Botero Bernal, ya citado en este trabajo.

3.2.1.4 Costumbre



Existe una relación dialéctica entre la costumbre que nace en el seno de las culturas de los pueblos y su positivización en el Derecho Estatal. Entendiendo por cultura las diversas formas de vida que tienen los pueblos, las cuales incluyen su expresión estética cultural⁴⁷.

En ese sentido las ciencias sociales, en los últimos años se han ocupado con más fuerza en estudiar el fenómeno de la pluriculturalidad, en un mundo globalizado, así como la relación entre los Derechos Humanos y los pueblos originarios.

De allí que existan hoy, serios estudios de lo que se denomina el pluralismo jurídico, en nuestro país, en el que coexisten diversas culturas, ha existido dicho pluralismo jurídico ya sea reconocido por el Estado o no.

Esto lo analizaremos en el capítulo V de esta tesis, en el cual veremos la relación entre el Derecho Estamental Español y el Derecho Consuetudinario Indígena, Derecho Estatal guatemalteco y Derecho Consuetudinario, en su contexto histórico, económico, político y social en el que se han desarrollado dichas relaciones, que nos brindarán el principio de horizonte y proceso de comprensión sobre la problemática que nos ocupa.

De allí, que las costumbres como hechos sociales han sido positivizadas en el Derecho, amplios ejemplos tenemos en la historia mundial y de nuestro país.

⁴⁷ Rodolfo Stavenhagen, **Los Derechos Culturales y los Derechos Colectivos en Tiempos de Globalización en Derechos Humanos y Globalización Alternativa: Una Perspectiva Iberoamericana**, Pág. 129-130



En el plano internacional, también existe la costumbre como forma de relaciones entre los Estados, el *Ius Gentium* de donde proviene el *Ius Cogens*, el cual estudiaremos más adelante en este capítulo.

La costumbre internacional se puede expresar en la realidad social, como ejemplo el maestro Zenteno Barillas nos dice: “[...] el paso inocente de navíos mercantes en aguas territoriales extranjeras, que durante mucho tiempo fuera respetado por los Estados ribereños, sin que existiera ninguna norma jurídica escrita al respecto, lo cual fue fuente de Derecho que quedó plasmada en las convención de Ginebra de 1958; la costumbre de acreditar embajadas en otros Estados [...]”⁴⁸

3.2.2 Fuentes formales

3.2.2.1 Doctrina

Es el conjunto de estudios científicos que los juristas han realizado acerca de los fenómenos jurídicos los cuales han inspirado teorías que fundamentan, explican y sistematizan los fenómenos jurídicos, llegando a ser las diversas, las cuales históricamente se han plasmado en expresiones dentro de las normas positivas que conforman las legislaciones nacionales e internacionales.

3.2.2.2 Jurisprudencia internacional

⁴⁸ Julio Cesar Zenteno Barillas **Op. Cit.** Pág. 135 y 136



La Jurisprudencia Internacional o doctrina legal, se encuentra en los fallos emitidos por los órganos cuasi judiciales y judiciales creados a partir de los tratados internacionales para la supervisión y control del cumplimiento de los mismos⁴⁹.

A este conjunto de fallos se les denomina jurisprudencia internacional o doctrina legal. Ahora bien, existen jurisprudencias que clasifican esta como una fuente formal secundaria⁵⁰, pues no sienta *per se* precedente dentro de las diversas legislaciones nacionales.

No obstante, el fenómeno de la globalización ha provocado que en sentencias nacionales sean citados fallos de los sistemas internacionales⁵¹. Por supuesto esta aplicación ha provocado críticos, que se fundamentan en la soberanía de los Estados o que cualquier juez que quiera encontrar una cita en el *corpus juris* del mundo que soporte su opinión la encontrará⁵².

No obstante, aún es un tema polémico dentro de las ciencias jurídicas, en el caso guatemalteco, nuestra Corte de Constitucionalidad en el fallo Expediente 30-2000, *Gaceta Jurisprudencial* 58, la cual analizaremos en el último capítulo de este trabajo, dice: la cuestión a despejar es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código

⁴⁹ Gabriela Rodríguez Huerta, **Derechos Humanos: Jurisprudencia Internacional y Jueces Internos. En Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana**, Pag. 212 y 213 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/19.pdf> (21/04/2010)

⁵⁰ Julio César Zenteno Barillas, **Op. Cit.** Pág. 127 y 128

⁵¹ Gabriela Rodríguez Huerta, **Op. Cit.** Pág. 214

⁵² **Ibid**, Pág. 215



Penal (...). Determinante para elucidar el punto analizado es la discusión sobre si la pena de muerte se extendió a delitos no previstos antes de la vigencia del Pacto de San José, en el caso del artículo 201 del Código Penal, o si por el contrario, el tipo delictivo simple, sin muerte de la víctima de secuestro o plagio, no estaba anteriormente sancionado con dicha pena (...). Que un delito (plagio más muerte de la víctima) es un delito distinto del otro (plagio simple) aunque no hubiese variado el nomen, pues en el primero se perfila la protección de un bien jurídico superior: la vida. En cambio, en el otro, el bien protegido es la libertad individual (...) en ese orden de ideas, se retoma las cuestiones depuradas anteriormente: el Estado de Derecho, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos receptado convencionalmente por Guatemala y la teoría del delito como indicador clave para la aplicación de la normativa penal... tomando en cuenta que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea supuestos de razón más que de palabras aisladas, y teniendo presente mutatis mutandi la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1995 en que dijo: «las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones) citada por Manuel Juan Vallejo, **La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional**, Dykinson, Madrid, 1999, página 108) resulta que el acto reclamando violó los derechos del postulante por inaplicación prevalente y preeminente del artículo 4 numeral 2 in fine de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, (...)"



Este fallo lo analizaré más detenidamente en el capítulo correspondiente, no obstante, es resaltable en esta exposición de la jurisprudencia internacional, que la Corte de Constitucionalidad, ha citado un principio aplicado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, a cuyo fallo ni siquiera se encuentra sujeto Guatemala, por razones obvias.

Es mi criterio que la aplicación de la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos, en el Derecho Interno, debe buscar su explicación en la tesis de aplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos preeminentes sobre el Derecho Interno, que es el trabajo que nos ocupa.

3.2.2.3 Tratados internacionales

Iniciaré por definir el concepto a través de los aportes doctrinarios Zenteno Barillas, los define como: “[...] los acuerdos escritos celebrados entre sujetos del Derecho Internacional, con el fin de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones para las partes.”⁵³

Otra definición nos la otorga el tratadista mexicano Manuel Becerra Ramírez, quien para definirlos cita el artículo 2 de la Convención de Viena: “ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre los Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste

⁵³ Julio César Zenteno Barillas, **Op. Cit.** Pág. 124

en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquier otro que, sea su denominación”⁵⁴



Asimismo, el anterior tratadista nos indica que convención, acuerdo, tratado, protocolo, estatuto, declaración, son sinónimos de Tratados Internacionales⁵⁵, situación que se desprende del mismo artículo 2 de la Convención de Viena.

En ese sentido, la definición del Tratadista mexicano Becerra aún es una definición cerrada, no obstante, Zenteno Barillas nos otorga una definición más acorde a los tiempos actuales, en la cual los Tratados ya no sólo se celebran entre los Estados sino entre los Sujetos Internacionales.

Ahora bien, esos tratados nacen como fuente primaria de la voluntad de los Estados, dicha voluntad radica en su soberanía. Sin embargo he de apuntar, que la soberanía hoy en día se encuentra en pleno cuestionamiento dentro de las Ciencias Sociales, y por lo tanto en las Ciencias Jurídicas, es el presupuesto de la soberanía, en términos liberales, lo que le otorga la validez a los Tratados Internacionales.

Asimismo, recordemos que nos encontramos en la interpretación herméutica, definida en su capítulo específico, por lo que tanto Constitución Política de la República

⁵⁴ Manuel Becerra Ramírez, **El Derecho Internacional Público**, Pág. 36 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/274/2.pdf> (23/4/2010)

⁵⁵ **Ibid**, Pág. 36



de Guatemala y Tratados Internacionales *un reflejo de la realidad social contenida en ella a manera de síntesis del ideal social de la Justicia.*

3.3 Principios

Definiré dos principios que atañen al objeto de estudio de esta tesis, los cuales informan al Derecho Internacional y al Derecho de Tratados.

3.3.1 *Ius cogens*

Este principio nace en la antigua Roma, toma su referente del *Ius Gentium*, que limitaba el poder terrateniente frente a sus siervos⁵⁶.

En ese sentido, el *Ius Privatum* y su relación con el *Ius Publicum*, era la limitación al actuar privado siempre y cuando no colisionará con el Interés Público⁵⁷.

Los iusnaturalistas, ven en el *Ius Cogens* la expresión de un orden universal preestablecido, que es inmanente al Ser Humano, de esta manera, el *Ius Cogens* se definió históricamente al positivizarse en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El *Ius Cogens* lo recoge la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 53 cuando dice: **Tratados que están en oposición con una norma**

⁵⁶ Ligia Galvis Ortiz, **Comprensión de los Derechos Humanos, Una visión para el siglo XXI**, Pág. 21

⁵⁷ Antonio Gómez Robledo, **El *Ius Cogens* Internacional**, Pág. 5 versión PDF (23/4/2010), disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1073/4.pdf>




imperativa de derecho internacional general ("ius cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Debido a la cita textual puedo afirmar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados definió al *Ius Cogens* como el conjunto de buenas costumbres e instituciones Jurídicas, que no pueden ser derogadas por los acuerdos arbitrarios entre particulares, ni entre los Estados signantes, a menos que exista lo que se denomina *totus orbis*⁵⁸ es decir el acuerdo de todo el planeta, situación que recoge al final del artículo citado.

Al respecto del *Ius Cogens*, la Corte de Constitucionalidad ha afirmado en la sentencia del Expediente 872-2000, citada en la Gaceta Jurisprudencial número 60: “[...] En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización. Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere

⁵⁸ Antonio Gómez Robledo, *Op. Cit.*, Pág. 10



materia de derechos humanos. Ello es así atendiendo a que según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, las obligaciones que éste impone deben cumplirse de buena fe, no pudiendo invocarse para su incumplimiento el derecho interno, porque estas reglas, de acuerdo con la codificación realizada de ellas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, pueden ser consideradas como principios generales del derecho y consecuentemente aplicadas en el ordenamiento jurídico interno por remisión de una norma que habilite su positividad. Todo ello en atención a que según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe [...]”⁵⁹.


3.3.2 Pacta sunt servanda

Este principio que informa al Derecho Internacional, se define como la obligatoriedad que contraen los Estados de aplicar el tratado, puesto que las obligaciones devienen de buena fe⁶⁰.

Asimismo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados lo ha definido en el artículo 26 como: “**Pacta sunt servanda**”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

⁵⁹ Expediente número 872-2000, disponible en internet, (22/4/2000) a través de la web de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala: www.cc.gob.gt

⁶⁰ Ricardo Méndez Silva, **Los Principios del Derecho de los Tratados**, Pág. 63 versión PDF, disponible en internet, en la la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/7/art/art4.pdf> (23/4/2010)



Asimismo la Corte de Constitucionalidad ha dicho al respecto: “El artículo 179 de la Carta Magna integra al ordenamiento jurídico guatemalteco los principios de Derecho Internacional, lo que implica que en las relaciones inter-Estados (**sic**) de las que Guatemala forma parte rige (**sic**) a plenitud el *Principio Pacta Sunt Servanda*, según el cual los tratados deben cumplirse de buena fe, de conformidad con la común intención de las partes, principio que además, se halla regulado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que es también ley en la República”

3.4 Teoría del orden público

Según el maestro Carlos Larios Ochaita el Orden Público: [...] consiste en afirmar que las leyes extranjeras cuyo contenido afecten al orden público de un Estado no serán aplicadas en éste. La dificultad reside en establecer en qué consiste el orden público, qué es una ley de orden público”⁶¹.

En ese sentido la Ley del Organismo Judicial en su artículo 44 nos dice: Hermetismos del orden público. No tienen validez ni efecto alguno en la República de Guatemala las leyes, disposiciones y las sentencias de otros países así como los documentos o disposiciones particulares provenientes del extranjero si menoscaban la soberanía nacional, contradicen la Constitución Política de la República o contravienen el orden público”

⁶¹ Carlos Larios Ochaita, **Derecho Internacional Privado**, Pág. 42

Quisiera analizar ese último párrafo del artículo 44 de la Ley del Organismo Judicial, puesto que, se interpreta de la norma que todas aquellas disposiciones que prevengan del Derecho Internacional si contradicen la Constitución Política de la República de Guatemala o contravienen el orden público son inaplicables.



Ahora bien, es acá en donde los “constitucionalistas” guatemaltecos han visto que existe colisión entre la preeminencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los Principios de Supremacía y Rigidez Constitucional.

No obstante, como veremos más adelante, tal colisión no existe puesto el principio de preeminencia de los Derechos Humanos no se refiere a un rango Supraconstitucional, como demostraremos al final de esta tesis.

No obstante lo anterior, la misma norma nos transmite que existe un orden público al cual no puede contravenir el Tratado Internacional de Derechos Humanos, como he venido afirmando en esta Tesis en última instancia el Derecho protege un modo económico, social, político y cultural, a ese conjunto es lo que se le denomina orden público, aquellos intereses que son más altos que los particulares, los grupos que son intereses de Estado, las instituciones que le dan cimiento a dicha construcción.

Sin embargo, como hemos veremos en el capítulo VI el conjunto de instituciones, orden público, que le dan vida a Guatemala, se fundaron en la desigualdad, la exclusión y la discriminación, precisamente en valores que transgredieron los Derechos Humanos de los grupos más vulnerables del país. Es por ello, que invocar el orden público en



Guatemala, se está invocando en última instancia, a un Estado que históricamente ha violado los Derechos Humanos.

En ese sentido los estándares internacionales de aplicación de tratados, en especial, los de Derechos Humanos han partido de la aplicación del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el que literalmente dice: **“El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

En ese sentido, no se podría invocar el orden público nacional en la inaplicación de Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es decir la última frase del artículo 44 de la Ley del Organismo Judicial.

CAPÍTULO IV



4. Jerarquía de las normas

La jerarquía la define la Real Academia Española como: “1. f. Gradación de personas, valores o dignidades...”⁶², debido a lo cual definiré la jerarquía de las normas como la gradación que tienen las normas para aplicarlas al caso concreto.

Hans Kelsen en *Teoría Pura del Derecho*, en el capítulo V desarrolla la tesis del orden escalonado de la norma, allí expone por primera vez lo que sería una idea revolucionaria dentro de las ciencias jurídicas, quien define el principio de supremacía constitucional, implícitamente, en su *Razón Pura del Derecho*: “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante (sic) básica presupuesta. La norma básica, hipotética en ese sentido, es así el fundamento de su validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción.- Si, por de pronto, se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución [...]”⁶³. Luego el jurisconsulto

⁶² Real Academia Española, **Diccionario de la Lengua Española**, 22da. Edición, disponible en internet, en la Real Academia Española: <http://www.rae.es/rae.html> (21/09/2009)

⁶³ Hans Kelsen, **Teoría Pura del Derecho**, Pág. 232 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1039/12.pdf> (18/09/2009)

Eduardo García Maynez, en su Introducción al Estudio del Derecho pedagógicos, llamaría la Pirámide de Kelsen.



En esta exposición de la que vengo hablando la Constitución es la norma fundacional, las leyes ordinarias creadas por el ente legislativo vendrían abajo en la escala, mientras que los reglamentos le seguirían dentro de esta escala, asimismo, las sentencias y contratos serían leyes personalizadas que se aplicarían únicamente al caso concreto, siendo éstas las últimas de la escala.

Es en esta obra Kelsen inicia el debate en el que pasará toda una vida exponiendo la teoría monista con superioridad del Derecho Internacional, debido a la preocupación que le causaba la falta del respeto de los Tratados Internacionales en los momentos de guerra, es él quien expondrá por primera vez al mundo la necesidad de la construcción de tribunales internacionales.

He de decir que, la tesis kelseniana es la más aceptada y difundida en Guatemala, respecto a la jerarquía de las normas. Sin embargo, entraremos a conocer las dos teorías que explican la jerarquía de las normas.

4.1 Teorías que la explican

Las posiciones teóricas al respecto del tema ubican la presente problemática en dos tesis que sustentan el derecho, la monista y la dualista, respecto de la jerarquía de las normas.



Ambas teorías nos explican, desde dos puntos de vista diferentes, el ordenamiento jurídico, ya sea dos sistemas jurídicos, el interno e internacional (dualista) o por el contrario un sistema jurídico que incluye las normas de carácter internacional (monista).

En ese sentido, es un problema nacido de la jerarquía de las normas, es decir, es un problema abstracto que tiene su asidero en la ficción jurídica creada para explicar la ubicación material de las leyes respecto de otras.

Para alumbrar esta idea citaré al jurista Vicente Arranz quien nos indica sobre ambas tesis: “Para resolver los conflictos que presentan las diferentes interpretaciones, deben resolverse dos cuestiones separadas. La primera consiste en definir si el derecho internacional y el derecho interno configuran dos órdenes jurídicos independientes y separados entre sí, o si configuran ramas distintas de un tronco común. La segunda hace referencia al problema de la jerarquía de los órdenes jurídicos... La tesis dualista (Triepel y Anzilotti) considera el derecho internacional y el derecho interno como dos sistemas de derecho iguales, independientes y separados que no deben confundirse y la posibilidad de establecer superioridad de un ordenamiento sobre el otro... La tesis monista en cambio sostiene la unidad del conjunto de normas jurídicas y el principio de subordinación. Esta tesis presenta dos variantes: monismo con primacía del derecho interno (Kaufmann) y monismo con primacía del derecho internacional (Kelsen)”⁶⁴.

4.1.1 Teoría dualista

⁶⁴ Vicente Arranz. **Colección de Cuadernos De Derechos Humanos número 1**, Págs. 2 y 3



Según, el maestro Arranz, la teoría dualista sostiene que existen dos sistemas jurídicos diversos, el Derecho Internacional y el Derecho Interno, dicha teoría ha sido defendida por los tratadistas: Triepel, Anzilotti, Strupp, Oppenheim Vichinky.

Por cuanto, que los sujetos, las fuentes y las normas emanadas de cada uno de los sistemas jurídicos son diferentes, asimismo afirman que, el derecho interno tiene el poder de la coacción inmediata, mientras el Derecho Internacional su coacción se quedará en el plano moral o económico impuesto a un Estado. No obstante lo anterior, sus seguidores reconocen que existen puntos de contacto entre ambos sistemas.

Por su parte, acerca de esta teoría, Hans Kelsen afirma que: "Si reconocemos que la obligación y autorización del Estado por el Derecho Internacional significa que el orden jurídico internacional delega al orden jurídico nacional el poder señalar o determinar los individuos cuyo comportamiento forma el contenido de las obligaciones y derechos, establecidos en el Derecho Internacional entonces la construcción dualista de la relación entre Derecho Internacional y el nacional se desploma. Lo anterior, en virtud de que los seguidores de la construcción dualista suponen que el Derecho Internacional, aun cuando su validez sea independiente de la validez del Derecho Nacional es, sin embargo, valido en unión con el Derecho nacional al mismo tiempo, en tal forma que es posible juzgar una conducta humana tanto del punto de vista del

Derecho Internacional como del nacional, y no desde el punto de vista de uno y otro⁶⁵.



Esta afirmación de Kelsen, puedo concluir, que es ilógico suponer que existen dos sistemas jurídicos de coerción para las personas, pues entrarían en contradicción o bien se violentarían principios generales del Derechos.

Asimismo, Kelsen hace ver que, entre el orden jurídico internacional y el interno existe una simbiosis necesaria, pues uno sin el otro no existen.

4.1.2 Teoría monista

Esta teoría indica que el Sistema Jurídico Internacional y el Sistema Jurídico Nacional conforman un solo sistema normativo. Ya que, una sistemática sin la otra no subsistirían, esta simbiosis necesaria se da a partir de la relación dialéctica que existe entre comunidad internacional y los Estados Nacionales.

En estos momentos históricos, más que en el momento que esta teoría fue difundida dentro de la Ciencia Jurídica, se demuestra la validez del monismo debido a los acaecimientos fácticos que produce la globalización y su contenido neoliberal, es decir, convertir al mundo en la denominada “aldea global”, esto ha producido como efecto

⁶⁵ Hans Kelsen, **Introducción a la Teoría Pura del Derecho**, Págs. 83, 84, versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1956/15.pdf> (18/09/2009)

dentro de la Ciencia Jurídica, tener que optar por una posición que
fenómeno producido entre los tratados de derecho internacional y la
nacional, explicando su relación.



He de decir que, no nos encontramos solos en el planeta, por lo cual es una necesidad del Estado el reconocimiento en el plano internacional, así como es necesario tener una legislación adecuada para el ingreso de los tratados internacionales en el plano nacional. Esta teoría tiene dos vertientes Supremacía del Derecho Nacional y Supremacía del Derecho Internacional.

4.1.2.1 Supremacía del derecho nacional

Para la corriente que defiende la supremacía del derecho nacional, indica que el nacimiento de la Sistemática Jurídica Internacional, tiene su asidero en la Sistemática Jurídica Nacional.

Esto, se debe al reconocimiento que desde el Derecho Nacional se le da al Derecho Internacional, por efecto de la Soberanía, de la cual Kelsen afirma: "La Soberanía, en este sentido, no es una cualidad percibible (sic) u objetivamente reconocible (sic) de una cosa real es una presuposición...La cuestión sobre la soberanía de un Estado, es la cuestión de si se presupone o considera al orden jurídico nacional como un orden supremo..."⁶⁶

⁶⁶ Hans Kelsen **Op. Cit.** Pag. 86



4.1.2.2 Supremacía del derecho internacional:

Dentro de esta corriente, la legitimación del ordenamiento interno viene otorgada por el Derecho Internacional, toda vez que desde éste, se reconoce la capacidad de gobierno en un determinado ámbito territorial, y este es independiente de otros actores análogos, así como la capacidad que tiene para crear normas coercitivas para la población que vive en el ámbito territorial, el Derecho Internacional le reconoce la capacidad Jurídica en el plano internacional como Estado.

Como bien lo expreso Kelsen: "...Una norma de Derecho internacional general autoriza a un individuo o a un grupo de individuos para establecer y aplicar, bajo el supuesto de una Constitución efectiva, un orden coercitivo. En esta forma, el Derecho internacional legitima a este orden coercitivo como un orden jurídicamente válido dentro del ámbito territorial y temporal de su eficacia de hecho, y a la comunidad constituida por este orden jurídico, como Estado en el sentido del derecho internacional..."⁶⁷

4.2 Tratados internacionales de derechos humanos y derecho interno

El Jurisconsulto Jiménez Aréchaga entregó una definición de cómo existían diversas formas en América en relación a la recepción de Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho Interno⁶⁸, dicha clasificación ha sido la más aceptada por los doctrinarios de América Latina, por ello, a continuación se definen las cuatro

⁶⁷ Hans Kelsen **Op. Cit.** Pág. 86

⁶⁸ Eduardo Jiménez de Aréchaga, **La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno, en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Revista Número 7 de enero a junio 1988**, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=iidh&n=7> (3/1/2010)



caracterizaciones de relación entre Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Derecho Interno.

4.2.1 Supraconstitucional

Estos sistemas prevalecen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por encima de la constitución nacional, como ejemplo el jurista Henderson cita a Guatemala y Honduras⁶⁹, asimismo, el Jurista Ayala Corao coincide con Henderson en ver un rango superior de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre la Carta Magna⁷⁰

4.2.2 Constitucional

En esta clasificación de relación los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos se equiparan a la Constitución⁷¹, en este tipo de clasificación aquellas Constituciones que no tengan formulas para no entrar en contradicción con la Carta Magna esta contradicción podría ser resuelta vía el Principio **Pro Hominem**, que definiremos en el siguiente capítulo⁷².

⁶⁹ Humberto Henderson, **Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La importancia del Principio Pro Hominem**, Revista Número 39 de enero a junio 2004, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): [http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=iidh&n=39\(3/1/2010\)](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=iidh&n=39(3/1/2010))

⁷⁰ Carlos Ayala Corao, **La Jerarquía Constitucional de los Tratados relativos a Derechos Humanos y sus consecuencias en Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Pág. 42 disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/4.pdf> (3/1/2010)

⁷¹ Carlos Ayala Corao, **Op. Cit.** Pág. 44

⁷² Humberto Henderson, **Op. Cit.** Pág. 79



4.2.3 Supralegal

En esta clasificación los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, encuentran bajo la Constitución pero por encima de las leyes ordinarias⁷³, esta posición es la que ha defendido la Corte de Constitucionalidad guatemalteca, de hecho, la cual demostraremos en el capítulo VII de esta tesis.

4.2.4 Legal

En esta clasificación los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen el mismo rango que la ley interna, que es la tesis del common law “International law is part of the law of the land”, que será explicada en el punto 4.4 de este capítulo.

4.3 Ingreso de los tratados internacionales en la legislación nacional

Al respecto, nuestra carta magna establece las formalidades para que estos puedan tomar vigencia. Estas formalidades están contenidas en el artículo 183 inciso k de la Constitución Política de la República de Guatemala: “...Someter a la consideración del Congreso para su aprobación y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional...” asimismo en el artículo 171 inciso I que reza: “Aprobar antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: 1) afecten a las leyes vigentes para las que esta Constitución requiera la misma mayoría de votos.- 2) Afecten el dominio de la Nación, establezcan la unión económica o política de Centroamérica, ya sea parcial o total, o atribuyan o transfieran competencias a organismos, instituciones o mecanismos creados dentro de un ordenamiento jurídico

⁷³ Humberto Henderson, *Op. Cit.* Pág. 79

comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano”.



4.4 Jerarquía dentro del ordenamiento interno

Aunque, no expreso dentro de la legislación nacional, interpretando estos artículos obtenemos que, los tratados de derecho internacional pasan a formar parte de la sistemática jurídica nacional, por lo que podemos afirmar que nuestra Constitución adopta el sistema monista.

Adopta, el principio desarrollado dentro de la Jurisprudencia Norteamericana frente a la Ley Internacional: “International law is part of the law of the land”⁷⁴, que podría traducirse de la siguiente manera la *Ley Internacional es parte de la Ley Nacional (traducción propia)*. Este principio fue magistralmente expuesto por Kelsen, como lo ya lo indique, denominándole sistema monista.

Por lo cual, puedo afirmar que en Guatemala los Tratados Internacionales son equiparados a la ley ordinaria, rango legal, no obstante, toda norma tiene su excepción, en el caso de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, nuestra Constitución adopta el sistema monista con primacía del Derecho Internacional, en el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, no obstante resolveremos si

⁷⁴ Juan Manuel Gómez-Robledo V., **La Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno: Una Tarea Pendiente**, en **Recepción Nacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Admisión de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana**, Pág. 129 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2740/14.pdf> (23/4/2010)

nuestro sistema adopta la forma supraconstitucional, supra-legal, o constitucional, que estudiaremos en el capítulo VII de esta tesis.



También dicha norma es contentiva del Principio de Preeminencia de los Derechos Humanos, que estudiaremos en el capítulo V de esta tesis.





CAPÍTULO V

5. Derechos Humanos

5.1 Antecedentes de los derechos humanos

5.1.1 Filosóficos

Los Derechos Humanos tienen como antecedentes la historia filosófica, así pues su pasado se encuentra sumergido en las ideas filosóficas antiguas, y en la gran división de estas, por un lado Oriente y por otro Occidente⁷⁵.

Para la filosofía desarrollada en "*oriente*", esta no intenta siquiera conocer el objeto, ni lo pretende, se centra en el conocimiento del yo, como introspección, esto podría explicar el diverso desarrollo económico social en tanto apropiación de la naturaleza y su transformación, y sus grandes diferencias con el "*Occidente*"⁷⁶, es por ello que el desarrollo de sus ideas no se centra en las justificaciones de apropiación de la naturaleza que le rodea, es más nunca se puso este problema.

Mientras que la cultura "*occidental*" parte de la idea del Ser frente al objeto, estudiarlo en su esencia, comprender el objeto en sí, el ente de Parmenides da nacimiento a

⁷⁵ Mauricio García Villegas, **La Fundamentación de los Derechos Humanos, en Compilación de Trabajos Académicos del Curso Interdisciplinario En Derechos Humanos (1983-1987)**, Pág. 101 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/4/1999/7.pdf> (08/04/2010)

⁷⁶ **Ibid.** Pág. 102

dichas ideas⁷⁷, así pues vemos el desarrollo de las ideas griegas, a través de Heráclito, Protágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles⁷⁸.



En esta época histórica se fundamenta la idea del Ser Humano como medida del mundo, así como el Ser único capaz de interpretar el mundo que le rodeaba, culminando su construcción filosófica en la Política de Aristóteles, de la legitimación de éste para ejercer el poder en el mundo⁷⁹, es así como inicia la idea antropocéntrica, dándole las principales características ontológicas al Ser Humano.

La idea del conocimiento de verdades absolutas, inmutables, de apropiarse del mundo que les rodea, por el simple hecho de ser Hombres, se fortalece con las ideas cristianas de la teología tomista, justificando de esta manera la corriente iusnaturalista para quienes los valores son eternos, inmutables e inherentes al Ser Humano.

No obstante ya en la modernidad, estas ideas son ampliamente cuestionadas primero por Descartes, iniciando un pensamiento que cuestiona el conocimiento de la verdad absoluta del hombre, a la cual únicamente se puede arribar a través del pensamiento, no obstante aún las ideas del alma, Dios y los valores inmanentes dan certitud al pensamiento.

⁷⁷ Mauricio García Villegas, Op. Cit. Pág. 101.

⁷⁸ Ligia Galviz Ortiz, Op. Cit. Pág, 18

⁷⁹ Idem. Pág. 19



Luego por Locke, Berkley y Kant, se desarrolla la idea que a esos valores immanentes únicamente se puede llegar a través de la razón, a esta corriente se le denomina escéptica.

Existe una idea de Kant, que quisiera resaltar, en su obra *Por la Paz Perpetua* desarrollando conceptos que hasta el día de hoy perviven tales como: el principio de libertad de todos los miembros de una sociedad, el principio de dependencia a la legislación y el principio de igualdad de los ciudadanos⁸⁰.

Estas construcciones filosóficas, dan nacimiento a las dos grandes corrientes de pensamiento jurídico que hasta el día de hoy tenemos el lusnaturalismo y el luspositivismo.

Así pues los lusnaturalistas afirman que, fuera del mundo existe un conocimiento objetivo al cual se puede arribar a través de la razón, por lo cual la norma es expresión de acercamiento a esa verdad objetiva⁸¹.

Mientras los luspositivistas, dicen que, ese mundo ideal no se puede conocer objetivamente, que lo único objetivo es la norma en sí, es lo único comunicable en su construcción lógica⁸².

⁸⁰ Ligia Galviz Ortiz, **Op. Cit.** Pág. 20

⁸¹ Mauricio García Villegas, **Op. Cit.** Pág 100

⁸² **Idem.** Pág. 100



No obstante, debido al discurso metafísico del iusnaturalismo y al exceso de formalismos del iuspositivismo, Kerkegaard, hace una crítica profunda de lo inhumano que resulta la racionalización kantiana en términos existenciales.

Mientras que Marx rompe con los excesos de la metafísica, por los que, Marx, Freud y Nische buscan un realismo, la certeza que parta de las ciencias naturales, pero siempre influidos por la idea que el objeto es posible comprenderlo en su totalidad, la idea de verdades absolutas se encuentra aún presente⁸³.

Este debate impactará a los Derechos Humanos, a tal punto, que en las construcciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos subsiguientes, se verá como ambas corrientes aportarán conceptos propios dentro de los cuerpos sistemáticos de Derechos Humanos.

5.1.2 Políticos

En Europa, cuna del mundo occidental durante muchos siglos se desarrollo el feudalismo, en donde los nobles, los reyes y los sacerdotes eran los dueños de los medios de producción, durante esta época el iusnaturalismo será el que justifique este modo de producción, por lo cual las garantías de los seres humanos serán conocidas como Derechos Innatos o Derechos Naturales.

⁸³ Mauricio García Villegas, **Op. Cit.** Pág. 103



Así pues la acumulación del capital por parte de los burgueses provocó que de un Derecho reglado y sistematizado fuera el que rigiera las relaciones sociales de producción, encontrando su asidero en las ideas filosóficas de Descartes, Locke, Berckley, Kant y Montesquiu.

Así pues, dichas ideas se positivizaron así como las ideas aportadas por el iusnaturalismo⁸⁴, a cuerpos sistemáticos que como se explica en el capítulo 1.3 de la presente investigación es el proceso de nacimiento de la Constitución y el constitucionalismo, de esta manera las garantías de los Seres Humanos fueron conocidas como Derechos Fundamentales del Hombre.

Esto como producto de la revolución burguesa que promueve el fin del feudalismo en Europa, dando pasó a lo que hoy conocemos como el Estado moderno, fundamentado en una Constitución Política⁸⁵.

No obstante, el avance que significó el reconocimiento de los Derechos Fundamentales del Hombre, Europa en su devenir histórico, verá durante el siglo XIX como la acumulación originaria del capital, predicada por los revolucionarios burgueses provocan grandes conflictos sociales, que desembocarán en la revolución Socialista Sovietica, aportando al mundo los Derechos Sociales⁸⁶ que retoma la Constitución de Alemania de 1918, es decir aquellos que ven al individuo como parte de una sociedad y

⁸⁴ José Antonio García Becerra, **Teoría de los Derechos Humanos**, Pag. 23 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/3/1460/4.pdf> (08/04/2010)

⁸⁵ **Idem.**

⁸⁶ Ligia Galvis Ortiz, **Op. Cit.** Pág. 25



para su pleno desarrollo es necesario que existan ciertas condiciones ambientales, culturales y económicas, cuyo referente histórico lo toman de la Revolución mexicana de 1910, cuyo desenlace fue la Constitución mexicana de 1917⁸⁷. Así durante la primera mitad del siglo XX se consolida el conjunto que hoy denominamos Derechos Humanos, como hechos políticos devenidos de diversas revoluciones, así como el efecto causado en los imaginarios sociales y políticos luego de la segunda guerra mundial.

5.1.3 Jurídicos

Según Galviz Ortiz en su obra ya citada, el antecedente más antiguo en el mundo occidental lo tenemos en la Ley de las Doce Tabas, que preceptua una serie de leyes civiles reguladoras de las relaciones entre los particulares, así pues regulaba también leyes de familia y leyes comerciales que conformaron el sistema jurídico de la República Romana y luego del Imperio Romano. Así el primer antecedente es el *ius Gentium*, antecedente también del *ius Cogens*, que estudiaremos más adelante como institución actual.

El *ius Gentium* o Derecho de Gentes, se expresa de la siguiente manera: “lo que la razón natural ha establecido en todos los hombres y, por esta razón, es observado uniformemente por todos los pueblos”⁸⁸.

⁸⁷ Julio César Zenteno Barillas, **Op. Cit.** Pág.209

⁸⁸ Ligia Galvis Ortiz, **Op. Cit.** Pág. 21 y 22

El Derecho Romano, es la fuente de todos los ordenamientos jurídicos occidentales, especialmente los del mundo latino, al cual, vía el Derecho Español, pertenece el Derecho Latinoamericano y por ende el Derecho Estatal Guatemalteco.



El devenir histórico del mundo occidental, ha pasado por estadios económico sociales que se han justificado vía el Derecho así pues, el esclavismo y el feudalismo encontrarán su justificación filosófica en las ideas desarrolladas por los filósofos griegos y los tomistas, la idea que un derecho natural rige las relaciones sociales de producción justificará que los reyes y los sacerdotes, sean los que transmitan este conocimiento, a través de un Derecho Estamental⁸⁹.

Durante la Revolución francesa y el afianzamiento del Constitucionalismo en el resto de Europa, el Derecho tomará las características que hoy conocemos, así pues, se iniciará el camino de las ideas iuspositivistas que hasta hoy nos acompañan.

El modelo socialista jurídico, inspirado en las ideas marxistas e instaurado por la revolución soviética, desarrollará ampliamente durante el siglo XX, en los países del bloque socialista, en donde el individuo se ve integrado a un colectivo perdiendo su configuración identitaria como individuo, problema que nunca se llegó a resolver dentro de dicho modelo jurídico.

⁸⁹ José Antonio García Becerra, **Op. Cit.** Pág. 25



5.1.4 Visión euro céntrica de los derechos humanos

Al conjunto de estas ideas filosóficas, políticas y jurídicas se le denomina la visión euro céntrica de los Derechos Humanos, que no es más que el devenir histórico filosófico, político, social y jurídico que estos han tenido en Europa, en donde el triunfo de los Derechos Humanos, es el triunfo de la Razón y el Derecho como medios para dirimir los conflictos sociales y políticos⁹⁰.

5.1.5 Los derechos humanos desde América Latina

En nuestro continente, los debates filosóficos fueron trasladados desde Europa a nuestras tierras, así pues por el hecho de la conquista, estas ideas fueron impuestas a los pueblos originarios⁹¹.

Aunque, el desarrollo de estas ideas filosóficas, políticas y jurídicas, han tenido un amplio debate en los círculos intelectuales de nuestro continente⁹², estos aún son ideales plasmados en los textos constitucionales, ya que nuestra historia ha estado plagada de la violación de los mismos.

Asimismo, diré que, en su configuración como ideales de la democracia, estos se ha quedado en el plano formal porque los Estados latinoamericanos, pues no han sido capaces de tomar en cuenta a todos los grupos vulnerables de nuestros pueblos, que históricamente han sido discriminados.

⁹⁰ Ligia Galvis Ortiz, **Op. Cit.** Pág. 18-28

⁹¹ **Ibid.** Pág. 29

⁹² **Ibid.** Pág. 33



Por el contrario, los grupos vulnerables han sido únicamente receptores de los mismos por lo que la conciencia universal de los Derechos Humanos, en especial en nuestro país, es variable y voluble, dependiendo del grupo social que le defina ante su interlocutor, como se apuntará en el capítulo VI de la presente investigación.

Sin embargo, a pesar de los aspectos negativos, existe una conciencia generalizada en nuestras sociedades de contar con instrumentos que caractericen y defiendan la dignidad humana.

Por lo que, la tarea durante este siglo se convierte en que esos aspectos formales contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala se conviertan en realidades sociales, políticas y jurídicas para arribar de esta forma a la construcción de un Estado multiétnico, multilingüe y pluricultural, con justicia social y equidad económica, esencialmente democrático.

5.2 Desarrollo reciente de los derechos humanos en el mundo

El Mundo occidental durante el Siglo XX, se vio sometido a dos guerras mundiales, me centraré en la Segunda Guerra Mundial por ser este hecho histórico el que impulsa el avance de los Derechos Humanos.

Así pues Europa durante el Siglo XX, vivió la revolución soviética, como respuesta a las injusticias económicas y sociales que había producido el capitalismo como modo de producción.

Asimismo en países como Alemania e Italia debido a la crisis económica de 1929, tiene auge el fascismo y el nazismo⁹³ como ideologías, propugnaban por un estado nacionalista, en donde el sistema capitalista se encontraba protegido, a costa de la destrucción de las razas inferiores⁹⁴, la colaboración popular que tuvieron estos regímenes fue uno de los factores determinantes para su avance.



Lo anterior me permite afirmar que, estas ideas nacionalistas provocaron un avance en contra de los países vecinos con la finalidad de ampliar su radio de acción y poder, lo que provocó entre otras cosas la Segunda Guerra Mundial.

Asimismo me permito decir que, estos hechos impactaron de tal manera a Kelsen, por lo que será una preocupación constante, la garantía de los Derechos contenidos en la Constitución aún por vía del Derecho Internacional.

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, las ideas kelsenianas (iuspositivistas) tuvieron gran aceptación pues estaban orientadas a garantizar la Paz mundial, así como la democratización de las sociedades, la limitación del poder a través de las normas, sin que estas tuvieran influencia moral⁹⁵.

⁹³ José Gomez Navarro, Et. Al., **Historia del Mundo Contemporánea**, Pág. 311

⁹⁴ **Idem.** Pág. 269

⁹⁵ Pedro Niken, **El Concepto de los Derechos Humanos, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo I**, Pág. 20 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/4/1835/3.pdf> (12/04/2010)



No obstante, la influencia iuspositivista, los Derechos Humanos también reciben el influjo del desarrollo histórico del iusnaturalismo, en tanto sus características de inherencia y universalidad.

Estos dos influjos, para algunos autores, es el reconocimiento histórico del aporte de ambas corrientes en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no obstante, este *empate*, no es más que el cansancio teórico de no poder dar una fundamentación clara y concreta a los Derechos Humanos⁹⁶.

Estos factores determinaron que las Naciones Aliadas, vencedoras claras de la guerra en contra del nazismo y el fascismo, Inglaterra, Estados Unidos y la URSS, decidieran dar el impulso a la creación de un nuevo órgano supranacional con el objeto de dirimir los conflictos de los Países miembros, con la diferencia con su antecedente, La Liga de Naciones, que parte de unos Derechos universalmente reconocidos, en estas condiciones históricas nació la Organización de Naciones Unidas (**ONU**).

No obstante, estos Países, representaban dos ideologías que entendían al mundo de diferentes maneras y que tenían dos modos de producción diferentes, el capitalista y el socialista.

Así pues, los Derechos Humanos, inician su caminar denominados de esta forma con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre 1948, siendo

⁹⁶ Mauricio García Villegas, *Op. Cit.* Pág. 105

impulsada como una declaración moral, que luego con la Declaración de Teherán (1968) tendría fuerza vinculante para los Estados Miembros.



Por lo que, la Declaración Universal de los Derechos Humanos debemos entenderla desde la perspectiva de un consenso de dos corrientes ideológicas irreconciliables, para cada una de ellas los valores éticos que la fundamentan significaban cuestiones contrarias.

En ese sentido, al finalizar la segunda guerra mundial también configuraría el conflicto este-oeste, en este escenario geo político mundial el avance de los Derechos Humanos fue arduo pues dicho conflicto ideológico se plasmó en los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

No obstante, los Derechos Humanos en los últimos 60 años han tenido un desarrollo sin igual, pues se ha impulsado su internacionalización para protegerlos y garantizarlos, cuestionando seriamente en la práctica las soberanías nacionales, situación que hoy aún es un debate en las ciencias jurídicas.

Por otro lado, los Derechos Humanos de ser meras declaraciones morales de carácter internacional, pasaron a ser instrumentos exigibles, tanto a nivel nacional, regional y mundial⁹⁷.

⁹⁷ Pedro Niken, **Op. Cit.** Pág. 21



Asimismo, hay quienes ven que configura una ciencia autónoma dentro del Derecho, tal como lo plantea ya en los años 70`s el juriconsulto guatemalteco García Bauer,⁹⁸ no obstante esto traería otras implicaciones que no debatiremos en esta investigación, sin embargo apuntaré que los Derechos Humanos se encuentran íntimamente ligados al estudio del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional, quizá su punto de encuentro.

5.2.1 Conflicto este oeste

El conflicto ideológico filosófico, que polarizó al mundo durante casi la mayoría del siglo XX, se puede centrar sobre todo en dos visiones del mundo. Para el denominado Oeste u Occidente, herederos del pensamiento liberal de las revoluciones: americana y francesa, para quienes la propiedad individual y la libertad individual son fundamentales para el desarrollo social.

Mientras que para el Este o bloque soviético, la propiedad de los medios de producción así como la libertad individual deben estar sujetas a la propiedad y voluntad colectiva, para el pleno desarrollo de la sociedad.

Ambas corrientes impactarán en el desarrollo de los Derechos Humanos, puesto que son dos visiones diversas del mundo, es por ello que los pactos de Derechos Civiles y

⁹⁸ Carlos García Bauer, **¿Puede elaborarse ya una disciplina jurídica autónoma de los Derechos Humanos?, en Veinte años de Evolución de los Derechos Humanos**, versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/2/848/20.pdf> (12/04/2010),

Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se verán enfrentados al discurso político inflexible de la época.



No obstante, parafraseando al autor ya citado Mauricio García Villegas, el triunfo más grande de esta época histórica es que firmarán los dos bloques con diferencias ideológicas insalvables, para llegar a un acuerdo de limitación del poder de los Gobiernos en el mundo⁹⁹.

5.3 Derechos individuales y derechos colectivos o sociales

Tomaremos la definición que brinda la Jurisconsulta Ligia Galvis Ortiz: “Son Derechos individuales los que se refieren a la persona de manera inherente e indisoluble, cuyo ejercicio sólo puede ser realizado por el individuo como un acto que se desprende de su fuero interno y cuyas consecuencias son predicables de la persona que lo ejecutó”.

Mientras que la autora citada define los Derechos Sociales o Colectivos como: “...son los que se predicán de los grupos o de la sociedad en general y se configuran a partir de la noción de sujeto colectivo. Son los derechos que protegen el interés general”¹⁰⁰.

⁹⁹ Mauricio García Villegas, *Op. Cit.* Pág. 92

¹⁰⁰ Ligia Galvis Ortiz, *Op. Cit.* Pág. 64 y 65



Así pues quienes se consideran *liberales* no aceptan como Derechos Humanos los denominados Sociales o Colectivos, pues ven una colisión de los mismos con los Derechos Individuales¹⁰¹.

En ese sentido hoy existe una seria discusión que no ha tenido finalización que tiene sus orígenes en las ideas filosóficas, acerca de los valores universales e inmanentes, o bien en que estas son meras valoraciones históricamente determinadas por un modo de producción económico¹⁰².

No obstante, me adhiero a una tercera posición respecto al tema que es ver a los Derechos Humanos como interrelacionados e integrales, puesto que sin el pleno desenvolvimiento de los Derechos Sociales o Colectivos, no puede existir un desarrollo integral del individuo, en las sociedades¹⁰³.

5.4 Desarrollo reciente de los derechos humanos en América Latina

El caminar de los Derechos Humanos en nuestro continente ha sido arduo, como ya se apuntó, a pesar que el Desarrollo más fuerte de los Derechos Humanos ha sido en el plano internacional a partir de los foros internacionales como la ONU y la Organización

¹⁰¹ Raúl Saenz Burgos, **Sobre la Interpretación de los Derechos Fundamentales, en Derechos Humanos: Temas y Problemas**, Pág. 360 versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/6/2758/12.pdf> (10/04/2010)

¹⁰² Miguel Alfonso Martínez, **Ponencia en Seminario de Derechos Humanos, La Habana 1997**, Pág. 159 versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2062/11.pdf> (10/4/2010)

¹⁰³ Antônio Augusto Cançado Trindade, **Desafíos de la Protección Internacional de los Derechos Humanos al Final del Siglo XX, en Seminario de Derechos Humanos, La Habana 1997**, Págs. 116 y 117 versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/5/2062/8.pdf> (10/4/2010)

de Estados Americanos (OEA), para nuestro continente. Nuestros países han hecho serios intentos por garantizar los Derechos Humanos dentro de sus ordenamientos jurídicos internos.



De esta cuenta, no son pocos los países latinoamericanos que en materia de Derechos Humanos es preeminente la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho nacional, siendo en América Latina: Guatemala, Perú, Honduras, Colombia, El Salvador, Uruguay, Costa Rica, Nicaragua, Argentina, entre otros¹⁰⁴.

He de decir que el precedente del principio de preeminencia en América Latina lo sentó Perú y Guatemala, como bien lo expresa Juan Travieso al analizar la relación entre Derechos Internacional, Derechos Humanos y Derechos Argentino, que tiene como antecedente el artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala¹⁰⁵.

No obstante, Guatemala sentó el precedente del principio de preeminencia de Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos sobre el Derecho Interno en América Latina, en materia del desarrollo de dicho principio en su aplicación se ha quedado un poco a la zaga del resto de países que lo contemplan en sus cuerpos constitucionales, por los motivos que expondremos en el capítulo V de la presente investigación.

¹⁰⁴ Universidad Nacional Autónoma de México, **Las Constituciones Latinoamericanas**

¹⁰⁵ Juan A. Travieso, **Los Nuevos Paradigmas. Enfoques con nuevas consideraciones metodológicas, en La Aplicación de Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales**, Pág. 128



5.5 Teorías que fundamentan los derechos humanos

5.5.1 Corriente iusnaturalista

El ius naturalismo según la definición que nos presenta Norberto Bobio citado por Eusebio Fernandez en la obra ya citada en la presente tesis, es: “aquella corriente que admite la distinción entre Derecho Natural y Derecho Positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo”. Nos quiere transmitir el maestro Bobio que esta corriente entraña un sistema paralelo que es universal, inmutable e inalienable, llamado Ley Natural, asimismo, afirman sus defensores que dicho sistema no es conocido por los seres humanos sino que logra acercamientos a él cuando el Derecho se convierte en positivo, es decir, la norma escrita.

Esta corriente, afirma que los Derechos Humanos son inherentes a la persona, que dichos derechos pertenecen a ese orden universal no conocido por el ser humano, asimismo afirma que el acercamiento a dicho orden se da a través de la razón (iusnaturalismo racional S. XVIII), convirtiéndose entonces en norma positiva, esta es la fundamentación teórica de los Estados liberales.

5.5.2 Corriente iuspositivista

Los iuspositivistas niegan totalmente un sistema previo de Derecho, que no sea el emanado por el órgano legislador. En ese sentido para los iuspositivistas: “Los

Derechos Humanos se otorgan por la ley, Constitucional u ordinaria según los diferentes sistemas, emanando de la misma”¹⁰⁶.



Así pues el positivismo reduce lo objetivo y comunicable a la norma jurídica, no obstante, tanto la corriente positivista como la corriente iusnaturalista, no toman en cuenta la realidad histórico social que ha determinado las instituciones jurídicas.

De esta manera, los positivistas ahogan al Derecho en un formalismo que puede justificar los excesos tal como sucedió en la Alemania Nazi, en palabras de Gustav Radbruch en su obra Arbitrariedad Legal y Derecho Supra legal citado por Atria: “Por medio de dos principios supo el nacionalsocialismo aherrojar a sus seguidores, por una parte a los soldados y por otra a los juristas: ‘ordenes son ordenes’ y ‘la ley es la ley’[...] El principio la ‘ley es la ley’ no conocía [...] limitación alguna. Era la expresión del pensamiento jurídico positivista, que dominó por muchos decenios, casi sin ser contradicho, a los juristas alemanes”¹⁰⁷

En ese sentido también apunta Botero Bernal cuando expresa: “[...] es la posición dominante en las facultades de derecho que definen a su objeto de estudio con elementos estrictamente jurídicos [...] una noción de derecho parte de lo histórico, lo social, lo político, lo deontológico, etcétera. Creer que el derecho se define a sí mismo,

¹⁰⁶ José Antonio García Becerra, **Op. Cit.** Pág. 37

¹⁰⁷ Fernando Atria, **La ironía del Positivismo Jurídico**, en **DOXA No. 27**, versión PDF (12/4/2010), disponible en internet, en la Biblioteca Virtual Miguel Cervantes: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/09259512077961540032268/028045.pdf?incr=1>

sin necesidad de recurrir a otras disciplinas y referentes, es pretencioso y demás eso un acto de ingenuidad [...]”¹⁰⁸.



5.5.3 Corriente ética

Expuesta por Eusebio Fernández, dicha posición se desarrolla como una conciliación de ambas posiciones teóricas la cual nos expresa el autor mencionado que es: “la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales se basa en la consideración de esos derechos como derechos morales, entendiendo por derechos morales el resultado de la doble vertiente ética y jurídica”¹⁰⁹ el autor realiza una ecléctica de ambas corrientes, sin embargo, aún ubica los derechos humanos en una fase previa axiológica, no saliendo de una mera posición iusnaturalista que el mismo autor acepta más adelante en su obra: “tampoco tengo ningún impedimento en considerarme iusnaturalista en un sentido deontológico, crítico abierto y funcional”. Por lo consiguiente esta postura tampoco logra salir de lo que el mismo autor denomina “el círculo vicioso de el iusnaturalismo y el positivismo”¹¹⁰.

5.5.4 Corriente historicista

La corriente historicista por su parte dice: “el concepto y formulación de los derechos humanos se ha ido decantando a través de la historia a partir del núcleo teórico más amplio de la humanidad, entendida ésta no en su apoyo sentimental, sino objetivado la esencia del hombre como un concepto unitario y abstracto”; los derechos humanos “se

¹⁰⁸ Andrés Botero Bernal. **Op. Cit.** Pág. 254

¹⁰⁹ Fernández Eusebio. **Teoría de la Justicia y Derechos Humanos.** Pág. 104

¹¹⁰ **Idem.** Pág. 113



fundan, no en la 'naturaleza' humana, sino en las necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad"; por tanto "la temática específica de los derechos humanos estará en función y de los fines que ella misma pretenda realizar, siempre que se respete como principio ineludible la propia esencia de la dignidad de la persona humana como el fin de sí misma, pues de otra forma no podríamos hablar del 'hombre', sino de cualquier otra cosa, aunque justa y útil", como nos dice Manuel Peris en su obra *Juez, Estado y Derechos Humanos* citado por Eusebio Fernandez en su obra ya citada en el presente trabajo, esta postura defiende que los Derechos Humanos no son más que meras reivindicaciones históricas, relativas a la sociedad y al contexto donde se desarrollan.

5.6 Definición

Los antecedentes de los Derechos Humanos se encuentran en un pasado remoto, ha sido un devenir histórico hasta denominárseles de esta manera, en ese sentido, se les ha denominado de diversas formas y han tenido diversas implicaciones, daremos únicamente un listado de las formas en que se les ha denominado: *Derechos Innatos, Derechos Naturales, Derechos Individuales, Garantías Individuales, Garantías Constitucionales, Derechos Fundamentales, Derechos de la Personalidad, Derechos Subjetivos Públicos, Derechos Esenciales del Hombre, Derechos del Gobernado*¹¹¹, la enumeración no es exhaustiva por lo que pueden existir otras formas en que los ha denominado las diversas legislaciones o bien la doctrina.

¹¹¹ José Antonio García Becerra, *Op. Cit.* Págs. 11-13

Así hoy en día todas las teorías que les fundamentan, convergen en que son condiciones básicas para el desenvolvimiento pleno del Ser Humano.



Ubicaré los Derechos Humanos en la siguiente definición dictada por el Licenciado Julio César Zenteno Barillas que nos dice al respecto: "Derechos Humanos es el conjunto de Derechos y libertades fundamentales de carácter civil, políticos, económicos, sociales y culturales atribuibles a toda persona sin cuyo respeto no puede concebirse su normal desenvolvimiento y progreso como miembro de la humanidad."¹¹² Asimismo, diré que, estos han sido obtenidos por la humanidad históricamente a través de luchas pacíficas o violentas en respuesta al atropello y violentación por parte de los grupos de poder erigidos en ley en contra de los grupos vulnerables.

Por lo que, para su subsistencia deben tener implícita la categoría de igualdad de oportunidades, es decir, estos derechos ubican en un mismo plano a toda persona.

Asimismo, para aportar al presente concepto aceptaremos que contienen los Derechos Humanos, valores éticos, estos han sido parte de las reivindicaciones propias de grupos, capas o clases sociales y estos se han impuesto sobre otros grupos para su reconocimiento en el Derecho Positivo, a través de sus luchas propias.

En ese orden de ideas, apuntaré que, todas las teorías que explican a los Derechos Humanos tienen un denominador común la necesidad de su existencia y defensa para obtener una convivencia social basada en valores éticos que nos lleven a ser mejores

¹¹² Julio César Zenteno Barillas, **Op. Cit.** Pág.124



seres humanos en un mundo pacífico, que brinde oportunidades de desarrollo integral para los seres humanos.

Es ese punto intermedio del que habló Bodenheimer, entre las dos formas de vida social que el autor expone, el despotismo y el anarquismo, al cual le asignamos el valor teleológico en el primer capítulo de esta investigación.

Por lo cual, el estudio de los Derechos Humanos podría ser un punto de partida para encontrar ese Derecho humanizado que se interrelacione con los diversos factores reales de una sociedad.

5.6.1 Características

Las características de los Derechos Humanos las han enumerado de diversas formas los jurisconsultos que han escrito sobre la materia, Bidart Campos, Gacía Becerra, Galviz Ortiz, Pedro Niken, Cançado Trindade, por mencionar algunos, han realizado una enumeración exhaustiva o una enumeración no exhaustiva. Para fines de la presente investigación resaltaré aquellas características en las que los diversos jurisconsultos encuentran consenso, así como las más importantes a mi juicio.

5.6.1.1 Inmanencia o inherencia

Como bien se notará esta característica la heredan los Derechos Humanos del pensar iusnaturalista, así pues la inmanencia o inherencia se refiere al conjunto de Derechos



Naturales propios del Ser Humano, aún no conocidos o bien que ya se encuentran positivizados en la legislación a través de la razón.

No obstante, como ya se apuntó, el iusnaturalismo llega a una fase axiológica absolutista, que permite más tarde o más temprano los abusos del intérprete, el Derecho Premoderno como le denominan los positivistas.

Los positivistas, ven en cambio la inherencia o inmanencia en función del reconocimiento objetivo que se encuentre en la norma, llegando así a una axiología formalista que asfixia a la justicia en función del cumplimiento formal, crítica que ya se ha apuntado.

Aplicando pues su fundamentación histórica, entenderé por la inmanencia o inherencia, no sus definiciones positivistas o naturalistas, cuyo debate resulta infructuoso en la defensa de la dignidad humana.

La característica de inmanencia o inherencia le brinda a los Derechos Humanos la defensa de la dignidad humana así como su desenvolvimiento integral frente al poder público limitando sus acciones o remediando sus omisión, debido a esta característica los Derechos Humanos pueden encontrarse positivizados en la Costumbre internacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o en la legislación nacional, asimismo le son inherentes a la democracia actual, pues sin su pleno desenvolvimiento no podríamos hablar de sociedades democráticas.

Nuestra legislación recoge esta característica en el artículo 44 de la Constitución Política de la República cuando dice: “Los derechos y garantías que la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.- El interés social prevalece sobre el particular.- Serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza.”



5.6.1.2 Universalidad:

La Universalidad es una característica que deviene de su inmanencia o inherencia según los iusnaturalista. No obstante, los iuspositivistas definen esta característica en relación con el reconocimiento que la mayoría de Estados tienen de las Declaraciones, convenios, pactos o tratados que versen sobre los Derechos Humanos, como compromisos para erradicar todas las formas en que se menoscabe la Dignidad Humana.

No obstante, la universalidad como característica también le define que según los iusfilosofos clásicos estos Derechos son reconocidos por todos los seres humanos, lo cual, endilga a todos los Hombres un conocimiento previo de los mismos, debido a la exposición que se ha realizado en este capítulo así como la que se realizará en el capítulo siguiente, que esta Universalidad entendida de esta manera choca con las culturas de los pueblos originarios en muchas ocasiones, Sin embargo, ese relativismo cultural no puede ser puesto como limitante por parte de los Estados para el impulso de los Derechos Humanos.



Entenderé pues por Universalidad las aspiraciones comunes por parte de los Estados del mundo en tanto garantizar la Dignidad Humana, la cual debe tener pertinencia cultural en relación con las minorías discriminadas que habiten en el Estado que los aplique.

Este reconocimiento universal se encuentra en los instrumentos internacionales tales como: Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos del Hombre, enumero algunos sin ser exhaustivos.

De la misma forma, los Derechos Humanos están garantizados en nuestra legislación en los artículos 44 y 46, y bastante desarrollados en la parte dogmática de la Constitución Política de la República, sin que la enumeración que contiene la Carta Magna sea *numerus clausus* como bien lo indica el artículo 44 Constitucional.

5.6.1.3 Indivisibilidad, interdependencia e interrelación

Como ya se expuso, ha existido y aún subsiste, un debate acerca de la división de los Derechos Humanos, en individuales y colectivos. No obstante, los Derechos Humanos no tienen ninguna dicotomía pues, aunque los derechos civiles y políticos eran una limitación al poder público, estos también contienen carácter progresivo, es decir que para su implementación obligan al Estado a realizar acciones para su pleno cumplimiento.



Mientras, que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son obligaciones de acciones que el Estado tiene para la implementación de los mismos, su carácter progresivo, no obstante, también contienen limitaciones del poder público.

Debido a estas características no es posible la división de Derechos Humanos que pretenden los liberales como Hayek, expuesto *ut supra*, asimismo, su interdependencia se encuentra en que sin la consonancia y correspondencia de los Derechos Civiles y Políticos con los Derechos Económicos, Sociales y Culturales no puede haber un desenvolvimiento pleno e integral de los seres humanos, es acá donde se manifiesta también su característica de interrelación.

Esta dicotomía, entre Derechos Individuales y Colectivos, fue superada como bien lo apunta Cançado Trindade: "...Hoy se reconoce que los diversos instrumentos internacionales que se relacionen con la salvaguardia de los derechos de ciertas categorías de personas protegidas deben ser abordados globalmente en el sentido de que son *complementarios* en relación con los tratados de protección general...Desde 1968, la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán proclamo la indivisibilidad de los derechos humanos afirmando que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales..."¹¹³

¹¹³ Antônio Augusto Cançado Trindade, **La Protección Internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales, en Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo I**, Págs. 42 y 43 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1835/5.pdf> (13/4/2010)

5.6.1.4 Exigibilidad o justiciabilidad



La exigibilidad o justiciabilidad de los Derechos Humanos ha sido una de las características que más debate ha generado a lo largo de su desarrollo, no obstante, existe hoy en día una conciencia generalizada que es necesario crear instrumentos que caractericen la posibilidad de adjetivización de los Derechos Humanos, para su protección, defensa y garantía.

En ese sentido, Pedro Niken la define de la siguiente manera: "...supone que el ejercicio del poder debe sujetarse a ciertas reglas, las cuales deben comprender para la protección y garantía de los derechos humanos..."¹¹⁴.

Para Kelsen, citado por Julieta Rosi, sostiene que tener un derecho subjetivo significa tener un poder jurídico para exigir el cumplimiento del correspondiente deber por parte de quien se encuentra obligado por medio de una acción específica la demanda o la queja¹¹⁵.

No obstante, como lo afirma Galvis Ortiz: "No todos los derechos humanos tienen el mismo grado de exigibilidad. Son exigibles en grado sumo los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales lo son en mayor o menor grado"¹¹⁶.

¹¹⁴ Pedro Niken, **Op. Cit.** Pág. 22

¹¹⁵ Julieta Rossi, **Exigibilidad y Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en Derechos Humanos y Globalización Alternativa: Una Perspectiva Iberoamericana**, Pág. 67

¹¹⁶ Ligia Galvis Ortiz, **Op. Cit.** Pág. 67



Es por ello que Bidart Campos afirma que: “Las cuestiones referentes a los derechos del hombre necesitan por ende, [...] ser judiciales –justiciales- es decir, poder ingresar a conocimiento y decisión de la jurisdicción...”¹¹⁷.

5.6.1.5 Internacionalización

Esta característica se define por los cambios que en los últimos años ha jugado la denominada comunidad internacional, a través del Derecho Internacional, en el impulso de los Derechos Humanos, tanto en el plano nacional, regional y mundial.

En ese sentido resulta innegable, el papel que han tenido los órganos de control cuasi judicial y judicial en el plano internacional, así como el efecto de las Declaraciones, Pactos, Tratados, Convenio, Observaciones y otros instrumentos internacionales en el desarrollo de los Derechos Humanos.

Existen jurisconsultos que ven una manifestación cultural, en el plano filosófico, político y jurídico de consenso alrededor de los Derechos Humanos¹¹⁸, no obstante, también ven en ello un conflicto normativo en tanto su aplicación desde el plano internacional al plano nacional¹¹⁹.

¹¹⁷ Germán Bidart Campos, **Teoría General de los Derechos Humanos**, Pág. 71 versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/926/6.pdf> (13/4/2010)

¹¹⁸ Germán Bidart Campos, **Op. Cit.** Pág. 429

¹¹⁹ Ximena Fuentes Torrijo, **El Derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja**, versión PDF, disponible en internet en el sitio de la Universidad de Yale EEUU, documentos en español: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes_Spanish.pdf (13/4/2010)



Asimismo, se ha abierto un debate jurídico serio alrededor de la soberanía y los derechos humanos¹²⁰, la exigibilidad o justiciabilidad de los mismos desde el plano internacional¹²¹, debate que seguramente abrirá nuevos horizontes para las ciencias jurídicas.

Mi posición al respecto, es que la solución al ingreso de los Derechos Humanos proclamados a nivel internacional en el plano nacional deberá buscarse en los mecanismos propios del Derechos Interno de cada país, en tanto la recepción de tratados y su aplicación.

5.7 Principios

De acuerdo a las características enumeradas anteriormente a los Derechos Humanos les informan varios principios, en este trabajo, únicamente definiré aquellos principios que son aplicables a la interpretación hermenéutica del principio de preeminencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho interno.

5.7.1 Preeminencia

Para definir el principio de preeminencia, veré el significado exacto de la palabra a través del Diccionario de la Real Academia Española, que lo define como: "Privilegio,

¹²⁰ Francisco Cortés Rodas, **¿Hay un conflicto insuperable entre la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos? En Justicia global, Derechos Humanos y Responsabilidad**, Pág. 135-162

¹²¹ Carlos Castresana, **Soberanía y Justicia, en Derechos Humanos y Globalización Alternativa: Una Perspectiva Iberoamericana**, Pág. 237-262



exención, ventaja o preferencia que goza alguien respecto de otra persona por razón de mérito especial.”

Devenido de lo anterior, la preeminencia es una ventaja o preferencia, por lo cual, debido a la característica de internacionalización de los Derechos Humanos este principio informa al Derecho Nacional de una aplicación preferente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho Interno, ya sea en sus formas de aplicación supraconstitucional, supra-legal, Constitucional, o Legal.

Este principio fue en su momento revolucionario, como antecedentes tuvo la Constitución de Países Bajos de 1956¹²², que jerarquizó por encima de la Constitución los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

En América Latina su antecedente lo dio la Constitución Política de la República de Guatemala, a través del artículo 46¹²³, que para su época causo revuelo en los círculos jurídicos, por lo novedoso respecto de la aplicación de Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos.

La legislación nacional, vuelve a ratificar esta posición en la ley de carácter constitucional, Ley de Amparo y Exhibición Personal cuando en sus artículos 3 y 114

¹²² Carlos Ayala Corao, **La Jerarquía Constitucional de los Tratados Relativos a Derechos Humanos y sus Consecuencias, en Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Pág. 42, versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/4.pdf> (19/10/2009)

¹²³ Hector Gros Spiell, **Estudios sobre Derechos Humanos Tomo II** Pág. 315, versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2030/14.pdf> (19/10/2009)

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



En ese mismo sentido, Rohrmoser Valdeavellano dice que este principio contenido en el artículo 46 Constitucional guatemalteco, es una norma de conflicto, es decir su función es indicar que norma es aplicable al caso concreto, si el Tratado Internacional de Derechos Humanos o el Derecho Interno.¹²⁴

Ahora bien, indicar y caracterizar su operativización hermenéuticamente con los Principios Constitucionales, los principios del Derecho Internacional y los Principios de los Derechos Humanos es el objeto de esta investigación.

5.7.2 Progresividad

El principio de progresividad, está dado por sus características de inherencia y universalidad, debido a que, una vez obtenidas las conquistas por parte de la humanidad estas son irretroactivas, de esta manera pues los Derechos Humanos únicamente pueden ir dictándose en un sentido de avance y no de retroceso.

¹²⁴ Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, **La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución**, en **Revista del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala** Número 44 , Págs. 23 a 26



Este principio se manifiesta en las disposiciones constitucionales en que los Derechos Humanos enumerados en la Constitución son enunciativos más no taxativos, asimismo, que el que la Constitución no los enuncie no puede ser motivo de menoscabo de dichos derechos.

5.7.3 Integralidad

Las características de indivisibilidad, interrelación e interdependencia informan al presente principio, entendido como la indivisibilidad de los Derechos Humanos, es decir, estos no pueden ser vistos como materias separadas: Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sino por el contrario, deben verse como un conjunto sistemático que sin el pleno desenvolvimiento de unos es imposible la consecución de los otros.

5.7.4 Pro hominem

La jurisprudencia Mónica Pinto, lo define como: "El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa de todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con

¹²⁵ Pedro Nikken, **Op. Cit.** Pág. 25

el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”¹²⁶.



¹²⁶ Monica Pinto, **El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos**, en **La Aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales locales**, Pág. 163





CAPÍTULO VI

6. Debate sobre los derechos humanos en Guatemala

El presente capítulo tiene por finalidad un análisis del Debate de los Derechos Humanos en nuestro país hoy en día, no obstante, no podemos obviar que sus raíces se encuentran en la historia guatemalteca, que es una historia de la violación de los mismos, desde el momento de la conquista española hasta la firma de la paz.

Es por ello, que realizaré un análisis del debate de los Derechos Humanos que se encuentra inmerso en la historia remota y presente del país. Para efectos de la presente investigación, no haré un análisis exhaustivo de la historia sino trataremos de sintetizar en el presente capítulo, las raíces históricas y el debate actual sobre los Derechos Humanos.

Para la presente investigación, es necesario realizar un análisis del debate que existe alrededor de los Derechos Humanos, pues al aplicar la hermenéutica jurídica resulta necesario entender las raíces sociales, políticas y económicas que rodean el problema de interpretación, en el caso de la presente tesis, este debate afectará directamente la interpretación del principio general de preeminencia de los tratados internacionales en materia de los Derechos Humanos sobre el derecho interno.



6.1 Conquista y colonia: el origen de la división étnica a través del derecho

Por conquista, en el imaginario guatemalteco, se entiende el choque de fuerzas militares de dos pueblos, en donde una fuerza venció militarmente. No obstante, el proceso de conquista en realidad es mucho más profundo como fenómeno social, pues existe una dominación económica, política, cultural y social por parte del conquistador a los conquistados¹²⁷.

La conquista americana, cuya justificación Jurídica, la encontrará la corona de Castilla en la bula papal *Inter Caeteras*, que le encomendaba a los reyes católicos de España la cristianización de las tierras americanas¹²⁸.

Durante la época colonial, en un primer momento, como premio a los conquistadores se crearán las figuras jurídicas de la encomienda y el repartimiento, ambas instituciones nacen unidas y consistían en: “El repartimiento tenía dos aspectos, pues consistía en repartir tierras y también indios para trabajarlas; y como este segundo aspecto se justificaba diciendo que los indígenas eran entregados para que el

¹²⁷ Severo Martínez Peláez, *La Patria del Criollo*. Págs. 34 y 35

¹²⁸ Gustavo García Fong, *La construcción del Pluralismo en Guatemala: Convenios Internacionales en materia de Derechos de los Pueblos Indígenas y su Aplicación, en Pluralismo Jurídico y Pueblos Indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*. Pág, 69 versión PDF, disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1670/6.pdf> (12/10/2009)



favorecido velase por su cristianización –le eran *encomendados* para ello-, de modo que repartir indios y encomendarlos fuese, en esa primera etapa una y la misma cosa”¹²⁹, la cristianización de los indígenas justificará los abusos y esclavitud a la que se vieron sometidos durante esta época.

A lo largo de la colonia serán modificadas dichas instituciones, lo cual reflejará la lucha de poder entre la corona española y los descendientes de los conquistadores¹³⁰, sobre la nueva fuente de riqueza: los indígenas¹³¹.

En este momento histórico será la *cúria*, en especial los dominicos quienes se conviertan en los primeros defensores de los Derechos Humanos en las tierras americanas, en estos defensores la corona española, encontrará sus mejores aliados en su lucha por el control económico de los conquistados.

Es de hacer ver que la discusión de los Derechos Humanos durante el Siglo XVI, en las cortes se centrará en la disyuntiva si los indígenas tenían alma o no y “su capacidad para hacerse siervos dotados de alma y de condiciones para la obediencia”¹³².

Esta situación, demostrará los intereses de la corona por apropiarse de los tributos que pudieran generar los indígenas colonizados, utilizando como un justificante la defensa jurídica de los mismos, con ese propósito la corona española promulga en 1542 las

¹²⁹ Severo Martínez Peláez, **Op. Cit.** Pág. 62

¹³⁰ **Idem.** Pág. 62

¹³¹ **Idem.** Pág. 35

¹³² Ligia Galvis Ortiz, **Op. Cit.**, Pág. 31



Leyes Nuevas, este nuevo estatuto jurídico, dará fin a la esclavitud a la que se sometió a los indígenas, en un primer momento, estableciéndose que de ahora en adelante serían vasallos libres, lo cual le permitía a la corona obtener los tributos de manera directa dejando a los quienes tuvieran encomiendas únicamente una cuota sobre la tributación.¹³³

Esta, disputa por el dominio de la fuente de riqueza: el indígena, creará una tensión económica y política entre los descendientes de los conquistadores (criollos) y la corona, por lo que, el desarrollo de las Leyes Nuevas será un proceso ambivalente que durará hasta la independencia.

Dicho proceso ambivalente, que provocó no pocas tensiones entre los criollos y la corona, y sus representantes los peninsulares, encontrará su punto conciliatorio en la nueva encomienda que consistía en que los criollos recibían los tributos de la corona de los nuevos vasallos libres, la cual según el nuevo ordenamiento jurídico no era hereditaria, sin embargo esto nunca se llegó a concretar.

Empero, el punto medular del nuevo estatuto jurídico lo constituía el nuevo repartimiento que consistía en un "sistema que obligaba a los nativos a trabajar por temporadas en las haciendas [*propiedad de los criollos*], retornando con estricta regularidad a sus pueblos para trabajar en su propio sustento y en la producción de tributos".¹³⁴

¹³³ Ligia Galvis Ortiz, **Op. Cit.** Pág. 73

¹³⁴ Severo Martínez Peláez, **Op. Cit.** Pág. 95



Estos pueblos en los que residían los indígenas, se les denominará pueblos de indios, los cuales se encontraban al cuidado y administración de la iglesia, como *reconocimiento de la corona* a su labor defensora y de cristianización de los indígenas.

Asimismo, con un inmenso sentido de tutela la corona española, manteniéndoles en un estado de minoridad civil¹³⁵, permitirá la aplicación del Derecho Consuetudinario, en los pueblos de indios, siempre y cuando éste no entre en conflicto con los estamentos de la colonia.¹³⁶

Esta nueva conformación jurídica, económica, política y social, que provocan las Leyes Nuevas, le dará al clero un poder que durará hasta la revolución de 1871, en especial a la orden dominica, quienes guiaron dicha defensa, a través, de Fray Bartolomé de las Casas¹³⁷.

También, la legislación indiana creará diferenciaciones muy precisas para evidenciar lo que denominaba las castas¹³⁸, que se componían de los mestizos, fueran estos: mulatos, zambos, pardos, castizos, y un sinfín de combinaciones raciales como se señaló en la época colonial, ya en el siglo XVII¹³⁹, se les denominará ladinos, capa social compuesta por mestizos e indígenas castellanizados¹⁴⁰, que ya a finales del siglo

¹³⁵ Gustavo García Fong, **Op. Cit.** Pág. 71 (10/11/2009)

¹³⁶ **Ibid.** Pág. 72 (5/10/2009)

¹³⁷ Severo Martínez Peláez **Op. Cit.** Pág. 476

¹³⁸ **Ibid.** Pág. 268

¹³⁹ **Ibid.** Pág. 268

¹⁴⁰ Mario Roberto Morales, **La Articulación de las Diferencias o el Síndrome de Maximón**, Pág. 37



XVIII también la compondrán los criollos empobrecidos, llegando a conformar la capa media de la sociedad colonial, así como la pequeño burguesía¹⁴¹.

Hay que apuntar, previo a entrar a analizar la situación jurídica de este grupo que tiene un origen étnico, debido a su mestizaje, luego se convertirá en un grupo económico social, más que una distinción biológica o racial, esta distinción, realizada durante la colonia, atenderá a un contenido más cultural¹⁴² y económico, carácter que se irá acentuando conforme avance la historia guatemalteca¹⁴³.

En ese sentido, los ladinos durante la colonia en materia de sus obligaciones, fueron castigados con penas en casos donde tocaba a españoles y criollos únicamente una multa, en materia tributaria no se encontraban obligados a realizar tributos a la corona, pues no eran considerados “*vasallos libres*” tal como los indígenas. En materia laboral podrán contratar libremente, lo que provocará en el ladino rural una capa semifeudal entre siervos y obrero agrícola mal asalariado.

Por otro lado, la situación agraria sobre la tenencia de tierras, será muy limitada para este sector, lo que provocará la falta de residencia, creando un desarraigo y poca educación, pues no tenían acceso a las escuelas ubicadas en los pueblos¹⁴⁴.

¹⁴¹ Luis Cardoza y Aragón, **Guatemala: Las Líneas de su Mano**, Pág. 296

¹⁴² Mario Roberto Morales, **Op. Cit.** Pág. 37

¹⁴³ Arturo Taracena Arriola, **Etnicidad, Estado y Nación en Guatemala 1808-1944**, Tomo I, Pág. 49 y

50

¹⁴⁴ Severo Martínez Peláez, **Op. Cit.** Págs. 267 a 280



Estas situaciones provocarán que se formen las plebes en las ciudades¹⁴⁵ campo se tengan que ser siervos de las haciendas de los criollos¹⁴⁶, por otro lado el sector de esta capa acumulará tierra comprada a los pueblos de indios o apropiándose de ella¹⁴⁷, creando una capa acomodada en la ruralidad, a pesar de la prohibición de asentarse dentro de los pueblos de indios, lo que provocará no pocas tensiones con los indígenas¹⁴⁸.

Asimismo, con esfuerzos colectivos no siempre bien recompensados crearán las villas, poblaciones de ladinos en las cuales poseían tierras, sin embargo estas poblaciones serán pocas durante la colonia debido a que directamente afectaban la producción de las haciendas propiedad de los criollos¹⁴⁹.

El proceso de la creación de villas, será aún criticado en la época independiente, como apuntó García Peláez, primer arzobispo de Guatemala y ladino de San Juan Sacátepequez, citado por Severo Martínez Peláez: "*harto laudable resulta la legislación en esta parte, y el origen del mal que se lamenta debe buscarse no en las leyes, sino en la administración colonial, que, publicado el código que regia rehusó darles cumplimiento*".¹⁵⁰

¹⁴⁵ Severo Martínez Peláez, **Op. Cit.** Pág. 287

¹⁴⁶ **Idem** Pág. 377

¹⁴⁷ **Idem** Pág. 392 y 393

¹⁴⁸ **Idem** Pág. 405 y 406

¹⁴⁹ **Idem.** Pág 391, 392

¹⁵⁰ **Idem,** Pág. 369



Se refiere pues a que las prohibiciones dirigidas a los ladinos de habitar por pueblos de indios (Leyes Indias de 1646 y 1680), que daban como salida la creación de las villas, no obstante, este proceso jurídico fue el que menos se aplicó, porque como ya se apuntó esto atentaba contra el sistema económico social de la colonia.

No obstante, la negación de acceder al sistema colonial, y que en algunos casos su situación sea peor que la de los indígenas dentro de la colonia¹⁵¹. Se apropiarán de las actividades económicas de artesanos y comerciantes, que al principio configuraron las capas medias de la sociedad colonial. Al final, de la época colonial los ladinos conformarán la pequeña burguesía rural y urbana¹⁵².

Ambos grupos sociales, indígenas y ladinos, además de tener afectados sus derechos humanos mínimos, sufrirán prohibiciones jurídicas directamente dirigidos a ellos: Prohibición de tener caballos, yeguas o armas (1607), Prohibición de llevar espada, machete u otra arma con pena de doscientos azotes “amarrado a un palo” (1634), prohibición de juntas o marchas “pretexto de regocijos” (1693), prohibición de cargar cuchillo, puñal, machete ni daga (1710) solamente los españoles se les permita llevar armas (1766).¹⁵³

¹⁵¹ Severo Martínez Peláez, *Op. Cit.* Pág. 282 y 283

¹⁵² *Idem*, Pág. 287

¹⁵³ *Idem*. Pág. 293

No obstante, las medidas tomadas para evitar la violencia dentro de las ciudades no será detenida puesto que las graves diferencias económicas y sociales obligaron a los indígenas y a la plebe de las ciudades a delinquir para subsistir.¹⁵⁴



El Derecho Colonial, fue de carácter estamental, justificó las diferencias económicas sociales y políticas de la época, asimismo, en muchos casos por el carácter ambivalente de su aplicación provocó la violación sistemática de los derechos, otorgados por dicha legislación, a los sectores vulnerables de esta sociedad dentro de este periodo histórico.

En ese marco, los criollos aliados con la pequeño burguesía urbana y rural, siempre tratarán de cambiar sus relaciones con la corona española, uno de los primeros antecedentes sistematizados se da en el siglo XIX, en el proceso de las Cortes de Cádiz, para lo cual, el Ayuntamiento de Guatemala envía un proyecto de Constitución y una Declaración de Derechos, que como lo señala el Jurisconsulto Jorge Mario García Laguardia: “Con claras influencias de las ideas del siglo XVIII francés”, parafraseando al autor citado, dicho documento fijaba en ese momento histórico un alto al despotismo español, creando a través de la constitución un Estado con separación de poderes, claramente influenciado por la obra de Montesquieu¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Severo Martínez Peláez, **Op. Cit.**, Pág, 293

¹⁵⁵ Jorge Mario García Laguardia y David Pantoja Morán, **Tres Documentos Constitucionales en la América Española Pre-independiente**. Pág. 28 versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/808/4.pdf> (29/09/2009)



Proyecto que se vio truncado por el regreso de Fernando VII, lo que significó un retroceso en materia del debate de los Derechos Fundamentales del Hombre y su inclusión en las leyes de las cortes españolas¹⁵⁶.

En este hecho histórico, también se encuentra el nacimiento de las dos corrientes de pensamiento que dominarán la escena política independiente del país hasta 1871, los conservadores y los liberales¹⁵⁷.

Los conservadores, conformados por los criollos burgueses y el clero, por otro lado, los liberales conformado por los criollos empobrecidos, ladinos pequeño burgueses e indígenas castizos que habían accedido al sistema colonial.

Asimismo, esto daría pie a los criollos centroamericanos, aliados con la pequeño burguesía mestiza, influidos estos últimos, por las ideas francesas.

A darle salida al conflicto histórico entre los criollos y la corona, así como la amenaza de anexión a México, a la declaración de la Independencia de Centroamérica de la corona española¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Jorge Mario García Laguardia y David Pantoja Morán, **Op. Cit.** Pág. 35(29/09/2009)

¹⁵⁷ Luis Cardoza y Aragón, **Op. Cit.** Pág. 295

¹⁵⁸ **Idem**, Pág. 296

6.2 Independencia: de la patria del criollo a la patria del ladino



Los criollos, durante la colonia, no poseían todo el poder económico y político sobre Centroamérica, este control de forma absoluta lo obtienen gracias a la independencia¹⁵⁹, asimismo esto lo logran gracias a la negociación entre liberales y conservadores, pues veían ambos grupos en la independencia un proyecto común.

Es de hacer ver que el proyecto político de ambos sectores, criollos y ladinos, era diferente, no obstante se ven en la necesidad de aliarse para declarar la independencia, por un lado los criollos deseaban mantener el *status quo*, ya sin la corona, mientras que los ladinos deseaban romper el modelo colonial, para “la obtención de la igualdad social y económica frente a los herederos de la riqueza colonial”.¹⁶⁰

Otro sector interesado en mantener el Derecho Colonial es el clero, por los beneficios económicos que representaban los pueblos de indios, esto último lo obtuvo a través de las luchas durante la colonia de liberar al “indio” de su esclavitud.

Los liberales, para impulsar su proyecto igualitario, impulsarán el Decreto de fecha 17 de abril de 1824, La Constitución de las Provincias Unidas de Centroamérica, que prohibirá toda forma de esclavitud, situación que afectará directamente a las elites criollas y al clero.¹⁶¹

¹⁵⁹ Severo Martínez Peláez, *Op. Cit.* Pág. 36

¹⁶⁰ Arturo Taracena Arriola, *Op. Cit. T. I.* Pág. 64

¹⁶¹ Luis Cardoza y Aragón, *Op. Cit.* Pág. 301



Recordemos, que la eficacia jurídica durante la colonia, en tanto la esclavitud será ambivalente, por lo que durante, la independencia aún existen hacendados que mantienen en situación de esclavitud a los indígenas, y por otra parte el clero con los pueblos de indios, la cual resulta una esclavitud solapada.

Increíblemente u obviamente la orden dominica, será una de las más opuestas a dichas medidas, los mismos que habían sido los mayores defensores de los indígenas en el Siglo XVI, a través de Fray Bartolomé de las Casas.

Estas medidas necesariamente, provocaron una confrontación, entre conservadores y liberales, pues atacaba el sistema económico social en el que se encontraba basada la riqueza de los criollos y el clero.

Esta situación traerá consigo el rompimiento de la alianza desarrollada para la obtención de la independencia, necesariamente conducirá a los conservadores a impulsar una dictadura, argumentando que las medidas liberales propician: “el aspirantismo, la ambición de empleos y el deseo de engrandecerse de los liberales”.¹⁶²

No obstante, la propuesta liberal de igualdad económica y social, significaba un empeoramiento de las condiciones de los indígenas durante la conformación de la Federación Centroamericana.

¹⁶² Arturo Taracena Arriola, *Op. Cit.* T.I. Pág. 64



Puesto que, durante la colonia española, les es permitido aplicar el Consetudinario en los Pueblos de Indios, esta permisividad finaliza con la independencia claramente influida por el ideario francés de sobre la conformación del Estado-Nación: "...un solo pueblo, con una sola cultura, un solo idioma, una sola religión y un solo sistema jurídico..."¹⁶³

Este hecho, se puede captar con más fuerza en la legislación de la época, según lo explica la Comisión del Esclarecimiento Histórico al citar el Decreto del Congreso Constituyente de fecha 29 de octubre de 1824 en el que: "Decreta que se premiará con los mejores curatos a los curas que, de acuerdo con las municipalidades, logren la extinción de los idiomas indígenas..."¹⁶⁴.

Asimismo, como medida de asimilación de los pueblos indígenas, los liberales, impulsarán un cambio a nivel formal pues desaparece la palabra "indio" de los registros civiles¹⁶⁵, así como la abolición de todo el sistema de protección de indios de la legislación colonial.

Postura que, ya esgrimía este sector, previo a la independencia, cuando Pedro de Molina citado por Arturo Taracena Arriola: "Planteaba que la construcción de la España americana implicaba el principio de la igualdad de derechos con los españoles para

¹⁶³ Comisión del Esclarecimiento Histórico (CEH), **Guatemala: Memoria del Silencio** Tomo II. Pág. 89

¹⁶⁴ **Idem.** T. II. Pág. 90

¹⁶⁵ Gustavo García Fong, **Op. Cit.** (20/11/09) Pág. 73



todos los actos civiles, criminales y económicos por lo que un sistema de protección de indios atentaba contra ese principio”.¹⁶⁶

La propuesta liberal parecía fomentar una igualdad entre todos los sectores sociales de la colonia, dicha igualdad la expresaban cuando arremetían contra la legislación colonial, en especial en contra de la minoridad de los indígenas, atribuyendo a esta la falta de civilización y por lo tanto de propiedad privada.¹⁶⁷

En ese sentido, los liberales impulsarán, primero en la Constitución Federal de 1824 y la constitución del Estado de Guatemala 1825, la propiedad individual como eje del desarrollo, estas medidas las irán confirmando con el triunfo militar de 1829, por lo cual impulsan Ley de fecha 17 de marzo de 1830, una nueva versión del mandamiento colonial, y por último el Decreto de la Asamblea Legislativa de fecha 28 de abril de 1836.¹⁶⁸

Este último Decreto, permitía la venta de ejidos y tierras comunales por parte de las municipalidades a personas individuales, con autorización estatal, así como un arrendamiento vitalicio, un *censo enfitéutico*, institución heredada del Medievo español, que permitió la compra del terreno por el pago doble del valor del arrendamiento.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T. I. Pág. 60 y 61

¹⁶⁷ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T. I. Pág. 62

¹⁶⁸ **Idem.** Pág. 352, 353 y 354

¹⁶⁹ **Idem.** Pág. 354 a la 357

Por lo cual, la legislación propuesta por los liberales, afectará directamente a los pueblos indígenas, en su sistema de tenencia de la tierra, así como las medidas asimilistas, los intereses de la clase política desarrollada en los pueblos de indios durante la colonia.¹⁷⁰



No se debe pensar que el pueblo indígena no comprendía por su ignorancia la propuesta liberal, en su carácter asimilista y las consecuencias en el sistema de tenencia de la tierra, aunque el sistema colonial era de carácter explotador, en relación a los pueblos indígenas, este les protegía de un nuevo enemigo, mucho más voraz que los criollos, un nuevo señor, el ladino¹⁷¹.

Por otro lado, aunque es un fenómeno poco estudiado, y este no es el espacio preciso para profundizarlo, también apuntaré que, el derecho estamental colonial, provocó dentro de los pueblos indígenas se desarrollara una clase política indígena que se veía beneficiada con el sistema de explotación de su propio pueblo¹⁷², cuyo poder se perdía con la centralización estatal propuesta por los liberal.

Para la subsistencia de la estructura económico-social que beneficiaba a los criollos y al clero, los conservadores, deberán combatir a los liberales, logrando una alianza con las poblaciones indígenas, por los factores anteriormente expuestos.

¹⁷⁰ Severo Martínez Peláez, **Op. Cit.** Pág. 477

¹⁷¹ **Ibid.** Pág. 411

¹⁷² **Idem.** Pág. 511



Esta alianza, que expongo se ve con más certeza en el levantamiento de la montaña, provocado por ladinos pobres e indígenas descontentos con la falta de tierra y el trabajo forzado, así como en el sofocamiento del intento separatista de las elites ladinas al conformar el Estado de los Altos, en el recibimiento que los indígenas le dan a las fuerzas conservadoras¹⁷³.

Los criollos unidos al clero y a la clase política de los pueblos de indios, que eran los sectores que veían más afectados sus intereses con las reformas jurídicas impulsadas por los liberales, encontrarán en Rafael Carrera, un aliado para combatir estas ideas, desde el plano de la fuerza.¹⁷⁴

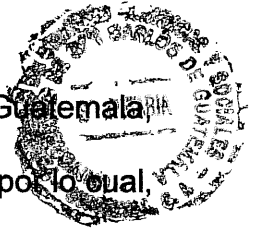
Encontraron los conservadores, como dice Cardoza y Aragón al *buen salvaje*, que mantendría las doctrinas de la iglesia y que protegería *la patria del criollo*, manteniendo la paz social necesaria.

Con esa finalidad romperán de manera definitiva la Unión Centroamericana, puesto que el resto de provincias eran mayoritariamente ladinas y liberales, el rompimiento centroamericano quedará sentado en la batalla de la arada, también hay que señalar que este será el momento en el cual ya los capitales extranjeros tendrán fuertes intereses sobre nuestra región.

¹⁷³ Arturo Taracena Arriola, *Op. Cit.* T. I. Pág. 74

¹⁷⁴ *Ibid.* Pág. 75

De esta manera, se continuó con la *patria del criollo*, en la República de Guatemala para lo cual en 1851, se impulsaría de nuevo la Legislación Indiana colonial, por lo cual, el 16 de agosto del año 1851, se restablecerán las *Leyes Indias*, con lo cual, quedaron restablecidos el carácter multilingüe de la nación, el gobierno indígena, renunciando de esta manera a un sistema de administración política y judicial único. Asimismo se decreto la “minoridad” indígena de forma constitucional el 14 de diciembre del mismo año, finalizando el andamiaje con el decreto 528 de fecha 8 de noviembre de 1851.¹⁷⁵



Asimismo para aplacar el descontento creciente de las comunidades indígenas, se retorna a la tutelaridad de la tierra del Derecho Colonial, por lo cual se sanciona el “Decreto 76”, el cual fijaba los límites del Estado en relación a la propiedad individual y corporativa, pero en especial dirigida a proteger las tierras del clero que habían sido afectadas por la legislación liberal.¹⁷⁶

Por otro lado, en este periodo histórico se crea en el imaginario colectivo la sensación de un levantamiento indígena, ayudado por los periódicos de la época, esta idea se afianza aún más con el desaparecimiento de Rafael Carrera, que como hemos de recordar era el punto de equilibrio entre criollos, el clero y pueblos indígenas.

¹⁷⁵ Arturo Taracena Arriola, *Op. Cit.* T. I. 76

¹⁷⁶ *Ibid.* Pág. 358



Por otro lado, los ladinos eran un sector emergente económicamente, debido al cultivo del café, que ya para esta época controlaban. Este producto reactivaba la economía de la época, y, para la siembra y cosecha necesitaban de la mano de obra indígena¹⁷⁷.

Por ello, durante la dictadura conservadora se reavivará la figura del mandamiento (cuyo antecedente se encuentra en el nuevo repartimiento de las *Nuevas Leyes Indias*) y el diezmo comunal (sistema de tributación recogido por la iglesia, cuyo antecedente se encuentra en la encomienda de las *Nuevas Leyes Indias*), vigilando su estricto cumplimiento con el Decreto de fecha 8 de noviembre de 1851, situación que se agravará al final de dicha dictadura.

Esto traerá consigo, el descontento de las poblaciones indígenas, que se quejaron en diversas oportunidades ante la Administración Pública¹⁷⁸, el descontento generado, sumado al apoyo ladino con el que ya contaban los liberales, provocaron las condiciones socio-políticas para impulsar la revolución de 1871, fundando así la patria del ladino, claramente influidos por la patria del criollo.

La revolución de 1871 trajo consigo la institucionalización dentro de nuestro ordenamiento jurídico del discurso político extraído de la revolución francesa, predicando así la separación de poderes, la libertad, igualdad y la fraternidad como principios fundacionales del Estado guatemalteco, todas estas ideas les eran cercanas, a los liberales-ladinos, debido a la falta de igualdad sufrida durante la colonia.

¹⁷⁷ Arturo Taracena Arriola, *Op. Cit.* T. I. Pág. 285, 286

¹⁷⁸ *Ibíd.* Pág. 287



Los liberales se encontraban convencidos del ideal europeo de un solo idioma y una sola lengua y una sola cultura, como motor del desarrollo nacional, por lo que se plantean la homogenización cultural.

Por lo cual, promueven leyes en materia indígena tales como el Decreto número 165, de fecha 13 de octubre de 1876, que como finalidad tenía transformar en ladinos a los indígenas del Municipio de San Pedro Sacatepéquez, del Departamento de San Marcos.¹⁷⁹

De la lectura de la obra de Taracena Arriola ya citada en esta tesis, puedo afirmar que, aunque en un primer momento para congraciarse con las poblaciones indígenas el gobierno revolucionario suprimió el diezmo comunal convirtiéndolo en un impuesto directo a la tierra, no obstante, pronto se mostraría la necesidad de mantener el trabajo forzado y la desigualdad existente.

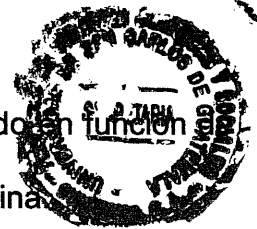
Con ese propósito, como bien lo expresa Luis Cardoza y Aragón al referirse a la conformación del Estado "liberal" guatemalteco: "El decreto 177 – del 3 de abril de 1877 que reconoce el "mandamiento"- hace del indio un esclavo y se vuelve, en este aspecto básico, a la época colonial..."¹⁸⁰.

Esto último, que expresa Cardoza y Aragón, no debe ser tomado al pie de la letra, es decir, no se *vuelve al estado colonial*, sino se continúa dentro del esquema de las

¹⁷⁹ Jorge Erwin Flores Juárez (compilador), **Guatemala: Leyes y Regulaciones en Materia Indígena (1944-2001) Tomo I**, Pág. 33.

¹⁸⁰ Luis Cardoza y Aragón. **Op. Cit.** Pág. 324 y 325

medidas adoptadas por la dictadura conservadora que ya había iniciado en función la caficultura guatemalteca, que era una actividad mayoritariamente ladina.



Por otro lado, como lo demuestra Severo Martínez en su obra ya citada, los ladinos habían sido el sector más afectado por la política agraria colonial, por lo cual no contaban con suficientes tierras, para el cultivo intensivo del café, situación que les forzaba al arrebato de las tierras comunales indígenas, para el cultivo del café, con el propósito de acumular riqueza, apropiándose de la tierra que tenían a su alcance, la del clero y la de los pueblos indígenas, generando el *latifundio liberal*, como lo llama Cardoza.

Para tal propósito, expropiaban las tierras en poder del clero a través del Decreto 104 de fecha 27 de agosto de 1873, en ese mismo sentido, eliminan completamente el *censo enfiteutico*, a través del decreto 170 de fecha 8 de enero de 1877¹⁸¹, sentando así las bases para arrebatar las tierras comunales, proceso que se consolidará al principio del siglo XX.

No puedo obviar, para mi análisis, lo que ya quedó apuntado en esta tesis, que el latifundio era la base económica del país desde el tiempo de la colonia, asimismo, a pesar de las ideas de igualdad y fraternidad predicadas por los liberales, esto no les era posible cumplirlo en la práctica, pues desde la colonia la fuente de la riqueza era la mano de obra, casi en esclavitud, que proporcionaba el pueblo indígena.

¹⁸¹ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.I. Págs. 368 a 369



Es por ello, que para cumplir con la acumulación de la riqueza, era necesario hacerse de una acumulación de tierras y mantener a los pueblos indígenas sometidos en la situación de esclavitud, apropiándose a través del andamiaje jurídico, de esta manera los liberales-ladinos se erigieron como grupo dominante, subsumiendo de esta forma en su etnia a los criollos.

La idea de subsumir al criollo dentro de su propia etnia ya habían sido predicadas por los liberales, durante la constitución del Estado de los Altos, como lo expresa Taracena Arriola al referirse al imaginario altense: "...eran claros en manifestar que la diversidad étnica del mismo se reducía a la existencia de *ladinos e indígenas*. Los criollos desaparecían integrados al primer grupo..."¹⁸²

Asimismo, en la conformación del Estado de los Altos, se apropiaron de los símbolos K'iche's: El quetzal, como símbolo de soberanía, el pasado heroico de los reyes k'iche's y las toponimias de los originarias¹⁸³, sin que ello implique la conexión histórica entre las poblaciones indígenas y ese pasado exaltado¹⁸⁴, lo cual el proyecto liberal retomará con la revolución de 1871.

También, en este periodo histórico, se continuó alimentando la idea dentro del imaginario colectivo que debido a la ignorancia indígena, los anteriores gobiernos liberales y su legislación, así como el Estado de los Altos habían fracasado, justificando

¹⁸² Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.I. Pág. 83

¹⁸³ **Ibid.** Pág. 88

¹⁸⁴ **Ibid.** Pág. 90



de esta manera la minoridad de los indígenas que la obtienen jurídicamente por vía la discriminación ciudadana, por motivo de analfabetismo y la posición económica.

Empero, lo que los intelectuales liberales, atribuyeron a la ignorancia de los pueblos originarios como factor de la manipulación por parte de los conservadores criollos, en su contra.

No dibujo, ni cercanamente la magnitud del fenómeno, en tanto que, la resistencia indígena al modelo liberal, obtiene su verdadera dimensión cuando le vemos a la luz del grado de autonomía política y jurídica que gozaban con el derecho colonial lo cual abiertamente amenazaba el proyecto liberal.

De allí, su oposición al modelo liberal, no obstante, la interpretación de los intelectuales liberales provocaron la falsa idea en el imaginario colectivo ladino, de la ignorancia como motivo de oposición de los pueblos indígena frente al “desarrollo nacional”.

Por otro lado, este proyecto nacional, continuó alimentando la idea del levantamiento del pueblo indígena, basándose en los levantamientos de la montaña y la guerra de las castas, fenómeno que había sucedido en Yucatan y Chiapas, México¹⁸⁵.

No obstante, el miedo al levantamiento indígena tiene sus raíces, en algo más profundo y real, puesto que, este sector social era el único que realmente podía discutir el poder con el ladino por la cantidad numérica que representaban, no así los criollos que

¹⁸⁵ Arturo Taracena Arriola, *Op. Cit.* T.I. Pág. 73 a 75



siempre fueron minoría, asimismo los criollos eran más cercanos culturalmente y todavía representaba un poder económico, al que se podía aliar y fundirse, que realmente sucedió en Guatemala.

Otra razón, es que efectivamente los fracasos de los proyectos liberales previos, como ya se indicó ut supra, tuvieron su choque y fracaso, en la resistencia abierta o no de los pueblos indígenas, pues, afectaba de manera directa el poder y los intereses de la clase dirigente indígena, así como el sistema de tenencia de la tierra de las mayorías indígenas, como ya lo hemos expuesto.

La revolución liberal impulsará todas las medidas jurídicas descritas anteriormente, con un fin, desarrollar el poder central, es por ello que, dentro de la Ley Constitutiva de la República de Guatemala, crea el marco de la separación de poderes, la educación gratuita y laica, constitucionaliza el habeas corpus, la libertad de culto, entre otros derechos y libertades¹⁸⁶.

He de hacer la acotación que los derechos contenidos en esta Constitución tendrán una separación de ciudadanos, asegurándose de esta forma la discriminación indígena sin menoscabar el discurso político de la igualdad frente a la ley.

Esta distinción, *ciudadanos y guatemaltecos*, hará que los ciudadanos, mayores 21 años, que sepan leer y escribir o bien aquellos que sean propietarios de fincas con

¹⁸⁶ Crista Ruiz Castillo de Juárez, **Historia del Derecho**, Pág. 254

valor de 1000 pesos, opten a cargos políticos¹⁸⁷, siendo los únicos que tenían los requisitos la clases medias y altas compuestas por ladinos y criollos.



Mientras que los ladinos pobres e indígenas, los guatemaltecos, como los nominaban las leyes¹⁸⁸, quedarán excluidos, no podrán optar al sistema y tendrán regímenes de trabajo en estado casi de esclavitud, tal cual lo estipulo El decreto 177 de fecha 3 de abril de 1877, ya citado en este trabajo.

Asimismo, crea alcaldías exclusivamente ladinas, alcaldías mixtas e indígenas, a través de la Ley Municipal de 1879, en donde en las alcaldías indígenas el alcalde y el sindico debían ser ladinos y en las alcaldías mixtas debía siempre estar por debajo del ladino el indígena, garantizando sobre todo estas figuras la mano de obra para las fincas cafetaleras cercanas.¹⁸⁹

De esta manera, quedaron configuradas las bases de las dos contradicciones principales en Guatemala, la contradicción indio-ladino, en donde el primero debía rendirse ante el poder del segundo, asimismo, se crea la contradicción minifundio-latifundio, que hasta el día de hoy subsiste.

No podemos obviar, el carácter ambivalente del Derecho y en la mayoría del tiempo el comportamiento corrupto del sistema de justicia, al que se vio enfrentado el grupo ladino durante la colonia, sumado ello a la exclusión social que vivió.

¹⁸⁷ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.I. Pág. 177

¹⁸⁸ **Idem.**

¹⁸⁹ **Ibid.** pág. 178



Esto, configuró en la conciencia colectiva ladina, la idea que el Estado era instrumento de explotación y enriquecimiento, a través del andamiaje jurídico, el cual era de carácter ambivalente y corrupto, especialmente en su aplicación.

Así como la concepción de un Estado que no es un prestador de servicios, sino por el contrario, abandona a su suerte a la población.

Creando de esta forma la base de la ciudadanía guatemalteca, fundada en las desigualdades y exclusiones, creando de esta forma la República que hoy conocemos, por lo cual resulta previsible el desenvolvimiento histórico de nuestro Estado y los conceptos de ciudadanía, nación y respeto a los Derechos Humanos en Guatemala.

6.3 Dictaduras liberales: El afianzamiento de la patria ladina

No puedo dejar de decir que, el afianzamiento de la patria ladina como formación de Estado y Nación, no se trata del mero hecho de la revolución liberal de 1871, sino por el contrario es un proceso de casi 400 años que configura la base de la ciudadanía guatemalteca, basada formalmente en la separación de poderes, la igualdad frente a la ley y la protección del Estado, mientras que en la práctica es la diferenciación de la ciudadanía por motivo de etnia y extracción económica, la clara influencia entre poderes y la total desprotección del Estado.



El ejercicio de crear los conceptos de ciudadanía, identidad y nación en la construcción del Estado no son procesos que se gesten por un mero hecho en la historia, contrario un proceso complejo en el que se interrelacionan dialécticamente diversos aspectos ambientales, sociales, culturales, económicos y jurídicos.

Es por ello, que por el triunfo liberal en 1871, no sentará *per se* las bases de la *patria del ladino*, esta se deberá afianzar sobre todo en el andamiaje jurídico y su aplicación.

Sin embargo, este afianzamiento no fue pacífico, sino por el contrario, los años subsiguientes, serán de carácter turbulento¹⁹⁰, por lo cual los liberales-ladinos deberán recurrir a la dictadura para el impulso de sus ideas y del andamiaje jurídico que les soporte.

En ese sentido, profundizará el modelo de una sola nación, una sola lengua, a través del proyecto educativo, o como se le llamó *civilizar al indígena*, a través de la asimilación del de los pueblos originarios, para lo cual se decretó la creación de un Colegio para la Civilización de los Indígenas, Decreto Gubernativo Número 177 de fecha 6 de septiembre de 1879¹⁹¹.

¹⁹⁰ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.I. Págs. 414 a 416

¹⁹¹ **Ibid.** Pág. 235



Asimismo, aplicará el proyecto eugenésico que ya había empezado a iniciarse durante la época conservadora, pero que se profundizará en este período histórico, primero aplicado a la misma etnia ladina, y luego a la indígena¹⁹².

Con propósitos eugenésicos y económicos, dejan entrar a las transnacionales, no obstante, el proyecto eugenésico, con el propósito de blanquear a la población no se cumple por las condiciones climáticas que no eran favorables para la población europea¹⁹³.

Sin embargo, las transnacionales, especialmente las norteamericanas se asientan en el país, provocando una serie de intereses económicos que luego tendrán repercusiones graves para el desarrollo histórico nacional¹⁹⁴.

Es importante para esta investigación resaltar los hechos que configuraron en la conciencia ladina la discriminación frente al indígena, pues esto causará la configuración de las leyes de carácter discriminatorio, que violentó los derechos fundamentales de los pueblos originarios.

Esta discriminación no permitió ver al grupo ladino su propia situación, puesto que también se crio en el imaginario sensación que por el sólo hecho de pertenecer al grupo ladino, no existía la violación en contra de sus derechos.

¹⁹² Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.I. Pág. 102

¹⁹³ **Ibid.** Pág. 79

¹⁹⁴ Edgar Escobar y Edna Camargo, **Historia de la Cultura de Guatemala (compilación)**, Tomo I, Pag. 424 y 425



Sin embargo, las políticas agrarias sólo beneficiaron a un pequeño sector ladino, que se ubicaba en las clases medias y altas, no obstante la situación del ladino en general se mantuvo, casi intacta, asemejando la situación que vivió en la colonia, no obstante se procuró hacer una diferenciación clara con los campesinos indígenas¹⁹⁵ con el objetivo de mantener el imaginario ladino.

El sostenimiento de la primera dictadura liberal, Manuel Estrada Cabrera y los 22 años de dictadura se llevaron a cabo gracias a un sistema de inteligencia y represión en contra de la población en general, con la finalidad del sostenimiento del régimen y el afianzamiento del sistema económico social fundado en 1871¹⁹⁶.

Durante un periodo relativamente corto se vuelve al gobierno conservador, apoyado por las familias criollas, capas medias y los trabajadores, a través del Partido Unionista, sin embargo esta alianza fue más bien coyuntural, pues nunca se vieron ambas partes como iguales¹⁹⁷.

Sin embargo, ya la ideología liberal, había triunfado puesto que, el Partido Unionista se declaraba Liberal de Avanzada, esto trajo consigo el sostenimiento de las ideas de una sola nación, una sola lengua, un solo sistema judicial.

¹⁹⁵ **Edgar Escobar y Edna Camargo**, Op. Cit. T. I., Pág. 388

¹⁹⁶ **Ibíd**, Pág. 423

¹⁹⁷ **Ibíd**, Pág. 424



No obstante se registraron avances en materia laboral, económica y educativa, los cuales fueron aprovechados por los indígenas para mejorar sus condiciones de vida, como afirma Taracena Arriola¹⁹⁹, este periodo no registró en realidad un gran avance para los pueblos originarios ni para el campesinado ladino.

Sin embargo, estas pequeñas libertades obtenidas a través de la alianza trabajadores y criollos, ve un retroceso con la crisis económica del final de los años 20. La cual impactará directamente en el cultivo del café, lo que obligará a las elites económicas a recurrir a las "dictaduras liberales", encabezada por Jorge Ubico.

Inmediatamente las elites económicas para poder aumentar su riqueza tuvieron que apropiarse de la mano de obra indígena, de nuevo en este periodo de crisis económica, para garantizar la plusvalía de la producción del café.

Lo anterior lo afirmo porque las las leyes de la Vialidad (Decreto Legislativo Núm. 1995, de fecha 7 de mayo de 1934 y la ley de Vagancia (Decreto Legislativo Núm. 1996, de fecha 10 de mayo de 1934), impulsadas por Jorge Ubico garantizan la mano de obra en semi esclavitud.

Ambas leyes tenían la intención de obtener mano de obra sin paga para el beneficio del Gobierno y las fincas cafetaleras, respectivamente, por supuesto la emisión de ambas leyes afectó únicamente a las poblaciones indígenas.

¹⁹⁸ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.I. Pág. 415
¹⁹⁹ **Ibid**, Págs. 424 y 425



Como he apuntado, el proyecto asimilista que mantuvieron los gobiernos liberales fracasó, pero no es solamente exaltable el punto del fracaso, sino la grave violación a los derechos de los pueblos indígenas lo que interesa a esta investigación.

Puesto que, a pesar de los discursos de la separación de los poderes, la libertad, fraternidad e igualdad esto sólo fue aplicable para una pequeña capa social guatemalteca mientras las inmensas mayorías se debatieron en una esclavitud solapada, no en balde señala nuevamente Luis Cardoza y Aragon: “La conciencia de lo indígena en Guatemala nos demostraría la debilidad de su integración como nación. No ha sido una nación: ha sido un feudo...”²⁰⁰ .

Y, como ya afirmé, es durante este periodo histórico que los ladinos logran afianzar su poder, económico, social y en última instancia jurídico, configurando de esta manera la República que hoy conocemos, para bien y para mal.

Sin ánimo, pues de hacer una defensa de la etnia ladina, concluiré este apartado diciendo que de ser un sector excluido, aprovecho sus condiciones históricas, logrando así agenciarse del poder y realizó su proyecto de nación, profundizando el modelo jurídico que hasta hoy sigue vigente en el país con su adaptabilidad a su propia época.

Por otro lado, durante los periodos históricos descritos, la situación de las mujeres en cuanto a la ciudadanía era totalmente desconocida por el Estado guatemalteco,

²⁰⁰ Luis Cardoza y Aragón, **Op. Cit.** Pág. 336



relegando a la mujer al papel de servidumbre doméstica, así como la, la situación de la niñez y la juventud son temas que ni siquiera aparecen en las preocupaciones nacionales, sino como temas periféricos, al ser la educación un instrumento de homogenización cultural.

6.4 Revolución de 1944: Un intento por construir la patria de todos

La revolución de Octubre de 1944, tiene diversas causas, sociales, históricas y económicas que se conjugaron al final de la segunda guerra mundial para que en Guatemala se abriera la posibilidad de fundar una República democrática.

Entre las causas más importantes, están que a nivel social la discriminación creada desde 1871, generaba descontento en las capas campesinas, indígenas y ladinos, por su marginalización de la economía nacional²⁰¹.

Por otro lado, aunque la revolución de 1871, había abierto la posibilidad a las capas medias ladinas de acceder a una movilidad social, a través del estudio universitario, movilidad social que previamente no existía²⁰², el sistema económico no era capaz de absorber hacía una mejor vida a toda la capa media ladina, la cual además vivía una situación de pauperización debido a la crisis económica mundial de 1929²⁰³.

²⁰¹ Edgar Escobar y Edna Camargo, **Op. Cit.** T. II., Pág. 97

²⁰² **Ibid.** T. II. Pág. 97

²⁰³ **Ibid.** Págs. 99 y 100



Por otra parte la burguesía agroexportadora ya no veía con buenos ojos las medidas dictatoriales, puesto que impedía, en una época de bonanza económica, el crecimiento de este sector²⁰⁴.

Devenido de lo anterior, puedo afirmar que, estos factores provocaron que las clases medias, estudiantes y profesionales, influidos por el combate al fascismo que se da en la segunda guerra mundial, así como los discursos de la defensa democrática, se sublevarán y realizarán una revolución democrática, que instaurará una nueva constitución la de 1945.

Este hecho histórico mejorará la situación de los grupos vulnerables, de alguna manera, ya que, durante el periodo revolucionario de 1944-1954 se firma y ratifica la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Los jóvenes guatemaltecos ampliamente influidos por el discurso democrático renovado, los ideales contenidos en la Carta de fundación de Naciones Unidas, como lo demuestra el siguiente extracto del discurso de Enrique Muñoz Meany, Ministro de Relaciones Exteriores de la Junta Revolucionaria, con ocasión de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y la Paz, celebrada en Chapultepec, México: "...Guatemala aspira aún más: que el Derecho Internacional Americano se ponga efectivamente al servicio de la causa de la libertad.- La delegación de Guatemala, fiel a los principios que inspiraron nuestra revolución libertadora, postula como norma que garantice al hombre en todas las latitudes de este hemisferio contra eventuales opresiones, la

²⁰⁴Edgar Escobar y Edna Camargo, **Op. Cit.**, Pág. 98



existencia operante de una efectiva solidaridad democrática. Guatemala ha pedido a los Estados americanos se abstenga de otorgar reconocimiento o de cultivar relaciones con regímenes antidemocráticos que puedan surgir en el continente y que signifiquen el sacrificio de la libertad de sus pueblos...²⁰⁵.

Dos situaciones, podemos deducir del discurso pronunciado por el Licenciado Muñoz Meany, la primera el compromiso real que existía durante el gobierno de la revolución con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los valores democráticos.

Y, una segunda, Guatemala está en ese momento a la altura del debate kelseniano en el mundo respecto al monismo con supremacía del derecho internacional, que se expuso en la presente tesis en el apartado 3.1.2.2.

Esto nos hace deducir, que la construcción ideológica de la Constitución de 1945 estuvo ampliamente influida por las ideas kelsenianas, lo cual se reflejó especialmente en el Derecho Laboral.

Este avance a nivel de las ciencias jurídicas, representó un avance en el campesinado, las mujeres y el tema indígena quienes serán tomados en cuenta, no obstante, aún el avance es relativo.

Puesto que, se retorna al discurso decimonónico de la homogenización o el proteccionismo indígena, que no es más que el viejo debate entre liberales y

²⁰⁵ Enrique Muñoz Meany, **El Hombre y la Encrucijada**, Pág. 10



conservadores²⁰⁶, lo cual hay que comprender desde la óptica que es un proceso que arrastra desde 1810 y que aún el día de hoy no está cerrado.

Asimismo, dicho debate estuvo influenciado socialmente por la matanza en patzún de 14 ladinos, a lo cual los ladinos de Zaragoza, Chimaltenango y la Antigua Guatemala respondieron con matanzas indígenas, hecho acaecido 2 días después de haberse instaurado la revolución²⁰⁷.

Es por ello que la Constitución de 1945 tomará una posición paternalista respecto al tema, manteniendo *la ciudadanía diferenciada*²⁰⁸, haciendo por primera vez en la historia guatemalteca, clara mención de hombres y mujeres, no obstante mantiene en situación de minoridad a hombres y mujeres indígenas y ladinos.

Sin embargo, existe un reconocimiento constitucional de las tierras comunales, una mejoría sustancial en cuanto al reconocimiento de los Derechos Laborales del campesinado, indígena y ladino²⁰⁹.

Asimismo, se crea el Instituto Indigenista Nacional, con el objetivo de homogenizar al indígena, bajo la tesis de la integración social, que consistía en desarrollar al indígena económica y socialmente para que fuera parte integral de la sociedad²¹⁰.

²⁰⁶ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.II, pág. 30

²⁰⁷ **Idem.** pág.33

²⁰⁸ Jorge Erwin Flores Juárez (compilador), **Op. Cit.** T. I. Pág. 36

²⁰⁹ **Idem,** Pág. 36

²¹⁰ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T. II. Pág. 43

Sin embargo, se mantiene la estructura de una sola lengua y un único sistema judicial, pero, en el tema de la nación se tuvo mucho cuidado de no hablar de ello, se habló por el contrario de la fundación de una República²¹¹, puesto que ya los debates del reconocimiento de las naciones indígenas estaban iniciando en América Latina²¹².

Asimismo inicia el proceso de reforma agraria y la modernización del país, intentando con ello cambiar las estructuras económico-sociales.

En materia agraria, con el objetivo de romper la contradicción latifundio-minifundio, se impulsa, durante la década del 50, el Decreto 900 Ley de Reforma Agraria, rompiendo de esta manera con el trabajo agrícola semi-feudal en el que se desarrollaron las relaciones de producción entre terratenientes (ladinos y criollos) y el campesinado (indígenas y ladinos pobres).²¹³

En materia económica, con la finalidad de romper el monopolio norteamericano fundado a principios de siglo, el gobierno revolucionario se propone la construcción de una carretera al Atlántico y el impulso de una hidroeléctrica nacional.²¹⁴


No obstante, los avances en materia social y política, y en materia de los Derechos Humanos, en tanto su reconocimiento, que presentó la Revolución democrática de 1944.

²¹¹ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T. II, Pág. 36

²¹² Jorge Erwin Flores Juárez (compilador), **Op. Cit.** T. I, Pág. 38

²¹³ Edgar Escobar y Edna Camargo, **Op. Cit.** T. II., Págs. 9 y 10

²¹⁴ **Ibid.** Pág. 140

Esta no pudo avanzar en la aplicación de los mismos, pues,  sistema administración de justicia se verá aún influido por su estructura colonial, en el cual la manipulación, la sumisión y formalismos serán sus signos más visibles, no zanjando su carácter ambivalente, a pesar de los intentos de cambiar dicho sistema²¹⁵, esto provocará que el sistema de justicia sea incapaz de resolver conflictos agrarios surgidos en esta época, así como la falta de justicia en el campo laboral.

Las reformas profundas propuestas por la Revolución de Octubre, así como la incapacidad del sistema de justicia de contener los conflictos históricos de clases y etnia, hará que los sectores históricamente beneficiados por la exclusión social sientan amenazados sus derechos, sumado a los intereses económicos norteamericanos afectados con las medidas reformistas de este periodo, todo ello, en el marco de la confrontación este-oeste, lo que provocará una contrarrevolución²¹⁶.

6.5 La contrarrevolución: La del patria del ladino y el fantasma anticomunista

La contrarrevolución traerá consigo la instauración de un régimen militar, el cual iniciará una persecución política en contra de todo aquello que considerará comunista, no obstante no lo fuera, tal como lo dice el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico: “El anticomunismo sostuvo una línea de la estrategia antisoviética emprendida por los Estados Unidos. Sin embargo, en su dimensión nacional tuvo primero un sentido antirreformista, luego antidemocrático y, por último,

²¹⁵ CEH, **Guatemala: Memoria del Silencio** Tomo II. Pág. 101

²¹⁶ CEH **Op. Cit.** T. II Págs. 103 a la 105.



contrainsurgente. Adoptó una actitud de defensa de la religión, la tradición conservadores, supuestamente amenazados por el comunismo ateo. Ellos califican de “*comunista*” todo lo que contradecía su discurso o se le oponía, lo cual explica el carácter excluyente y sectario de esta modalidad ideológica que contribuyó a dividir, aún más, la sociedad guatemalteca²¹⁷.

Esa actitud descrita por el Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, no es más que la defensa de la *patria del ladino* fundada en 1871, una República cafetalera y bananera, basada en la bipolaridad indígena-ladino y el latifundio-minifundio, contando para ello con la defensa de la institución armada fundada con el nacimiento de la *patria del ladino*.

Con ese sentido impulsará la Constitución de 1956, que entre otras cosas, justificará la prohibición del Partido Comunista, asimismo, dará inicio la política de Estado de persecución en contra de los opositores, para ello se depuró el Organismo Judicial, separando de sus cargos a los jueces que fueran considerados comunistas²¹⁸.

Asimismo, el Organismo Judicial fue debilitado, “aumentando su dependencia al Organismo Ejecutivo en perjuicio de la tutela de los derechos humanos”.²¹⁹

²¹⁷ CEH **Op. Cit.** T. II. Pág. 108.

²¹⁸ **Ibid.** T. III. Pág. 117

²¹⁹ **Idem.** Págs. 114 y 115

Creando para el efecto, el Comité Anticomunista, Decreto 23 de fecha 19 junio de 1954, organismo extrajudicial que tenía en sus manos la captura y privación de la libertad de todos los elementos que considerara comunistas²²⁰.



En tanto, existe un claro retroceso en el derecho de huelga de los trabajadores del campo y un nuevo estatuto agrario que impide romper el modelo de latifundio-minifundio²²¹.

Por otro lado, en el tema indígena el Estado adopta una visión tutelar, por lo cual, se plantea su protección como medio de asimilación del mundo indígena, y de esta forma su ladinización²²².

Por otra parte, la inestabilidad política dentro de las filas anticomunistas, no tardará en hacerse sentir, puesto que, este periodo histórico se verá marcado por un constante cambio de gobierno, siendo el último de esta época el gobierno del General Peralta Azurdia.

Durante esta época dará inicio la Doctrina de Seguridad Nacional, que como se mencionó, ut supra, a nivel nacional tomará características propias, resguardando el modelo económico y social fundado en 1871.

²²⁰ CEH **Op. Cit.** T. III. Pág. 118

²²¹ Jorge Erwin Flores Juárez (compilador), **Op. Cit.** T. I, Págs. 42 y 43

²²² Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.II, pág. 52



Para profundizar el modelo de persecución política, el gobierno de Peraza impulsará la Ley de Defensa de las Instituciones Democráticas, de fecha 10 de abril del 1963, en el cual se trasladaba la competencia de juzgar a civiles acusados de comunistas al fuero militar, generando tipos penales tan vagos que abrían el camino para cualquier detención y procesos arbitrarios²²³.

Asimismo, se profundizará en la persecución a la oposición política, siendo las principales violaciones a los Derechos Humanos, la denegación del recurso de *habeas corpus* y del amparo, los cuales tenían reconocimiento constitucional, esto repercutirá en la escalada de la desaparición forzosa y la ejecución extrajudicial.

No obstante, aún dentro de este periodo histórico aún algunos jueces decretarán la procedencia del *habeas corpus* y del amparo, salvando de esta manera a muchas personas que se encontraban en situación de persecución²²⁴.

Sin embargo, ya en este período histórico se verá mermar la efectividad de la Acción Constitucional de Amparo, en defensa de las libertades fundamentales, pues en 1961 ya era un hecho que todas las acciones de amparo interpuestas en defensa de los opositores del régimen serían rechazadas de plano.²²⁵

²²³ CEH Op. Cit. T. II Pág. 119

²²⁴ Ibid. T. II. Pág. 120, 121

²²⁵ Ibid. T.II Pág. 122

Durante el gobierno de Peralta Azurdia, la persecución de las expresiones políticas contrarias al régimen, una amplia violación del debido proceso y otras garantías contenidas en las leyes guatemaltecas, generará un descontento generalizado.



Asimismo, durante este periodo histórico iniciará la doctrina desarrollista estatal como sustituto de la política *integracionista*, esto traerá como efecto la invisibilidad de los indígenas en el país, siendo una estrategia la campesinización del indígena.²²⁶

Para lo cual como política agraria, se plantean la colonización del nor-occidente del país, siendo en su mayoría indígenas del altiplano que deseaban romper con el trabajo estacional que les obligaba a bajar del altiplano a la costa²²⁷.

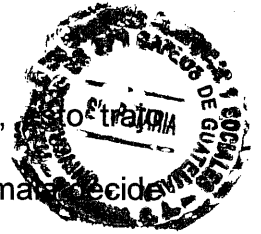
En ese sentido, la profundización del modelo anticomunista y desarrollista del país causarán retrocesos en materia jurídica, social y económica respecto a la apertura democrática de la revolución de 1944.

Esto provocó, que una generación de jóvenes influidos por el periodo democrático en el que Guatemala propone grandes avances en materia de Derechos Humanos, también, inspirados en el triunfo de la revolución cubana inicien el movimiento insurgente que provocará el conflicto armado interno que vivimos durante 36 años.

6.5.1 Pseudodemocracias a la dictadura

²²⁶ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.II, Pág. 75

²²⁷ **Ibid.** T.II. Págs. 357 a 360



A pesar que la represión generalizada causada por la contrarrevolución, consigo una ebullición social más profunda por lo cual el Ejército de Guatemala decide cambiar estrategia, para lo cual convoca a elecciones “democráticas” en 1965²²⁸.

En este marco es promulgada la constitución de 1965, la cual, habría que decir, trajo como avance el reconocimiento total de la ciudadanía, para hombres y mujeres²²⁹.

Asimismo, el modelo de ladinización como efecto de la política desarrollista impulsada desde el Estado, tomará su posición jurídicamente a través del artículo 110 constitucional que proponía el mejoramiento socioeconómico de los grupos indígena con el propósito expícito de integrarlo.²³⁰

Asimismo, el censo de 1964 da como resultado que el 70% de los propietarios agrícolas son minifundistas indígenas mientras el 30% restante de tierras se encuentra en manos de ladinos o no indígenas, esto trae como resultado que el problema minifundista sea equiparado a un problema étnico indígena.²³¹

Por lo cual dentro de esta constitución se incluirá en el texto del artículo 133 que la propiedad y la administración de los bienes de comunidades indígenas, así como las de otras comunidades rurales, serán normadas por **leyes especiales de carácter tutelar**²³² (el resaltado es nuestro).

²²⁸ Rosario Gil Pérez y Estuardo Orantes, **Sociología de Guatemala**, Pág. 156

²²⁹ Jorge Erwin Flores Juárez (compilador), **Op. Cit.** T. I, Pág. 46

²³⁰ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.II, Pág. 84

²³¹ **Ibid.** T. II, Pág. 355

²³² **Idem**



Debido a lo cual, se profundizará en la política agraria de colonización de tierras inhóspitas, de vocación forestal, no aptas para el cultivo anual, en la región noroccidental guatemalteca.

En ese marco, inicia un serio debate a lo interno de la izquierda guatemalteca en torno a la cuestión indígena y la revolución posible, que por fines investigativos dividiremos en dos tesis fundamentales: a) Las tesis que identifican como base de la desigualdad económica y social la estructura del latifundio-minifundio y en consecuencia la construcción de la bipolaridad indígena-ladino; y, b) Las tesis que identifican como base de la desigualdad económico social la bipolaridad indígena-ladino, en donde el segundo es un producto a histórico.

Ambas tesis surgen como respuesta contra hegemónica de la visión estatal del problema económico social guatemalteco, que justifica de diversas maneras *la patria del ladino*.²³³

Por lo cual, la política agraria y de segregación como base del modelo económico social guatemalteco, así como la situación en general de los Derechos Humanos no presentará ningún cambio, pues la persecución política y la inoperatividad del sistema de justicia, se agravará en este periodo histórico, no obstante, el reconocimiento de la ciudadanía generalizada.

²³³ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T. II, Pág. 91



Esto provocará que las masas de estudiantes, intelectuales, campesinos, indígenas ladinos vean en la propuesta armada una posibilidad de cambio de las estructuras semi-feudales fundadas en 1871.

Sumado a ello, la incredibilidad que genera el sistema de justicia a tal punto, que los jueces que aún deseaban impartir justicia y ejecutar su papel de vigilantes del Estado de Derecho, decretando el *habeas corpus* y el amparo como medidas de salvaguardar las vidas de la población perseguida, serán asesinados²³⁴.

Estas condiciones previas al punto más candente del conflicto armado, se aunaron al terremoto de 1976 que evidenció la desigualdad existente entre el campo y la ciudad, entre indígenas y ladinos.²³⁵

Por lo que, se vivió de alguna manera una avance de las ideas revolucionarias en el plano militar y político, dando pie al asesinato selectivo de estudiantes, profesionales, opositores, que los regímenes pseudo-democráticos consideraban como enemigos al sistema.

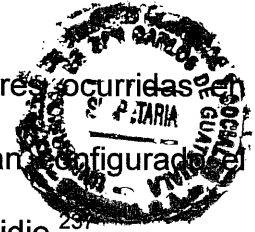
Dichas ejecuciones extrajudiciales las realizaban los cuerpos de seguridad del Estado y los escuadrones de la muerte, cuerpos paramilitares creados por el Estado para combatir el *avance comunista*.²³⁶

²³⁴ CEH Op. Cit. T. II Págs. 130 - 131

²³⁵ Arturo Taracena Arriola, Op. Cit. T. II, Pág. 104

²³⁶ CEH Op. Cit. T. II Págs. 106

Asimismo, es durante esta época que se dan las grandes masacres ocurridas en nuestro país, especialmente en el noroccidente, las cuales ya llevan configurado el carácter racista con el cual fueron ejecutadas, lo cual constituyo genocidio.²³⁷



Esto se debió en gran parte, por el nacimiento de los movimientos mayas en 1980, y la sumatoria al final de los 70's por parte de las poblaciones maya descendientes al movimiento insurgente, quienes hicieron la declaración de iximché la cual contenía la demanda económico, política y social de la población indígena²³⁸.

Este hecho histórico, en el que se demanda la destrucción de la *patria del ladino*, y poder para el grupo indígena²³⁹, conjugado al temor del levantamiento indígena contra el ladino, imaginario que había sido alimentado durante más de 140 años, lo cual convirtió a dicho temor en un paradigma de la patria del ladino, solo de esta forma se puede explicar el carácter sangriento, con el que se ejecutó dichas masacres.

El ejército ante el avance político, social y militar de la guerrilla, promueve un golpe de estado ejecutado por la oficialidad joven de ese momento, que se encontraba preocupada por el avance de la insurgencia.²⁴⁰

²³⁷ CEH **Op. Cit.** T. III Págs. 322

²³⁸ Miguel Angel Sandoval, **De Iximché a Iximché, El recorrido reciente de las luchas indígenas**, Pág.

25

²³⁹ Miguel Angel Sandoval, **Op. Cit.** Pág 26

²⁴⁰ **El Periodico**, 23 de marzo del 2007, disponible electrónicamente en (2/10/2009):

<http://www.elperiodico.com.gt/es/20070323/actualidad/38013/>

Para justificar el Golpe de Estado, en la proclama del 23 de marzo, citada por Jorge Mario García Laguardia, exponen los siguientes motivos: “el abuso de prácticas electorales fraudulentas, el fraccionamiento de las fuerzas democráticas y el desorden y corrupción de la Administración Pública”²⁴¹, por lo cual, colocan al General Efraín Ríos Montt a la cabeza de su movimiento.



Esto trajo consigo la promulgación del Estatuto Fundamental de Gobierno, Decretado el 26 de abril de 1982, que entre otras cosas, intentaba legalizar la persecución política. Para ello, instaura los tribunales de fuero especial, los que tendrán como características principales, la secretividad absoluta del proceso, el desconocimiento de los jueces que administran justicia y la fase sumarísima que no permite a los abogados defensores actuar dentro del proceso.²⁴²

Por otro lado, los familiares de los desaparecidos inician una campaña a nivel nacional e internacional de denuncia de los graves hechos que ocurren en nuestro país.

Es en este punto histórico que con más fuerza se vive la polarización social que aún el día de hoy nos acompaña.

Esta polarización social dará como resultado que toda actividad tendiente a salvaguardar los Derechos Humanos sea vista como parte del enemigo interno, es decir la insurgencia, tal como lo explica la Comisión del Esclarecimiento Histórico:

²⁴¹ Jorge Mario García Laguardia, **La Constitución guatemalteca de 1985**, Pág. 9 versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM):

<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/222/3.pdf> (24/01/2010)

²⁴² CEH, **Op. Cit.** T. II Págs. 138-140

“tanto el sector religioso como las organizaciones de defensa de los derechos humanos y otras fueron objeto de la acción del Ejército, más allá de la guerra ideológica. Durante el enfrentamiento armado fueron consideradas como parte del enemigo interno al cual había que destruir”.²⁴³



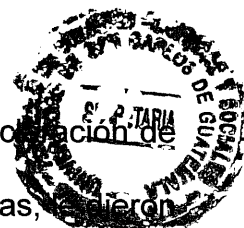
En ese mismo sentido se vio como un enemigo de Estado a la población indígena guatemalteca, como lo manifestó Francisco Bianchi, portavoz del General Rios Montt, al ser entrevistado por *The New York Times*: “Los guerrilleros conquistaron muchos colaboradores indígenas, entonces los indígenas eran subversivos ¿no? ¿Y cómo se lucha contra la insurgencia? Netamente, tendría que matar a los indígenas porque ellos estaban colaborando con la subversión”.²⁴⁴

De esta forma, lo que en los años previos se subsumió en el discurso político “comunista” y “anticomunista”, durante estos años se subsumirá en el discurso político “insurgente” y “contra insurgente”, que no es más que la expresión discursiva de las dos contradicciones principales en Guatemala, la contradicción indio-ladino y la contradicción minifundio-latifundio.

Como lo afirma la Comisión de Esclarecimiento Histórico el Estado guatemalteco, durante este periodo histórico, sistemáticamente violó, las constituciones de 1956 y 1965, y el Estatuto Fundamental de Gobierno, las leyes vigentes en el país, así como los tratados internacionales de Derechos Humanos: Declaración Universal de los

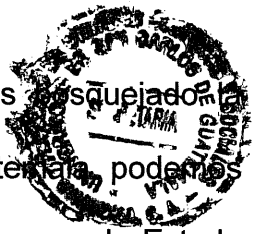
²⁴³ CEH, **Op. Cit.** T. III. Pág. 43

²⁴⁴ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.II, Pág.115



Derechos Humanos, que aunque no se trata de un tratado luego de la Declaración de Teherán todos los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, fueron en fuerza los Cogens, así como las cuatro Convenciones de Ginebra, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el 13 de enero de 1950; Convención Americana sobre Derechos Humanos, el 25 de mayo de 1978; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1982; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial el 18 de enero de 1983; la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza el 4 de febrero de 1983, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados el 22 de noviembre de 1983, la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud el 16 de junio de 1983 (las fechas consignadas corresponden a la fecha de ratificación del tratado por parte del Estado de Guatemala).

Asimismo, violo en términos del Derecho Internacional Humanitario: Convenios de Ginebra del año 1949 que tratan, respectivamente, de los Heridos y Enfermos en Campaña (Primer Convenio); de los Heridos, Enfermos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (Segundo Convenio); de los Prisioneros de Guerra (Tercer Convenio) y de las Personas Civiles (Cuarto Convenio). Estos Convenios fueron aprobados en una Conferencia Diplomática internacional celebrada en Ginebra entre abril y agosto de 1949. Fueron ratificados por Guatemala en el año 1952.

De ello puedo decir que, aunque en este apartado apenas hemos  resquejado la situación de violación sistemática de los Derechos Humanos en Guatemala, podemos afirmar que, los principales Derechos Humanos atropellados por el Estado guatemalteco fueron: el Derecho a la Vida, El Derecho al Debido Proceso, El Derecho de Pensamiento y Expresión, El Derecho de Asociación, El Derecho de Elegir y Ser Electo, El Derecho de formar y hacer agrupaciones Políticas, así como atentar en contra de su propia población configurando el genocidio cometido durante estos años, estos que se han enumerado resultan ser los que saltan a la vista, no obstante, La Comisión del Esclarecimiento Histórico contiene una mucho más detallada lista de los Derechos violentados en Guatemala.

6.6 Transición democrática: finalización del conflicto armado interno

Parafraseando al maestro Rosmosser y al maestro García Laguardia, puedo decir que, debido a la presión internacional por la grave situación que atraviesa el País en materia de las violaciones de Derechos Humanos, así como la reingeniería que para el área centroamericana planeaban los EEUU.

Esto me permite afirmar que, en tanto que a nivel interno se vivía un desgaste de los gobiernos militares, estos factores dieron como resultado la transición política democrática que promulga la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, que nos rige hasta la actualidad.

Según Rodolfo Rossmosser Valdevellano: “Los constituyentes de la época intentan alejarse completamente de la larga noche por la que ha pasado el País”²⁴⁵. Esto queda demostrado con especial énfasis en la discusión de la comisión de los 30, diputados constituyentes que tuvieron a cargo la discusión del Anteproyecto constitucional presentado a la Asamblea Nacional Constituyente de 1984

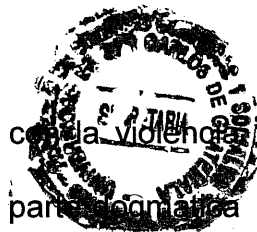


Para el inicio de dichas discusiones el constituyente José Francisco López Vidaurre expreso: “...A través de la historia, y sobre todo la triste historia de nuestra patria Guatemala, hemos visto que nos hemos encontrado arrasados por dos lastres que todos, perfectamente, conocemos muy bien, que han sido las dictaduras y las miserias.

Ahora bien, para nosotros poder acabar con esos dos lastres a los que yo me refería, creo que debemos darle a Guatemala libertad, y justicia. Esta libertad y justicia no se puede dar sino, únicamente, a través del pleno desarrollo del hombre...” más adelante en el misma intervención afirma: “En consecuencia, cuando se atenta contra ella pierde su razón de ser, y la persona sus garantías, y da lugar a lo que todos también conocemos, que es la represión; ésta, a su vez, genera el descontento y la inconformidad que viene a desembocar en lo que es la violencia. En este sentido, el pueblo entero estamos cansados de la violencia que nos ha arrasado exprofesamente en los últimos años de nuestra historia”.²⁴⁶

²⁴⁵ Rodolfo Rossmosser Valdevellano, **Op. Cit.** Pág. 25

²⁴⁶ Asamblea Nacional Constituyente, **Diario de Sesiones Comisión de los 30**, Tomo I Sesión 4. Pág. 16



Esta preocupación de centrar en la persona humana, y de finalizar con la violencia acaecida en Guatemala, se expresará a lo largo de la discusión de la parte orgánica de la Constitución Política de la República de Guatemala. Asimismo quedará sentada la preocupación de la comisión de los 30, en tanto, el cumplimiento de los Derechos Humanos, debido a lo cual realizan un proyecto de constitución desarrollada.

Y, como bien lo señala el jurisconsulto García Laguardia, el desarrollo minucioso e incluso de normas que debieran estar contenidas en cuerpos reglamentarios, se deberá a las condiciones históricas y políticas respecto de la violación sistemática de los Derechos Humanos en Guatemala²⁴⁷.

Ya en la Asamblea Nacional Constituyente, la discusión acerca de la defensa de los Derechos Humanos, y la crítica mordaz ante el conflicto armado interno, sus causas y consecuencias estuvo presente.

De dichas preocupaciones partieron los artículos 44 y 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, registrado en el diario de sesiones de la comisión de los 30 quienes tuvieron a su cargo el anteproyecto de Constitución Política, así como, en el diario de sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente.

No obstante, la promulgación de la misma se da durante el conflicto armado interno, por ello, no logra alejarse del discurso político y del modelo contrainsurgente que desarrolló el Estado de Guatemala a lo largo de 29 años, también es necesario señalar

²⁴⁷ Jorge Mario García Laguardia, Op. Cit. Pág, 11

que de la fecha de su promulgación a la finalización del conflicto armado interno no median 11 años.



Es por ello, que la Constitución Política de la República de Guatemala mantiene intacta la división territorial, emanada de la revolución de 1871, así como el modelo tutelar respecto de las poblaciones indígenas sin lograr romper *la patria del ladino* hondamente inspirada en *la patria del criollo*.

Aunque, por primera vez en 30 años en Guatemala, los Partidos Políticos no proscritos, electos sin fraudes del proceso electoral, tenían la oportunidad de aperturar democráticamente el País ante el Mundo. Esto permitió que fuera una Constitución que abriera el juego partidario, dando como resultado la pluralidad Política de la misma.

No obstante, la falta de representación de los sectores marginales de la sociedad, mujeres, jóvenes, ancianos e indígenas, se hacía sentir en los debates, así como en la composición de la misma, únicamente había un representante indígena, y tres mujeres de un total de 88 constituyentes, es decir el 1.3% y el 3.4%²⁴⁸, respectivamente, le correspondía a dos sectores marginales de la historia guatemalteca.

En ese mismo sentido, los propios asambleístas no podían soslayar el hecho del conflicto armado interno, así como los guatemaltecos y guatemaltecas que habían visto como posibilidad la lucha armada como una manera de cambiar la institucionalidad en Guatemala.

²⁴⁸ Elaboración propia fuente: Constitución Política de la República de Guatemala 1986



Los mismos, asambleístas, estaban conscientes que esta porción de la población no eran unas cuantas personas que se encontraban en las montañas guatemaltecas, tal como había sido la estrategia de información de los gobiernos *de facto*, sino por el contrario se trataba de una fuerza política ausente dentro de la conformación de la Constitución Política de la República²⁴⁹.

Estas condiciones que enumeró y otras, en las que se dio la promulgación de la Constitución Política de la República de Guatemala hicieron que la aplicación de los Derechos Humanos ya en la vida democrática del país, fuera lenta.

En ese sentido aún se continuó con el secuestro de personas, la tortura y el asesinato político, pues aún durante esta época la Doctrina de Seguridad Nacional, seguirá vigente, para combatir a la *insurgencia*²⁵⁰.

Por lo cual, continuarán las violaciones a los Derechos Humanos, de la época final de las dictaduras militares, sin que el Organismo Judicial aplique el principio del Debido Proceso, El Derechos de Defensa, La Exhibición Personal, El Amparo, todos instrumentos que se encuentran en la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986²⁵¹.

²⁴⁹ Asamblea Nacional Constituyente, **Diario de Sesiones**, Tomo I Sesión 19. Pág. 37

²⁵⁰ CEH, **Op. Cit.** T. I. Pág. 227

²⁵¹ **Ibid.** T. III. Págs. 150-151



Asimismo, este periodo a nivel político se caracterizó por el inicio del clientelismo político como forma de vinculación entre la población y los partidos políticos, la sociedad guatemalteca empezó a ver muy pronto como el sistema democrático, caía en manos de un sistema que permitía el caudillismo a nivel local y nacional, impactando de forma directa en la institucionalidad del Estado²⁵².

Por otra parte el sistema económico basado en la agro exportación, verá como sus crisis cíclicas mundiales agravan los problemas económicos que iniciaron en la crisis petrolera de los años 70`s, para ejemplificar lo que digo en la primera mitad de la década de los años 80`s estuvo marcada por una recesión económica con un promedio de crecimiento negativo del 0.9%²⁵³.

En ese sentido, el peso en la economía nacional del sector agroexportador sufrió un revés puesto que en 1950 representaba el 33.3% del PIB mientras que ya en 1980 representaba 24.1% del PIB nacional²⁵⁴.

En ese sentido también la inflación en 1980 se ubicaba en el 9.1% mientras que en 1990 se tenía una inflación del 58.81%.²⁵⁵, esto impacto directamente en la canasta

²⁵² Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T.II, Pág. 194

²⁵³ Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas, **Informe de Desarrollo Humano Guatemala 2005**, pág. 119

²⁵⁴ Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas **Op. Cit.** pág. 119

²⁵⁵ Fuente: **Banco de Guatemala** <http://www.banguat.gob.gt/inc/main.asp?id=646&aud=1&lang=1> (17/03/10)



básica del guatemalteco, sumado a la falta de empleo, lo que agravó la pobreza en Guatemala.

Esto se traducirá en que durante el inicio de los años 90`s la desaceleración económica, sea el escenario en el que un grupo de la burguesía nacional, principalmente empresarios, comerciantes y financieros, a quienes se les denomino como el sector empresarial, empiece a tomar el control económico del país, ya en 1980 tenía una participación del 8.8% en el PIB mostrando ser el sector más dinámico durante los años subsiguientes, ya en 2004 tenía una participación en el PIB de 15.8%²⁵⁶.

Debido a lo anterior concluyo que, el proyecto económico del sector empresarial será incompatible con el conflicto armado interno puesto que para el impulso del proyecto capitalista con visos a la globalización sea impulsado en el país, deberá el área estar plenamente pacificado como requisito previo a aspirar a la globalización neoliberal. Asimismo, las fuerzas *contrainsurgentes*, así como los *insurgentes* llegarán a un punto de imposibilidad de una derrota total de una de las fuerzas en el plano militar.

Estas condiciones, sumadas a las condiciones geopolíticas mundiales darán por finalizado el conflicto armado interno que vivimos a lo largo de 36 años, firmándose la Paz definitiva, el 29 de diciembre del año 1996.

²⁵⁶ Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas, **Op. Cit.** págs. 119 y 120



Dejando un saldo de más de 100,000 muertos, de los cuales el 93% son atribuibles al Estado de Guatemala, el 3% son atribuibles a la guerrilla y un 4% la Comisión del Esclarecimiento Histórico no pudo encontrar responsables²⁵⁷.

6.7 Firma de la paz: debate actual de los derechos humanos

La firma de la paz se da en un escenario económico que daba por finalizado el modelo agro exportador desarrollado en Guatemala a partir de 1871, esto queda demostrado pues ya en el año 2006 representa este sector representa el 12.3% del PIB²⁵⁸.

Asimismo, el sector agropecuario era la principal fuente de trabajo pues entre 1970 a 1980 este sector generaba el 50% del empleo total, mientras que ya en 1998 representaba el 39.9%²⁵⁹.

Esto se traducirá en una migración de nuestros connacionales al extranjero, se calcula que más de 1.1 millones de guatemaltecos se encuentran fuera del país, lo que ha generado que ya en el año 2004 el ingreso de divisas por remesas familiares representaba un monto de US\$ 2998 millones²⁶⁰.

Esto sumado al dinamismo del denominado sector terciario, comercio, servicios y sector financiero, así como una estabilización macroeconómica, que puede ubicarse en

²⁵⁷ CEH Op. Cit. T. II Págs. 324

²⁵⁸ Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas, **Informe del Desarrollo Humano Guatemala 2007-2008** pág. 124

²⁵⁹ **Ibid.** Pág. 120

²⁶⁰ **Idem.** Pág. 123



las medidas de estabilización del tipo de cambio, reducción arancelaria, liberalización del tipo de cambio, desregulación laboral, apertura comercial y privatización de las principales empresas estatales²⁶¹.

Todas estas medidas dieron como resultado un crecimiento en el PIB, no obstante según los estudios es un crecimiento no sostenido del 3.6%, sin que ello representara una mejoría de la calidad de vida²⁶².

Según los informes de Desarrollo Humano la brecha entre ricos y pobres se vio agravada, mientras que en 1989 el estrato alto de la sociedad guatemalteca lo componía el 4.7% el bajo extremo lo componía el 23.1% mientras que en el año 2004 el estrato alto estaba compuesto por el 3.2% mientras que el bajo extremo era del 28.8%, con un claro detrimento de los estratos medios y de los estratos sociales bajos de la sociedad guatemalteca²⁶³.

Estos hechos, sumados a la caída del precio del café dieron por terminado el modelo económico fundado en 1871, sin que el modelo social y político cambiase.

Así pues, de una u otra forma, por un periodo de 200 años Guatemala se ha debatido entre la separación étnica, sus efectos económicos y su regulación jurídica, siendo los discursos, como los hemos visto *conservadores y liberales, revolucionarios, comunistas y anticomunistas, insurgentes y contrainsurgentes*.

²⁶¹ Programa para el Desarrollo Humano de Naciones Unidas, **Op. Cit. 2007-2008**. Pág. 121

²⁶² **Ibid, Op. Cit. 2007-2008** Pág. 120

²⁶³ **Idem**. 2005, Pág. 95



Subsumiendo estos discursos, una realidad jurídica, política y social que ante los cambios de las relaciones sociales de producción de las dos contradicciones principales de la sociedad guatemalteca la contradicción indígena-ladino y la contradicción minifundio-latifundio.

Dichas relaciones sociales de producción en Guatemala que tienen sus hondas raíces en la historia económica, política, social y jurídica del país pueden resumirse al hecho que indígena es igual a trabajador agrícola o minifundista y ladino o mestizo es igual a clase dirigente o propietario de grandes extensiones agrícolas²⁶⁴.

De esta forma, el cuerpo de los Acuerdos de Paz proponía un cambio en las relaciones sociales de producción a partir de una reforma de Estado profunda, que pasaba por un cambio del modelo jurídico guatemalteco, dejando el cambio de la contradicción latifundio minifundio al mercado de las tierras.

Para ello, era necesario cambiar la Constitución Política de la República de Guatemala, por las limitaciones constitucionales señaladas en los Acuerdos de Paz, a través de una Consulta Popular.

Este cambio jurídico debía impactar directamente en el modelo social y político, en tanto se proponía el reconocimiento total de las diversas naciones que constituyen Guatemala, así como, un cambio en tanto la seguridad y defensa del país.

²⁶⁴ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T. II. Pág. 416

Que si bien es cierto, esto último, no afectaba el modelo económico y social del país por los graves hechos de violencia vividos durante el conflicto armado interno, eran cambios políticos necesarios para la desmilitarización de la sociedad guatemalteca.



El triunfo del “No” en la consulta popular demostró entre otras cosas: “...la pervivencia y fuerza del discurso de los sectores económicos y sociales que se han beneficiado tradicionalmente del sistema de segregación, así como los estereotipos y perjuicios que se han asignado a indígenas y ladinos. Fue un claro rechazo de la esfera del poder económico y, aún, de grandes sectores del Estado de una Guatemala respetuosa de la diversidad reconocida legalmente. Asimismo, mostró la atracción que en algunos sectores mayas tiene el sistema de tutela por parte del Estado, donde lo “local” o municipal aparece como innato al sector indígena y lo “nacional” como propio del sector ladino”²⁶⁵.

En este contexto, económico, social, político y jurídico, el discurso *insurgentes contrainsurgentes* se traslado de manera casi imperceptible al plano de la defensa de los Derechos Humanos.

Podría ubicar su nacimiento en los 80`s cuando a los defensores de Derechos Humanos fueron considerados como *insurgentes*, en tanto que exigían el respeto a los desaparecidos, el desaparecimiento de las Patrullas de Autodefensa Civil y la denuncia

²⁶⁵ Arturo Taracena Arriola, **Op. Cit.** T. II. Pág. 415



en el plano internacional del genocidio que se llevaba a cabo en la parte noroccidental del país.

En ese sentido, ambas partes del conflicto tenían una propia visión de los Derechos Humanos, es por ello que: "...los gobiernos nacionales, los gobiernos locales, la Iglesia Católica, las iglesias evangélicas, las organizaciones no gubernamentales, los partidos políticos, las organizaciones activistas indígenas, por mencionar algunos, plantean e instrumentalizan concepciones de los derechos humanos muy distintas y a veces contradictorias entre sí..."²⁶⁶.

Los mismos editores del libro anteriormente citado señalan: "...Desde quien concibe los Derechos Humanos en los términos ilustrados de los derechos civiles y políticos de libertad e igualdad, a quienes los interpretan de una forma más amplia como derechos individuales sociales y culturales (étnicos), o para quienes los Derechos Humanos son sinónimo de "justicia social", los significados no pueden ser más divergentes..."²⁶⁷.

Para mí, el logro más grande del debate de los Derechos Humanos en Guatemala, ha sido ubicarse desde el nivel local hasta el nivel nacional en el debate de diversos sectores de la sociedad guatemalteca. No obstante, ha girado en torno a posiciones ideológicas de quienes propugnan por un sistema económico neoliberal o por un sistema económico de carácter social.

²⁶⁶ Pedro Pitarch y Julián López (editores), **Los Derechos Humanos en Tierras Mayas. Política, representaciones y moralidad**, pág. 10

²⁶⁷ **Idem.**



En ese sentido, las organizaciones campesinas e indígenas han visto en el Derecho de los Derechos Humanos una plataforma política para impulsar los cambios estructurales del país, ejemplo de ello la Coordinadora Nacional Indígena y Campesina (CONIC) declara en sus objetivos generales: “Obtener y recuperar la Madre Tierra, a través de la reforma agraria, luchas reivindicativas, el cumplimiento integral de los Acuerdos de Paz y los convenios y pactos Internacionales ratificados por Guatemala, como un medio de transformación social y mejores condiciones de equidad”²⁶⁸.

Para ello han impulsado dentro de sus propuestas la aplicación del *Derecho Consetudinario*, partiendo de comunidades imaginadas, brindándole a este Derecho características tales como armonioso, pacifista, reparador, entre otras características, no obstante estas afirmaciones choquen en la práctica dentro de las comunidades indígenas²⁶⁹.

En ese sentido Victor Ferrigno en un estudio afirmaba que no se debía llevar al debate Jurídico el *Derecho Consetudinario* pues se trataba de una reivindicación política²⁷⁰.

No obstante, no se trata de la mera reivindicación política, ni de definir sus características a través de comunidades imaginadas dándole imaginarios mitificados que choquen con la realidad, se trata de aplicar los Derechos Culturales por el mero hecho de serlo, pues como bien lo afirma Rachel Sieder y Jessica Witchell: “...en lugar

²⁶⁸ Coordinadora Nacional Indígena y Campesina (CONIC), **Objetivos Generales**, disponible en internet en el sitio web: <http://www.cnoc.org.gt/conic.html> (22/3/2010)

²⁶⁹ Ricardo Falla **Juventud de una comunidad Maya. Ixcán Guatemala**, págs. 378-385

²⁷⁰ Victor Ferrigno **Derecho Indígena: ¿Debate o controversia política? En: Pluralidad Jurídica en el Umbral del Siglo**, pág. 106.



de estos imaginarios mitificados, el desarrollo de un Estado de Derecho democrático multicultural requiere de concepciones flexibles y dinámicas que se generen desde el interior de las sociedades indígenas, de tal manera que sea posible facilitar el desarrollo de reformas estratégicas integrales que respeten las diferencias culturales”²⁷¹

En ese mismo sentido, la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, la *insurgencia* organizada, durante la negociación de los Acuerdos de Paz considero que los Derechos Humanos eran la piedra angular del desenvolvimiento pleno de dichos Acuerdos²⁷².

Por otro lado, quienes se encontraban más cercanos a una posición *contrainsurgente* lo ven como una estrategia política de desinformación de los *insurgentes*, tal como lo expresa el Coronel del ejército guatemalteco Ismael Cifuentes, en su blog personal Perspectiva Militar, en la historia militar, expresa sobre los Derechos Humanos: “Y es que la subversión había iniciado una contraofensiva, pero esta vez política. Ante su impotencia por retener el terreno y el control de la población, diseñan una formidable estrategia político-diplomática para presentar al país como un pueblo víctima de un ejército nacional represivo y violador de derechos humanos. Este excelente trabajo de

²⁷¹ Rachel Sieder y Jessica Witchel, **Impulsando las Demandas Indígenas a través de la Ley: Reflexiones Sobre el Proceso de Paz, en Los Derechos Humanos en Tierras Mayas** pág. 56

²⁷² Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, **Una Paz Justa y Democrática: Contenido de la Negociación**, pág. 7-8

desinformación valió señalamientos contra el Ejército de Guatemala aún años después de la firma de la paz.²⁷³



Por su parte Humberto Preti, ex representante de la cámara del agro, en su columna Macroscopio, publicada en periódico Prensa Libre ha expresado en diversas oportunidades que las organizaciones defensoras de Derechos Humanos, son parte de la conspiración internacional²⁷⁴, por su puesto cabe preguntarse a qué conspiración se refiere.

En ese mismo sentido, los sectores empresariales más radicales en términos neoliberales, presentaron una propuesta durante el 2009 de cambio constitucional. La cual partía de la propuesta de cargos vitalicios para la Corte Suprema de Justicia, Corte de Constitucionalidad, creación de dos órganos legislativos congreso y senado, forma de elección apartidista y la supresión de los Derechos Humanos Sociales de la Constitución Política de la República, por enumerar algunas de las reformas propuestas, a dicha iniciativa le denominaron "ProReforma".

Los debates a favor y en contra no se hicieron esperar, cabe destacar, los argumentos que sus propulsores académicos vertieron en los medios escritos del país, luego de fracasada la propuestas.

²⁷³ Ismael Cifuentes, **Perspectiva Militar**, blog personal disponible en internet en el sitio web: <http://perspectivamilitar.blogspot.com/2007/08/historia-militar-de-guatemala-parte.html> (22/03/10)

²⁷⁴ **Prensa Libre** ediciones 01/03/2008, 13/12/2008 y 04/07/2009



Por su parte, Alfonso Abril, abogado e impulsor de “ProReforma”, ha afirmado que entre los mayores logros ha sido iniciar el debate de la “incompatibilidad de Derechos Individuales y Derechos Sociales”²⁷⁵.

En el mismo sentido Manuel Ayau, Rector de la Universidad Francisco Marroquín y académico defensor del neoliberalismo ha afirmado que no son compatibles los Derechos Individuales con los Derechos que intentan distribuir la riqueza, asimismo, afirma: “Cuando hablamos de derechos individuales no nos referimos a las aspiraciones que la desprestigiada Naciones Unidas –bajo la influencia de los socialistas norteamericanos que la organizaron como el que en ese entonces fue agente secreto del Kremlin, Alger Hiss, posteriormente acusados de traición y encarcelado–, dispuso llamar derechos humanos para no usar la palabra "individual", contraria a su filosofía colectivista.”²⁷⁶

Así también al referirse a los tratados internacionales de Derechos Humanos, Manuel Ayau, se ha expresado de la siguiente manera: “...es herencia directa del socialismo porque ha inducido a los países a adoptar políticas de intervención, de reglamentación de los actos pacíficos de los ciudadanos y del abandono de los derechos individuales, sustituyéndolos con los llamados "derechos sociales".”²⁷⁷

²⁷⁵ Alfonso Abril, **El Éxito de ProReforma**, publicado el 16 de febrero del año 2010, en El Periódico disponible en internet: <http://elperiodico.com.gt/es/20100216/opinion/137881/> (01/03/2010)

²⁷⁶ Manuel Ayau Cordón, **Derechos Individuales**, Columna de Opinión Macroscopio Prensa Libre (11/06/2008)

²⁷⁷ Manuel Ayau Cordón, **¿Transparencia?** Columna de Opinión Macroscopio Prensa Libre (28/11/2006)



Como vemos las expresiones de los sectores de poder de la sociedad guatemalteca aún expresan posiciones políticas del *comunismo* y *anticomunismo*, así como *insurgencia* y *contrainsurgencia* a través del discurso de los Derechos Humanos

Por último a nivel comunitario o local, la población indígena ha entendido los Derechos Humanos desde su perspectiva, chocando con la teoría de la universalidad de los mismos, puesto lo que entienden por Derechos Individuales y Derechos Sociales, dista mucho de lo que en el mundo occidental entiende por estos Derechos

Polarizándose de esta manera también el debate de los Derechos Humanos, esto ha impactado directamente en los imaginarios de la ciudadanía identificando muchas veces el debate de los Derechos Humanos con el discurso político, social y económico, de una u otra corriente ideológica.

En realidad, el debate jurídico guatemalteco no ha arribado seriamente al debate de su fundamentación, desarrollo, aplicación y defensa, así como a la interrelación de Derechos Humanos Individuales y Derechos Humanos Sociales, pues no tienen ninguna división como se ha afirmado desde los círculos académicos, sociales, jurídicos y políticos guatemaltecos.

De este impacto en el imaginario ciudadano no ha estado exenta la Ciencia Jurídica, pues en realidad, quienes defienden una posición “Constitucionalista” o “Internacionalista”, respecto a la ubicación de los Derechos Humanos en relación a la

Constitución, también defienden una de las posiciones políticas anteriormente expresadas.



En el caso de los “constitucionalistas”, las posiciones respecto de que los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden estar por encima de la constitución política de la República de Guatemala, estar en contradicción con los principios de supremacía constitucional y rigidez constitucional.

Han esgrimido dicha posición de cara a la aplicación del Convenio 169 de la OIT (contentivo de Derechos Culturales), así como a la aplicación del Pacto de San José, contentivo de Derechos Civiles y Políticos, más concretamente en la aplicación de la pena de muerte.

Por otro lado, la posición “internacionalista”, ha esgrimido su posición de cara a la aplicación Convenio 169 de la OIT (contentivo de Derechos Culturales), así como a la aplicación del Pacto de San José, contentivo de Derechos Civiles y Políticos, más concretamente en la suspensión de la pena de muerte.

Lo anterior por citar algunos ejemplos, no obstante, en casos concretos como la inscripción de la candidatura presidencial del General Efraín Ríos Montt, sus defensores jurídicos esgrimían que el artículo constitucional de prohibición constitucional que jefes de estado o caudillos que hubieren provocado rompimientos constitucionales se pudiesen inscribir para la candidatura presidencial, dijeron que el

Derechos Político que asistía a su candidato, se encontraba en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Pacto de San José, de los cuales es signante Guatemala, por lo que el Tribunal Supremo Electoral debía inscribirlo.




En este particular caso, que por las graves violaciones de Derechos Humanos pesan sobre su mandato, los “internacionalistas” Defensores de Derechos Humanos, no esgrimían argumentos a favor de dicha garantía.

Así también, si las consultas comunitarias fueran favorables a los intereses de los sectores empresariales, cuya validez y defensa se encuentra en el Convenio 169 de la OIT, puedo afirmar que los “constitucionalistas”, no esgrimirían ningún argumento en contra de la aplicación del mismo.

De esta forma el carácter del Derecho de ser la expresión de los grupos de poder erigidos en ley, por lo cual es ambivalente dependiendo los intereses que defienda, se ha expresado en las posiciones anteriormente descritas, sin llegar a ser un punto de consenso social para evitar los abusos de los grupos de poder sobre los grupos vulnerables.

En realidad, tanto la posición “internacionalista” como la posición “constitucionalista”, no ha arribado a la discusión jurídica de los Derechos Humanos como un cuerpo sistemático, que ha tenido un desarrollo histórico, el cual ha permitido una mejor calidad de vida para los grupos o personas destinatarias, por lo cual se informan del



principio *Pro Hominem*, es decir que siempre los Derechos Humanos deben ser aplicados en función del cuerpo que garantice su aplicación, estén estos contenidos en Tratados Internacionales o garantizados en la Constitución Política de la República.

Pues de una aplicación extensiva que expresa el principio de Derechos Humanos no Enunciados, así como la preeminencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho Interno depende su desarrollo, aplicación y defensa, y como se demostrará en el capítulo VII de la presente investigación, en ningún momento entra en colisión con los principios de rigidez y supremacía constitucional.





CAPÍTULO VII

7. Preeminencia de los derechos humanos en Guatemala

7.1 Análisis de la progresividad

Como se ha establecido en el capítulo V del presente trabajo, el principio de Derechos Humanos No enunciados o principio de progresividad, deviene de la característica de inmanencia o inherencia de los Derechos Humanos.

Dicha característica se encuentra reconocida en la Constitución Política de la República de 1986, la cual devino de una preocupación constante de los iusnaturalistas que participaron en la Asamblea Nacional Constituyente que realizó la Constitución Política de la República, como se indicó en el capítulo VI de esta tesis.

Estos conceptos tomaron forma ya en el artículo 44 Constitucional, al declarar inherentes los Derechos y Garantías que otorga la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que puedo afirmar que es un aporte de los iusnaturalistas al cuerpo constitucional, sin que ello implique el reconocimiento del iusnaturalismo como iusfilosofía del Estado Guatemalteco, como bien se verá en los principio de Supremacía y Rigidez Constitucional.

De esta manera quedó redactado el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala el cual literalmente dice: **“Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente**



en ella, son inherentes a la persona humana.- El interés social prevalece sobre el particular.- Serán nulas ipso jure las leyes y disposiciones gubernativas o de cualquier otro orden que disminuyan, restrinjan o tergiversen los derechos que la Constitución garantiza”.

Devenido de su característica inherente, este artículo expresa el principio de los Derechos Humanos enumerados o Principio de Progresividad que es que los Derechos constitucionales son enunciativos más no taxativos. Que precisamente es lo que expresa nuestra Constitución, cuando dice: *no excluye otros que no figuren expresamente en el cuerpo Constitucional.*

En ese sentido como bien lo señala el juriconsulto Bidart Campos: “[...] Cuando hablamos de Derechos No enumerados tenemos, por eso, que afrontar una doble implicitud: la de derechos que no tienen norma de constancia, y la de muchos contenidos que confieren desarrollo a derechos enumerados, y que van sumándose a los contenidos tradicionalmente conocidos [...]”²⁷⁸

Como hemos expuesto en el capítulo VI, la expresión contenida en estos artículos es un compromiso serio por parte de los Asambleístas que le dieron vida a la Constitución, de una búsqueda de protección de los Derechos Humanos.

²⁷⁸ Germán Bidart Campos, **Los Derechos “No Enumerados” En su Relación con el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional en Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, Pág. 104 versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/1/342/6.pdf> (28/4/2010)



Esta se traduce como una pauta para el juzgador que le faculta aplicar Derechos que aunque no se encuentren expresos en la Constitución ni en los Tratados Internacionales de los cuales es parte Guatemala, puedan invocarse en el caso concreto Derechos Innominados.

Asimismo, este artículo contiene Principio *Pro Hominem*, en donde los Derechos Humanos, tienen carácter extensivo en su interpretación, la cual debe ser la que proteja de mejor manera los Derechos Humanos, siempre en beneficio del Hombre, lo cual se infiere de la inherencia y de la amplitud de recepción de Derechos y Garantías no enunciadas en beneficio de la persona humana.

En ese sentido, el mismo artículo expresa el principio de Integralidad de los Derechos Humanos, pues declara la nulidad ipso jure para cualquier disposición que disminuya, restrinja o tergiversa los Derechos contenidos en la Constitución, por lo cual, el mismo cuerpo normativo nos dice que los Derechos Humanos son una totalidad que no puede ser pesada o separada, que se encuentra íntimamente ligado al principio de unidad constitucional, definido ya en el capítulo I, puesto que nuestra Constitución contiene tanto Derechos Individuales como Derechos Sociales o Colectivos.

Por último, expresa que el interés social prevalece sobre el particular, esta expresión encierra muchas aristas para su interpretación, no obstante, en este trabajo nos interesa sobre todo, analizar los Principios de Derechos no Enunciados o



Progresividad, Pro Hominem e Integralidad de Derechos Humanos y su reconocimiento constitucional en el ordenamiento guatemalteco.

Devenido del anterior, puedo afirmar que, la función del artículo 44 Constitucional es de garantizar Derechos Humanos, aunque no se encuentren explícitos en el texto constitucional o en Tratados Internacionales de los que sea parte Guatemala, sean aplicados de manera extensiva en beneficio de la personas o de colectivos humanos, comunidades.

7.2 Análisis de la supremacía constitucional

El principio de supremacía constitucional, como lo afirmé en el capítulo IV de esta tesis, el orden eslabonado creado por Hans Kelsen es el más aceptado en Guatemala.

Por ello, antes de analizar la norma objetiva que nos transmite ese orden eslabonado que expusimos en el capítulo IV, se da a partir del principio de supremacía constitucional definido implícitamente por Hans Kelsen, tal como lo citamos en dicho capítulo, esta teoría se plasoma en la constitución en cuanto, norma fundacional de todo el ordenamiento jurídico así como de la supremacía de esta sobre cualquier otra ley.

Este principio de supremacía desarrollado en el orden eslabonado kelseniano, se encuentra en nuestra legislación en los artículos 175 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución. Las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son



nulas **ipso jure**"; Y, el artículo 204 del mismo cuerpo normativo: "Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado."

Del análisis de los artículos anteriores puedo afirmar que ninguna norma se encuentra por encima de la Constitución Política de la República, por lo cual los Tratados Internacionales de Derechos Humanos no son de rango Supraconstitucional, como lo han querido hacer ver algunos juristas.

7.3 Análisis de la rigidez constitucional

El principio de rigidez se constituye como una contención para que la Constitución no sea reformada más que por los medios establecidos en ella.

Este principio se encuentra íntimamente ligado al principio anterior, también es un aporte del iuspositivismo, como lo indica Kelsen, al referirse al presupuesto de la supremacía: "[...] de que la simple ley no tenga fuerza como para derogar la norma constitucional que determina su producción y contenido; es decir, cuando la norma constitucional sólo pudiera ser modificada o suprimida bajo condiciones más difíciles, como la de contar con una mayoría calificada, un quórum más elevado, etcétera; es decir, que la constitución prescriba para su modificación o supresión un procedimiento distinto del procedimiento legislativo corriente, un procedimiento más difícil; o sea, que

junto a las formalidades legales propiamente dichas, existan formalidades constitucionales [...]"²⁷⁹.



Guatemala, recoge esta idea kelseniana de un procedimiento más difícil, un procedimiento constitucional como los únicos medios para reformar la Constitución Política de la República de Guatemala, estos procedimientos constitucionales están contenidos en el Título VII, Capítulo Único, el que a continuación cito textualmente:

“Artículo 277.- Iniciativa. Tiene iniciativa para proponer reformas a la Constitución: a) El Presidente de la República en Consejo de Ministros; b) Diez o más diputados al Congreso de la República; c) La Corte de Constitucionalidad; y d) El pueblo mediante petición dirigida al Congreso de la República, por no menos de cinco mil ciudadanos debidamente empadronados por el Registro de Ciudadanos.- En cualquiera de los casos anteriores, el Congreso de la República debe ocuparse sin demora alguna del asunto planteado.; **Artículo 278.- Asamblea Nacional Constituyente.** Para reformar éste o cualquier artículo de los contenidos en el Capítulo I del Título II de esta Constitución, es indispensable que el Congreso de la República, con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros que lo integran, convoque a una Asamblea Nacional Constituyente. En el decreto de convocatoria señalará el artículo o los artículos que haya de revisarse y se comunicará al Tribunal Supremo Electoral para que fije la fecha en que se llevarán a cabo las elecciones dentro del plazo máximo de ciento veinte días, procediéndose en lo demás conforme a la Ley Electoral Constitucional.; **Artículo 279.- Diputados a la Asamblea Nacional Constituyente.** La Asamblea Nacional Constituyente y el Congreso de la República podrán funcionar


²⁷⁹ Hans Kelsen, **Op. Cit.** Págs. 234 y 235



simultáneamente. Las calidades requeridas para ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente son las mismas que se exigen para ser Diputado al Congreso y los diputados constituyentes gozarán de iguales inmunidades y prerrogativas.- No se podrá simultáneamente ser diputado a la Asamblea Nacional Constituyente y al Congreso de la República.- Las elecciones de diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, el número de diputados a elegir y las demás cuestiones relacionadas, con el proceso electoral se normarán en igual forma que las elecciones al Congreso de la República.;

Artículo 280.- Reformas por el Congreso y consulta popular. Para cualquier otra reforma constitucional, será necesario que el Congreso de la República la apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados. Las reformas no entrarán en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular a que se refiere el artículo 173 de esta Constitución.- Si el resultado de la consulta popular fuere de ratificación de la reforma, ésta entrará en vigencia sesenta días después que el Tribunal Supremo Electoral anuncie el resultado de la consulta.;

Artículo 281.- Artículos no reformables. En ningún caso podrán reformarse los artículos 140, 141, 165 inciso g), 186 y 187, ni en forma alguna toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno, al principio de no reelección para el ejercicio de la Presidencia de la República, ni restársele efectividad o vigencia a los artículos que estatuyen la alternabilidad en el ejercicio de la Presidencia de la República, así como tampoco dejárseles en suspenso o de cualquier otra manera variar o modificar su contenido.” (el resaltado es propio).



Como vemos, el procedimiento constitucional de reforma, cumple precisamente con la idea kelseniana, que la norma fundacional no sea posible reformarla por los medios legislativos con los cuales se reforman las leyes ordinarias.

Asimismo, a través de la lectura de los anteriores artículos, ninguno de ellos contempla la reforma por medio de un Tratado Internacional, aunque este verse sobre Derechos Humanos.

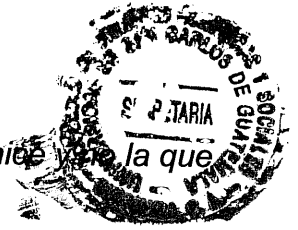
Por ello, puedo afirmar que, la preeminencia de los Derechos Humanos, contenidos en Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos no son supraconstitucionales, se ratifica en este principio, pues en dado momento su contenido fuese contradictorio con esta, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con los principios de rigidez y superioridad.

7.4 Sentencias aplicables de la Corte de Constitucionalidad

La Corte de Constitucionalidad a través de diversas sentencias, ha sentado doctrina legal al respecto del tema que se diserta en la presente Tesis.

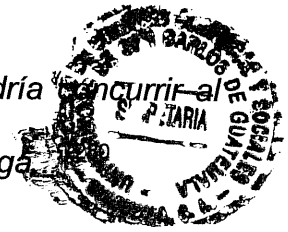
Debido a ello haré un examen de dichas sentencias el primer fallo de dicha Corte contenida en el expediente 280-90: *“...esta Corte estima conveniente definir su posición al respecto. Para ello parte del principio hermenéutico de que la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el significado de que cada parte debe determinarse en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser*

considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice la que
coloque en pugna 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 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, y este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino –en consonancia con el artículo 2. de la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional... El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero no puede reconocérsele 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 tiene problema, pero si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso tienen facultad reformadora de la Constitución. Por otro lado, la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer

sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que contravenga



Por lo que, comparto el criterio de la Corte de Constitucionalidad en el sentido que los tratados y convenios internacionales ratificados por Guatemala, no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma.

Esta sentencia de la Corte de Constitucionalidad sienta como precedente que el principio de preeminencia de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, no significa que los tratados internacionales sean supraconstitucionales, es decir, que la Constitución de la República de Guatemala de 1986 no forma parte de ese derecho interno al que se refiere el artículo 46 constitucional, así como que no pueden tener fuerza reformadora, ni derogatoria de la Constitución.

No obstante la Corte de Constitucionalidad, me separo del criterio de dicha sentencia cuando afirma: “[...] *este ingreso se daría no por vía de su artículo 46, sino –en consonancia con el artículo 2. de la Convención- por la del primer párrafo del 44 constitucional... la pretensión de preeminencia sobre la Constitución tendría sentido si la norma convencional entrase en contravención con la primera, puesto que la compatibilidad no ofrece problemas a la luz de lo establecido en el artículo 44 constitucional, pero resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que contravenga...*”

²⁸⁰ expediente 280-90, fechada el 19 de octubre de 1990 Gaceta No. 18 p. 99



En esta parte de la Sentencia la Corte de Constitucionalidad afirma que el Pacto de San José, así como otros tratados, ingresan al ordenamiento jurídico vía el artículo 44 Constitucional y no por vía del 46 Constitucional.

Sin embargo, como indique *ut supra* el artículo 44 constitucional, tiene como función garantizar la aplicación de Derechos que no se encuentren recogidos en el Derecho Nacional o en el Derecho Internacional reconocido por Guatemala.

De esta manera, como el ponente lo ha venido exponiendo, la función del artículo 44 Constitucional no es la de ingresar Derechos Humanos por la vía de los Tratado Internacional, su función en cambio es la de garantizar la aplicación de los principios de Progresividad, Derechos No Enunciados y Pro Hominem de los Derechos Humanos.

Asimismo, disiento del criterio de la la Corte de Constitucionalidad que sin hacerlo de manera clara invoca la teoría del Orden Público cuando afirma: "*[...] resulta que el poder público guatemalteco está limitado a ejercer sus funciones dentro del marco de la Constitución, por lo que no podría concurrir al perfeccionamiento de un convenio o tratado internacional que contravenga...*"

No obstante, como lo indique en el capítulo VI de esta tesis, los estándares internacionales de aplicación de tratados contenidos en el artículo 26 del Convenio de Viena, no permite invocar el orden público para evadir la aplicación de un Tratado Internacional.

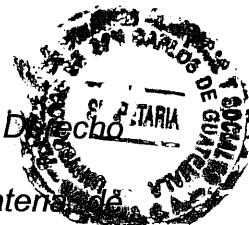


Asimismo, el expediente 131-95 en su sentencia dice: *“...los tratados y convenios internacionales, en cuya categoría se encuentran la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto, el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad...”*²⁸¹

La sentencia del expediente 131-95, reafirma los criterios vertidos ya en la sentencia del expediente número 280-90, añadiendo que el artículo 46 constitucional, indica que norma prevalecería en la aplicación, según la Corte de Constitucionalidad prevalecerían los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos sobre el derecho interno, entendido este como el conjunto de normas ordinarias.

Veamos la sentencia contenida en el expediente 199-95 dice: *“[...] es necesario, previamente a analizarlo, determinar el lugar que el Convenio ocupa dentro del ordenamiento jurídico y su posición respecto de la Constitución para dilucidar si, en un momento determinado, podrían subsistir aspectos de la norma por contradecirla [...] el*

²⁸¹ Corte de Constitucionalidad, **Expediente 131-95**, de fecha 12 de marzo de 1997, Gaceta No. 343 p. 47



hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho Interno, debe entenderse como su reconocimiento a la evolución en materia de derechos humanos, pero su jerarquización es al ingresar al ordenamiento jurídico interno junto a aquellas normas que superen el reconocimiento explícito de los derechos que ella posee, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución y este ingreso o recepción a la legislación nacional se daría, por tanto, no por la vía del artículo 46, sino por la del primer párrafo del artículo 44 [...]"²⁸²

La sentencia del expediente 131-95, vuelve a ratificar la posición de la Corte de Constitucionalidad, sentando Doctrina Legal, no obstante, vuelve a cometer el error de afirmar que los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos hacen su ingreso o recepción vía el 44 constitucional, y no por el 46 Constitucional.

Veamos la siguiente sentencia dentro del expediente 30-2000, la cual se desapega de la Doctrina Legal sentada con anterioridad por la Corte de Constitucionalidad: "[...] *la cuestión a despejar es la determinación del rango o jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene en relación con el Código Penal (...). Determinante para elucidar el punto analizado es la discusión sobre si la pena de muerte se extendió a delitos no previstos antes de la vigencia del Pacto de San José, en el caso del artículo 201 del Código Penal, o si por el contrario, el tipo delictivo simple, sin muerte de la víctima de secuestro o plagio, no estaba anteriormente sancionado con dicha pena (...). Que un delito (plagio más muerte de la víctima) es un*

²⁸² Corte de Constitucionalidad, **Expediente No. 199-95**, *Gaceta Jurisprudencial* 43

delito distinto del otro (plagio simple) aunque no hubiese variado el nomen, pues en el primero se perfila la protección de un bien jurídico superior: la vida. En cambio, otro, el bien protegido es la libertad individual (...) en ese orden de ideas, se retoma las cuestiones depuradas anteriormente: el Estado de Derecho, el carácter vinculante del derecho internacional de los derechos humanos receptado convencionalmente por Guatemala y la teoría del delito como indicador clave para la aplicación de la normativa penal... tomando en cuenta que el Derecho está sustentado en conceptos, o sea supuestos de razón más que de palabras aisladas, y teniendo presente mutatis mutandi la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de febrero de 1995 en que dijo: «las disposiciones comunitarias pueden invocarse ante el órgano judicial nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a dichas disposiciones) citada por Manuel Juan Vallejo, **La Justicia Penal en la Jurisprudencia Constitucional**, Dykinson, Madrid, 1999, página 108) resulta que el acto reclamando violó los derechos del postulante por inaplicación prevalente y preeminente del artículo 4 numeral 2 in fine de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [...]»²⁸³.

Varios aspectos son resaltables de esta sentencia, el primero de ellos es que la Corte de Constitucionalidad, haciendo uso implícitamente del artículo 44 Constitucional cita una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, sin que Guatemala se encuentre sujeta al Estatuto que le da nacimiento a la Comunidad Europea, por razones obvias.

²⁸³ Corte de Constitucionalidad, **Sentencia de fecha 31 de octubre del año 2000 Expediente 30-2000**, Gaceta Jurisprudencial 58

Asimismo, aplica el principio de preeminencia de los Derechos Humanos al observar una violación a los mismos en el cambio del tipo penal de secuestro con la aplicación de la pena de muerte a dicho delito contravenía el artículo 4 numeral 2 del Pacto de San José, del examen de la sentencia podemos ver que atendiendo de una buena forma a la preeminencia de los Derechos Humanos declaran prevalente el artículo 4 numeral 2 sobre el artículo 201 del Código Penal.

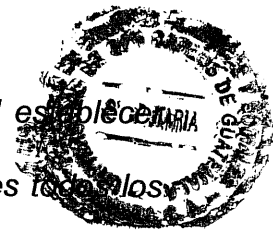


Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad regresa a sus anteriores criterios con la sentencia dentro del expediente 872-2000 cuando afirma: “[...] esta Corte debe abordar únicamente aspectos relacionados a la preeminencia de la norma constitucional en función del resguardo de los derechos fundamentales que la ley matriz le ha conferido a la persona humana, las obligaciones internacionales del Estado y la aplicación de tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, en cuanto a que su aplicación pueda ser más garantista que las normas de derecho interno. En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el *ius cogens*, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización.

Lo anterior implica también el compromiso que tiene el Estado de Guatemala de observar y respetar lo dispuesto en dichos tratados, máxime cuando el asunto sobre el cual versaren fuere materia de derechos humanos “(...) según el artículo 26 de la



Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (...)". En ese orden de ideas, considera apropiado, previamente analizar lo relacionado con el artículo 4º, numeral 2) de la Convención y su aplicabilidad al caso objeto de estudio, puntualizar que la interpretación que debe hacerse de dicha norma ha de hacerse de buena fe, conforme al sentido corriente que ha de atribuírsele a los términos expresados por el tratado en su contexto. Ello es importante, pues en esta sentencia debe quedar establecido que en el proceso de emisión de leyes en los cuales pudo haberse extendido la aplicación de la pena de muerte (como lo son los Decretos 38-94, 14-95 y 81-96 del Congreso de la República) el Organismo Legislativo debió observar lo dispuesto en el tratado internacional precitado, ya que una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir la Convención, constituye una violación de ésta, y si esa violación afecta derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado, e igualmente genera tal responsabilidad el cumplimiento por parte de funcionarios de ese Estado de la ley manifiestamente violatoria de la Convención, aspectos que esta Corte tiene presentes en este análisis... esta Corte concluye que estando establecida la pena de muerte para el delito de plagio o secuestro en el actual Código Penal, la imposición de la misma no contraviene el artículo 4, inciso 2. de la Convención, no sólo por tratarse el secuestro de un delito grave, sino porque para que esta pena se ejecute, se requiere una observancia estricta del debido proceso y que se hayan agotado todos los recursos pertinentes para que la sentencia pueda considerarse ejecutoriada, situación que la actual Constitución Política de la República de Guatemala -texto normativo emitido con



posterioridad a la Convención- observa en el artículo 18 constitucional al establecer que «Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles todos los recursos legales, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos», normativa que también guarda congruencia con lo dispuesto en el artículo 4°, numeral 6. de la Convención (...) extender la aplicación de la pena - en este caso la de muerte- atendiendo al criterio de autoría de las personas que cometen el delito de secuestro, extensión que no prohíbe la Convención en su artículo 4. numeral 2. por ser tratarse de un mismo delito y no extenderse la aplicación de dicha pena a otros ilícitos penales que en la fecha de inicio de la vigencia de dicha Convención no tuvieran contemplada tal pena -como lo podrían ser, por citar algunos ejemplos, los delitos de homicidio, estupro y abusos deshonestos, los cuales no obstante su gravedad no tenían (ni tienen) contemplada dicha pena-. De manera que al no haberse extendido la aplicación de la pena de muerte a otros delitos que no sea el de secuestro en las reformas antes citadas, esta Corte considera que la aplicación que del artículo 201 del Código Penal se realizó por parte de los tribunales impugnados en el caso del amparista, no viola el artículo 46 de la Constitución ni el artículo 4. numeral 2. de la Convención, aún en el evento de plagio o secuestro no seguido de muerte de la víctima; razones por las cuales esta Corte se aparta del criterio expresado por este mismo tribunal en la sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil dictada en el expediente 30-2000 de acuerdo con las consideraciones antes realizadas [...]"²⁸⁴.

²⁸⁴ Corte de Constitucionalidad, Expediente No. 872-2000, Gaceta Jurisprudencial 60



En la sentencia del expediente 872-2000, la Corte de Constitucionalidad, a un retroceso explícito al criterio sentado en la sentencia del expediente 30-2000, también a mí criterio comete una atrocidad jurídica.

Pues la Corte de Constitucionalidad afirma: *En cuanto a las obligaciones internacionales del Estado, se mantiene el criterio vertido en el precedente jurisprudencial de que Guatemala reconoce la validez del derecho internacional sustentado en el ius cogens, que por su carácter universal contiene reglas imperativas admitidas como fundamentales de la civilización*

Asimismo la Corte de Constitucionalidad, afirma que, se encuentra consciente de la obligación de buena fe a la que el Estado de Guatemala está sujeta según el artículo 26, principio pacta sunt servanda, contenido en el artículo 149 Constitucional, como lo expuse en el capítulo II de esta tesis.

No obstante, invocar el ius Cogens y el Principio Pacta Sunt Servanda, la Corte de Constitucionalidad afirma: *“esta Corte concluye que estando establecida la pena de muerte para el delito de plagio o secuestro en el actual Código Penal, la imposición de la misma no contraviene el artículo 4, inciso 2. de la Convención, no sólo por tratarse el secuestro de un delito grave, sino porque para que esta pena se ejecute, se requiere una observancia estricta del debido proceso y que se hayan agotado todos los recursos pertinentes para que la sentencia pueda considerarse ejecutoriada, situación que la actual Constitución Política de la República de Guatemala -texto normativo emitido con*



posterioridad a la Convención- observa en el artículo 18 constitucional que establece que «Contra la sentencia que imponga la pena de muerte, serán admisibles los recursos legales, inclusive el de casación; éste siempre será admitido para su trámite. La pena se ejecutará después de agotarse todos los recursos», normativa que también guarda congruencia con lo dispuesto en el artículo 4°, numeral 6. de la Convención (...) extender la aplicación de la pena - en este caso la de muerte- atendiendo al criterio de autoría de las personas que cometen el delito de secuestro, extensión que no prohíbe la Convención en su artículo 4. numeral 2. por ser tratarse de un mismo delito y no extenderse la aplicación de dicha pena a otros ilícitos penales que en la fecha de inicio de la vigencia de dicha Convención no tuvieran contemplada tal pena”

De la lectura de esta sentencia, puedo afirmar que, la interpretación de la Corte de Constitucionalidad ha sido antojadiza, así como, ha demostrado el carácter ambivalente del Derecho, en especial en Guatemala, carácter que ha adquirido históricamente como lo he demostrado en el capítulo VI de esta tesis.

Asimismo, afirmar que, las reformas al tipo penal del secuestro en cuanto a la aplicación de la pena de muerte no contraviene el artículo 4 numeral 2 del Pacto de San José, deviene una atrocidad jurídica.

Toda vez que, el delito de secuestro calificado contemplaba la pena de muerte previo a la firma del Pacto en mención, en caso la víctima del delito muriera durante la consecución del mismo, condición *sine qua non* del delito de secuestro calificado, dicha

situación, no contravenía el artículo 4 numeral 2, y se encuentra en consonancia con el artículo 4 numeral 6 del mismo Tratado, así como con el artículo 18 de la Constitución Política de la República de Guatemala, situación que tiene razón la Corte en afirmar.



Sin embargo, la reforma de la pena del secuestro simple, si configura una clara violación al artículo 4 numeral 2 del Pacto de San José y no se encuentra en consonancia con el artículo 18, 44 y 46 Constitucional.

Puesto que, el artículo 4 numeral 2 del Pacto de San José contempla que no deberá extenderse la pena de muerte a otros delitos, que al momento de la firma del Pacto no los contengan. La Corte de Constitucionalidad, queriendo igualar secuestro simple a secuestro calificado, no quiso ver la violación del Pacto de San José.

No obstante, aunque mi tesis no es de Derecho Penal, diré que, los bienes jurídicos tutelados en los delitos de secuestro simple y secuestro calificado son distintos. Mientras que el secuestro simple, el bien jurídico tutelado es la libertad, en el secuestro calificado el bien jurídico tutelado es la vida, por lo cual si se trata de diversos delitos.

Asimismo, para ahondar en materia recordaré que la teoría general del delito, define al delito como: una acción típica, antijurídica, dolosa y culpable que trae aparejada una pena, es del elemento de culpabilidad que se desprende la pena como consecuencia jurídica de una acción típica (supuesto jurídico).



Son elementos consustanciales de una norma, el supuesto y la consecuencia jurídica, los cuales no se pueden analizar de manera separada, por ello la pena no configura un elemento separado del delito, sino es parte de su integralidad.

Por ello, me permito afirmar que, al reformar la pena del delito de secuestro simple contenida en el artículo 201 del Código Penal, si se configura una violación al Pacto de San José, de los Principios de *Ius Cogens* y *Pacta Sunt Servanda*, así como de los Principios de Progresividad o Derechos No Enunciados, *Pro Hominem* y Preeminencia de los Derechos Humanos, reconocidos por la Constitución Política de la República, de la cual la *Corte de Constitucionalidad se encuentra consciente* (Sic), no obstante no quiso ver dicha transgresión.

7.5 Hermenéutica de los principios aplicables

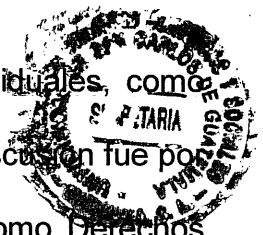
Debido a que nos encontramos en el método hermenéutico de interpretación se hizo necesario ver el contexto socio político en el cual se promulgo la norma, así como los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente.

En ese sentido, existió durante la Asamblea Nacional Constituyente diversas manifestaciones, en las que se manifestó preocupación en torno a la jerarquización de los tratados²⁸⁵, así como de la invocación de un *Ius Cogens* que favoreciera la lucha de armada en nuestro país²⁸⁶.

²⁸⁵ Asamblea Nacional Constituyente, **Diario de Sesiones**, Tomo II Sesión 33. Pág. 73

²⁸⁶ *Idem*, Pág. 72

También, existió una corriente que quiso entronizar los derechos individuales, como sinónimo de Derechos Humanos²⁸⁷, no obstante la visión al final de la discusión fue por la integralidad de los Derechos Individuales y Sociales o Colectivos como Derechos Humanos²⁸⁸.



Asimismo los Asambleístas estaban conscientes que durante la promulgación de las constituciones de 1956 y 1965, los elementos anticomunistas fueron los que prevalecieron, no obstante, la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986, era una de sus aspiraciones abrir la puerta al pluralismo político y a la garantía de los Derechos Humanos, lo cual se deduce de la lectura de los Diarios de Sesiones, tanto de la Asamblea Nacional Constituyente como de la comisión de los 30, citados en este trabajo.

Como ya lo he expuesto en el capítulo VI, existe hoy en Guatemala un debate alrededor de los Derechos Humanos, en el cual subyacen los debates históricos acerca de la conformación social, política y económica del Estado.

En ese sentido, quedó expuesto ya en el cuerpo de esta tesis, que el Estado de Guatemala, históricamente se ha desarrollado sobre la base de la exclusión y marginación de las mayorías, utilizando al Derecho como justificante de esas relaciones sociales de producción injustas.

²⁸⁷ Asamblea Nacional Constituyente, **Diario de la Comisión de los 30**, Tomo I Sesión 14 Pág. 35
²⁸⁸ **Idem**, Págs. 37 a 42

De esa cuenta, que el desarrollo y caracterización del Principio de Preeminencia de Tratados Los Tratados Internacionales en Materia de Derechos Humanos sobre el Derecho Interno hermenéuticamente con los Principios Constitucionales, los principios del Derecho Internacional y los Principios de los Derechos Humanos, sea en realidad una forma de zanjar una discusión jurídica en la que subyace una discusión política.



De esta manera, como ya lo hemos indicado *ut supra*, el principio de Preeminencia de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, se refiere a su aplicación preferente a la legislación nacional.

Lo cual, como reflejo objetivo que transmite la norma se encuentra contenido en del artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala de 1986: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”.

En la legislación nacional, vuelve a ratificar está posición en la ley de carácter constitucional, Ley de Amparo y Exhibición Personal cuando en su artículo 114 nos dice: “Los tribunales de justicia observarán siempre el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier ley y tratado internacional, sin perjuicio de que en materia de derechos humanos prevalecen los tratados y convenciones internacionales aceptados y ratificados por Guatemala”.



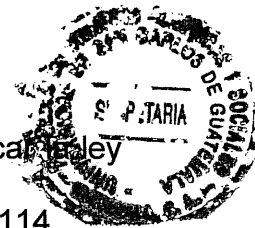
No obstante, el principio general de preeminencia se refiere a la aplicación preferente de Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho Interno, debido al Principio de Unidad Constitucional, el cual nos informa que, la Constitución no puede interpretarse por partes sino como un conjunto.

Al integrar el principio contenido en el artículo 46 Constitucional, con el Principio de Derechos No Enunciados o de Progresividad, así como con el Principio Pro Hominem, contenidos en el artículo 44 de la Carta Magna, nos indican que los Derechos Humanos deben aplicarse de manera extensiva, siempre en beneficio del Ser Humano.

Por ello, puedo afirmar que, la aplicación del Principio General de Preeminencia de Aplicación de Tratados de Derechos Humanos, tiene su excepción cuando la Legislación Nacional garantiza y protege mejor los Derechos Humanos, pues en este caso atendiendo a los anteriores principios señalados, deberá aplicarse la legislación nacional con las condiciones impuestas por el artículo 44 Constitucional.

Ahora bien, el conflicto que algunos juristas han querido ver en la contraposición de estos principios constitucionales con los principios de Supremacía y Rigidez constitucional, ya analizados en este capítulo, contenidos en los artículos ya citados ut supra, así como en la Ley de Amparo y Exhibición Personal que en su artículo 3 nos informa: “La Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por

Guatemala prevalecen sobre el derecho interno”, situación que vuelve a ratificar la ley de carácter constitucional, Ley de Amparo y Exhibición Personal en su artículo 114.



No obstante, tal conflicto es inexistente pues como bien lo afirmó el jurisconsulto Rohrmosser Valdeavellano el Principio General de Preeminencia de Aplicación de Tratados de Derechos Humanos contenido en el artículo 46 constitucional es una norma indicadora de competencia, es decir, es una norma que indica que norma debe aplicarse para salvaguardar los Derechos Humanos en el caso concreto, siempre integrado con los Principios Pro Hominem y Derechos No Enunciados o de Progresividad , en el sentido ya expuesto en este trabajo.

Estos Principios no atentan contra los Principios de Supremacía y Rigidez Constitucional, pues como lo ha afirmado la Corte de Constitucionalidad los Tratados Internacionales de Derechos Humanos no son supraconstitucionales, como tampoco tienen fuerza derogatoria, respecto a la constitucionalidad de los tratados disertaré más adelante.

Sino, la función del Principio General de Preeminencia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho Interno, es la de ser garante de estos, e integrado con los Principios Pro Hominem y Derechos No Enunciados o de Progresividad, es la de aplicar el cuerpo normativo que mejor los garantice, ya sea que, estén contenidos en Tratados Internacionales o en la Legislación Nacional, o en dado caso invocar el *Ius Cogens*.



7.6 Cómo debe operar la preeminencia en los tribunales

Como ya lo he indicado ut supra, el operador de justicia debe aplicar preeminentemente el cuerpo normativo que mejor garantice los Derechos Humanos, devenido de su interpretación hermenéutica con los principios Pro Hominem, Derechos

No Enunciados o de Progresividad, Unidad, Rigidez y Supremacía Constitucional, así como, los Principios Ius Cogens y Pacta Sunt Servandā.

En ese sentido, me desapego de la intención de algunos asambleístas quienes claramente quisieron que se entendiera durante el debate de la aprobación del artículo 46 Constitucional que la Preeminencia, era dirigida únicamente a los Tratados Internacionales sobre el Derecho Interno y no de los Derechos Humanos, pues la intención integral, por el Principio de Unidad, de la Constitución Política de la República de Guatemala, es la de promover un Estado Garante de los Derechos Humanos.

En esta parte, quisiera ahondar en los trabajos del ex magistrado de la Corte de Constitucionalidad Rohrmoser Valdeavellano, quien en sus monografías, La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución, ya citado en este trabajo, La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el Derecho Interno Guatemalteco²⁸⁹, Aplicación Del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno

²⁸⁹ Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, **La operatividad del Convenio 169 de la OIT en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr4.pdf> (18/09/200)



Guatemalteco²⁹⁰, de cuyos trabajos partimos para comprobar la hipótesis presente tesis.

El Jurisconsulto Rohrmoser, afirma que, el Principio de Preeminencia de los Tratados de Derechos Humanos, es una norma de conflicto, y por ello el juez debe aplicar, la norma que no restrinja los Derechos Humanos, acorde al artículo 44, este contenida esta en el Derecho Internacional o en el Derecho Nacional, en resumen de sus trabajos.

No obstante su lectura del fenómeno jurídico está dada desde una posición Ius Positivista, afirmo lo anterior, pues parte de lo axiológico formal de estar contenidos dichos principios en la norma, la cual en el presente trabajo únicamente es un reflejo objetivo de la intención del legislador.

Atendiendo a esa interpretación de la norma, aún con los argumentos que esgrime, en última instancia, estaría sujeta a la axiología formal iuspositivista, lo cual permitiría únicamente la aplicación preferente de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y no la aplicación preferente de los Derechos Humanos.

²⁹⁰ Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, **Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Guatemalteco en Derecho Internacional de los Derechos Humanos**, versión PDF, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/342/26.pdf> (18/09/2009)



No obstante, al final de esta tesis he comprobado sus afirmaciones, he de arribar por una iusfilosofía diferente, pues he aplicado la hermenéutica jurídica expuesta en el capítulo II de esta tesis.

Por lo cual, las normas únicamente son reflejo objetivo, de allí, que debe aplicarse el Principio General de Preeminencia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre el Derecho Interno, no obstante, de la integración con los principios Pro Hominem y Derechos No Enunciados o de Progresividad, Unidad, Rigidez y Supremacía Constitucional, así como, los Principios Ius Cogens y Pacta Sunt Servanda.

Esta interpretación le indica al operador de justicia que debe aplicar la norma que mejor garantice los Derechos Humanos, de esta forma el principio de preeminencia ya no queda restringido a la interpretación formalista sino se le da una interpretación hermenéutica que garantiza la aplicación de todos los principios constitucionales.

Por otro lado, el Jurista Rohrmoser, afirma que, en ninguna parte de la Constitución quedó plasmado que los Tratados de Derechos Humanos, están constitucionalizados, arriba a la conclusión que estos son Supralegales²⁹¹, pues el termino preeminencia no es sinónimo de equiparar una cosa con otra, efectivamente tiene razón, como discurso lógico.

²⁹¹ Rodolfo Rohrmoser Valdeavellano, **La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en la Constitución**, Revista del Colegio de Abogados de Guatemala número 44, Enero-Junio 2002, Pág. 22

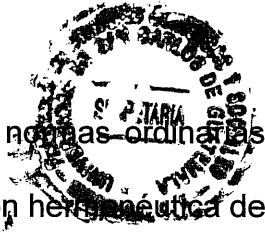


De la misma forma la Corte de Constitucionalidad en el expediente 00-90 y subsiguientes ha afirmado que los Tratados Internacionales se *Constitucionalizan*, no obstante no son parámetro para ver la constitucionalidad de las leyes ordinarias, de hecho han caído en la clasificación doctrinaria de Supralegalidad y no de Constitucionalidad, como expresa la sentencia.

Como bien se indico en el capítulo IV de esta tesis la Constitucionalidad de los Tratados de Derechos Humanos que entren en contradicción con normas ordinarias, o bien en Colisión Constitucional, cuando esta no contemple normas de solución, estos conflictos deben ser resueltas vía la hermenéutica por el Principio *Pro Hominem*, situación a la que no ha atendido la Corte de Constitucionalidad, quienes en sus sentencias, con el debido respeto, han realizado una ecléctica poco sostenible dentro de la Teoría General del Derecho.

Ahora bien en defensa de lo que afirmó, cierto es que, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no son supraconstitucionales, según el método hermenéutico aplicado a esta tesis, no obstante, estos si se constitucionalizan atendiendo al método histórico de interpretación de la norma.

La intención del legislador, fue darle rango Constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo que se denota del estudio de los Diarios de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, especialmente del Diario 33 Tomo II del Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, aunque esto no quedó plasmado en ninguna parte de la Constitución Política de la República.



En ese sentido, el operador de justicia deberá de dejar de aplicar normas ordinarias que entren en conflicto con los Derechos Humanos, en esta aplicación hermenéutica de los Principios de los Derechos Humanos, Derecho Internacional y el Derecho Constitucional.

Tal es el caso, de la Pena de muerte contenida en el artículo 201 del Código Penal, por lo cual denoto una derogación de hecho respecto a las normas ordinarias.

Esta derogación, se daría *de facto*, por lo que, si son parámetro de Constitucionalidad de las Leyes Ordinarias criterio que la Corte de Constitucionalidad no ha aceptado, esta derogatoria de facto deviene de la característica Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Asimismo, en la aplicación del Convenio 169 de Pueblos Indígenas de la OIT, deberá ser aplicado sin restricciones, pues el Estado de Guatemala lo ha firmado y ratificado, no obstante, la practica ha sido diversa, puesto que las consultas comunitarias no han sido respetadas por la práctica judicial.

En el mismo sentido, comparto el criterio del Licenciado Rohrmusser, cuando explica en qué momento debe ser aplicada la legislación nacional.

Cita el ejemplo de una mujer condenada a pena de muerte, en este caso dice, en el artículo 4 numeral 5 del Pacto de San José contempla como única excepción de



aplicación de la pena de muerte a mujeres en estado de gravidez, sin embargo, nuestra Carta Magna no permite la aplicación de la pena de muerte a ninguna mujer, por lo que la legislación nacional garantiza mejor la aplicación de los Derechos Humanos.

Para finalizar, diré que, un Derecho excesivamente formalista al servicio de una conformación social, política y económica injusta como es la nuestra, únicamente ahonda la *patria del ladino* hondamente inspirada en *la patria del criollo*.

De esta manera, nuestra historia económica, social, política y jurídica es *el informe de nuestra propia ceguera* como país, no aplicar el Principio General de Preeminencia de los Derechos Humanos, nótese que ya no uso de Tratados Internacionales sobre el Derecho Interno, es ahondar en un camino que nos ha desangrado como Estado, así como resguardando ese “orden público” descrito en el capítulo VI de esta tesis.

No aplicar el Principio General de Preeminencia de los Derechos Humanos, es no cumplir con la teleología del Derecho de ser un punto intermedio entre anarquía y despotismo, sino es validar y ahondar en el despotismo que como Estado nos ha caracterizado.



CONCLUSIONES



1. El derecho es un instrumento, un lenguaje que limita el poder o bien lo justifica, siendo su carácter ambivalente, en tanto su aplicación, debido a factores económicos, políticos sociales y culturales que lo determinan históricamente, siendo su valor teleológico la búsqueda de la limitación entre despotismo y anarquía, este valor se encuentra expresado en el derecho constitucional.
2. Los aportes del iuspositivismo y el iusnaturalismo, en el derecho que encontraremos en doctrinas, principios legislación nacional e internacional, es un aporte histórico sin que ello sea una validación de una u otra escuela, sin embargo, la globalización, como fenómeno económico, social y cultural, ha rebasado las explicaciones de las Escuelas Iuspositivista y Iusnaturalista.
3. En el nuevo siglo se construye una nueva teoría general del derecho, frente a la globalización esta parte de la teoría de los derechos humanos la cual inició a dar primeras explicaciones del desenvolvimiento del derecho en este nuevo siglo como expresión del valor teleológico del derecho desarrollado históricamente y obtenido por los pueblos, a través de sus luchas como un bien de la humanidad.
4. Se estableció en la presente tesis que en Guatemala la formación histórico social ha justificado a través del derecho un régimen económico, social, político y cultural desigual, se expresa se expresa como discurso en las posiciones

constitucionalistas e internacionalistas, discurso que va en el cambio de la subsistencia del modelo económico social guatemalteco.



5. La Constitución guatemalteca, su fin primordial es el de promover un Estado garante de los derechos humanos, por lo cual, el principio de preeminencia de los derechos humanos está dirigido a garantizar los derechos humanos, sean de derecho Interno o derecho internacional, tal como se encontró en la presente investigación, a través de la interpretación hermenéutica realizada.
6. Esta investigación pudo establecer que en Guatemala, la excepción al rango legal de los Tratados Internacionales son los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pues se constitucionalizan, bajo la interpretación hermenéutica, por lo cual deben aplicarse de forma extensiva en el ejercicio jurisdiccional encontrando de esta manera la justicia.

RECOMENDACIONES



1. La Universidad de San Carlos de Guatemala, debe promover el estudio profundo del derecho constitucional, a través de las clases regulares, foros y congresos a través de los cuales se convierta en una discusión constante entre los estudiantes y los catedráticos universitarios
2. En la Universidad de San Carlos de Guatemala, se hace necesario abrir de forma permanente el debate jurídico alrededor de los derechos humanos zanjando de esta forma, la politización que se ha creado alrededor de dicho discurso.
3. La tarea del Estado guatemalteco durante este siglo, es que esos aspectos formales contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala se conviertan en realidades sociales, políticas y jurídicas para arribar de esta forma a la construcción de un Estado multiétnico, multilingüe y pluricultural, con justicia social y equidad económica, esencialmente democrático.
4. Se debe ahondar en estudios y acciones que propongan nuevas formas de Estado que refunden la república fundada en 1871, para que Guatemala llegue a ser la patria de todos, con la finalidad que las posiciones políticas alrededor de temas sociales, económicos y en última instancia jurídicos, sean dirimidas con posiciones democráticas.



5. Los operadores de justicia, estudiantes, abogados y juristas al impulsar la aplicación hermenéutica del principio de preeminencia de los derechos humanos diriman en la práctica el despotismo que como Estado nos ha caracterizado, por lo cual se deberá abrir espacios de discusión acerca de la presente interpretación hermenéutica, siendo el principal propulsor de esta aplicación la Corte de Constitucionalidad apoyando con ello la construcción de una nueva forma de hacer derecho.

BIBLIOGRAFÍA



- ABRIL Alfonso **El éxito de proreforma**, publicado el 16 de febrero del año 2010, en EIPeródico disponible electrónicamente en el sitio web del El Periodico en: <http://elperiodico.com.gt/es/20100216/opinion/137881/>
- AGUILAR ELIZARDI, Mario, **Técnicas de estudio e investigación**, Guatemala; Universidad de San Carlos de Guatemala, Ed. Instituto de Investigación y Mejoramiento educativo, 1991.
- ALCALÁ Zamora y Castillo Niceto, Et. Al., **Veinte años de evolución de los derechos humanos**, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=848>, México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974;
- ALONSO, José Antonio **La investigación empírica en las ciencias sociales**, México; Ed. Universidad de las Américas, 1997
- ARRANZ, Vicente, et. al. **Colección de cuadernos de los derechos humanos**, (s.e) Guatemala; Ed. Procuraduría de los Derechos Humanos, (s.f.).
- Asamblea Nacional Constituyente, **Diario de la comisión de los 30**, 4 t.; Guatemala; Ed. Congreso de la República de Guatemala, 2009.
- Diario de sesiones**, 4 t.; Guatemala; Ed. Congreso de la República de Guatemala, 2009
- ATRIA Fernando, **La ironía del positivismo jurídico**, en revista anual DOXA No. 27, (2004), disponible en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01350553124462500977680/index.htm>



AYAU CORDON Manuel, **¿Transparencia?** Columna de Opinión Macroscopio Prensa Libre de fecha 28 de noviembre de 2006.

Derechos Individuales, Columna de Opinión Macroscopio Prensa Libre del 11 de junio del 2008.

BARÓ HERRERA Silvio, **Globalización y desarrollo mundial**; Cuba; Ed. Instituto Cubano del Libro Editorial de Ciencias Sociales, 1997

BARRIENTOS PELLECCER César, **Los poderes judiciales**; Guatemala; Ed. Magna Terra editores, 1996.

BECERRA RAMÍREZ Manuel, **El derecho internacional público**, (Serie a: fuentes, b) textos y estudios legislativos número 78); México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=274>

BIDART CAMPOS Germán, **Teoría general de los derechos humanos**; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=926>

BODENHEIMER Edgar, **Teoría del derecho**, 1ª ed; 11ª reimpresión; México; Ed. Fondo de Cultura Económica 1989.

BOTERO BERNAL Andrés, **Los retos del jurista internacionalista en la contemporaneidad**, en Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. IV 2004, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/indice.htm?r=derint&n=4>

CAMARGO Edna y Escobar Edgar, compiladores; **Historia de la cultura de guatemala** (compilación), 2 t.; Guatemala; Ed. Litografía Orión, 1998.

CARDOZA y ARAGÓN Luis, **Guatemala: las líneas de su mano**; Guatemala, Ed. Editorial Universitaria, 2002.



CARMACK Robert M. Et. Al. **Los derechos humanos en tierras mayas: representaciones y moralidad**, Pedro Pitarch y Julián López (editores), España Ed. Sociedad Española de Estudios Mayas / Agencia Española de Cooperación Internacional, 2001.

CHOMSKY Noam, **El terror como política exterior de los Estados Unidos**, traducida al español por Carol Abousleiman y Octavio Kulesz; 8ª ed; Argentina; Ed. Libros el Zorzal 2004.

CIFUENTES Ismael, **Perspectiva militar**, blog personal disponible en internet en el sitio web: <http://perspectivamilitar.blogspot.com/2007/08/historia-militar-de-guatemala-parte.html>

Comisión del Esclarecimiento Histórico (CEH), **Guatemala: Memoria del silencio** 12 t; Guatemala; Ed. F&G Editores 1999.

DE GIORGI Raffaele **Ciencia del derecho y legitimación**, Colección Teoría Social; México; Universidad Iberoamericana 1998.

DE LEÓN CARPIO, Ramiro **Catecismo constitucional**; Guatemala; Ed. Instituto de Investigaciones y capacitación Atanasio Tzul. (s.f).

De OTTO, Ignacio **Derecho constitucional sistema de fuentes**, 1ª ed.; 7ª. Reimpresión; España, Ed. Ariel, 1999.

Derecho internacional de los derechos humanos, Memoria del VII congreso iberoamericano de Derecho Constitucional; Compilador Ricardo Méndez Silva; (Serie: Doctrina Jurídica número 98); México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=342>

Derechos humanos y globalización alternativa: Una perspectiva iberoamericana, V Foro de Derechos Humanos del Sistema UIA ITESC, Coordinadores Ingrid Van Beuren y Oscar D. Soto; México; Ed. Universidad Iberoamericana 2004.

El relato del golpe de Estado del 23 de marzo de 1982, **El Periodico**, 23 de marzo del 2007, disponible electrónicamente en el sitio web de **El Periodico**: <http://www.elperiodico.com.gt/es/20070323/actualidad/38013/>



ELSTER Jon y Slagstad Rune, **Constitucionalismo y democracia**, traducido por Mónica Utrilla de Neira; México; Ed. Fondo de Cultura Económica, 1999.

ENGELS Friederich, **El Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado**; traducida al español por P. J. Domínguez; (s.e) colección proyectos ánfora; España; Ed. Mestas 2001.

FALLA Ricardo, **Juventud de una comunidad maya. Ixcán Guatemala**; Guatemala; Ed. Universitaria 2006.

FERNÁNDEZ Eusebio, **Teoría de la justicia y derechos humanos**, 1ª ed; 1ª reimpresión; España; Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1987.

FUENTES TORRIJO Ximena, **El Derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja**, en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, 2007, University of Yale, versión PDF descargable en inglés y español en el sitio de la Universidad de Yale EEUU: <http://www.law.yale.edu/intellecualife/07publications.htm>

Fundación Myrna Mack, **Secreto de Estado**, compilador Ariel Garrido; Guatemala; Ed. Fundación Mirna Mack, 1999.

GABINO ZIULU Adolfo **Derecho constitucional tomo I**, 2t.; Argentina, Ed. Depalma, 1997.

GALVIS ORTIZ Ligia, **Comprensión de los derechos humanos, una visión para el siglo XXI**, 3ª ed; Colombia; Ed. Aurora 2005.

GARCÍA BECERRA José Antonio, **Teoría de los derechos humanos**; México; Ed. Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991; disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1460>

GARCÍA LAGUARDIA Jorge Mario, **La Constitución guatemalteca de 1985**, (Serie Cuadernos Constitucionales Guatemala México 2); México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=222>

GARCÍA Laguardia Jorge Mario y Pantoja Morán David, **Tres Documentos Constitucionales en la América Española Pre-independiente**; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=808>

GIL Pérez Rosario y Orantes Estuardo, **Sociología de Guatemala**, 3ª ed; Guatemala; Ed. Editorial Estudiantil Fenix, 1996.

GÓMEZ NAVARRO José, Et. Al., **Historia del mundo contemporánea**, 1ª ed; 6ª reimpresión; México; Ed. Alhambra mexicana 1995.

GÓMEZ ROBLEDO Antonio, **El ius cogens internacional**, 2ª ed.; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1073>

GROS SPIELL Hector, **Estudios sobre derechos humanos II tomo**. 2t; España; Ed. Civitas S.A., 1988, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2030>

Guatemala: Leyes y regulaciones en materia indígena (1944-2001), 2 t.; Compilación de Jorge Erwin Flores Juárez; Costa Rica; Ed. Oficina Internacional Organización Internacional del Trabajo, 2002.

Henderson Humberto, **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio pro hominem**, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Número 39 (enero-junio 2004), disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=iidh&n=39>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Unión Nacional de Juristas
Seminario de derechos humanos. San José Costa Rica, 1997, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2062>



Compilación de trabajos académicos del curso interdisciplinario en derechos humanos (1983-1987); Costa Rica, 1ª ed., (s.e.), 1989, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1999>

Estudios básicos de derechos humanos tomo I. 10 t.; Costa Rica; 1997, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1835>

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA Eduardo, **La convención interamericana de derechos humanos como derecho interno**, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos Número 7 (enero-junio 1988), disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=iidh&n=7>

Justicia global, derechos humanos y responsabilidad, Editores Francisco Cortés Rodas y Miguel Giusti; Colombia; Ed. Siglo del Hombre Editores 2007.

KELSEN Hans, **Introducción a la teoría pura del derecho**, traducción de la 3ª ed aumentada y corregida por Emilio O. Rebas, 1ª ed.; 1ª reimpresión; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas / Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2002, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1956>

Teoría pura del derecho, traducción de la 2ª ed por Roberto J. Vernengo, 1ª ed.; 2ª reimpresión; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1039>

La aplicación de tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Compiladores Martín Abregú y Cristian Courtis; 1ª ed 1ª reimpresión; Argentina; Ed. Editores del Puerto, 2004



LARIOS OCHAITA, **Carlos Derecho internacional privado**, 6ª ed; Guatemala, Ed. F&G editores, 2001.

LASALLE Ferdinand, **¿Qué es una constitución?**, colección monografías jurídicas número 79; Colombia; Ed. Temis S.A., 2005.

MARTIN Kate y Zreplinsky Andrej **Servicios de seguridad en una democracia constitucional**, Guatemala; Ed. F&G editores, 2000.

MARTÍNEZ Peláez Severo, **La patria del criollo**, Guatemala; Ed. Editorial Universitaria 1970.

MÉNDEZ SILVA Ricardo, **Los principios del derecho de los tratados**, Boletín mexicano de Derecho Comparado Número 7 (enero-abril 1970), disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM):
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=boletin&n=7>

MORALES Mario Roberto, **La articulación de las diferencias o el síndrome de maximón**; Guatemala; Ed. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales 1998.

MUÑOZ MEANY Enrique, **El hombre y la encrucijada**; Guatemala; Ed. Tipografía Nacional, 1950.

NIKKEN Pedro, **La protección internacional de los derechos humanos su desarrollo progresivo**, España; Ed. Civitas 1987 disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2037>

PALOMO ESCOBAR, Eduardo **Teoría y reforma constitucional**, Colección materiales de estudio y trabajo número 21; Guatemala; Ed. Fundación Friedrich Ebert / Centro para la Defensa de la Constitución, 1998.

PRADO Gerardo **Derecho constitucional guatemalteco**; Guatemala, Ed. Praxis, 2001.



Programa de Naciones Unidas de Desarrollo, **Informe nacional de desarrollo humano 2005**; Guatemala; Ed. PNUD 2005

Informe nacional de desarrollo humano 2007-2008 Volumen I, 2 Vol.; (s.e.); Guatemala Ed. PNUD 2008.

Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, 22da. Edición, disponible en internet en el sitio web de la Real Academia Española: <http://www.rae.es/rae.html>

ROHRMOSER VALDEAVELLANO Rodolfo, **La jerarquía de los tratados de derechos humanos en la constitución**, revista del colegio de abogados de Guatemala número 44, Enero-Junio 2002.

La operatividad del Convenio 169 de la OIT, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano número 20062 (2006), disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM):
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dconstla&n=20062>

RUIZ CASTILLO de Juárez Crista, **Historia del derecho**, 6ª ed; Guatemala; Ed. Ediciones Mayte, 1997.

SÁENZ JUÁREZ, Luis Felipe **Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala**; Guatemala; Ed. Serviprensa S. A., 1999.

SANABRIA, Morgan **Planeación de la investigación**, (s.e.); Guatemala; Ed. Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Centro de Información Jurídica/Unidad de Asesoría de tesis, 1998.

SANDOVAL Lisandro, **Diccionario de raíces griegas y latinas tomo I**; Guatemala; Ed. Tipografía Nacional, 1930.

SANDOVAL Miguel Angel, **De Iximché a Iximché, el recorrido reciente de las luchas indígenas**, Guatemala; Ed. F&G Editores 2008.



SIERRA GONZÁLEZ, José Arturo **Derecho constitucional guatemalteco**; Guatemala; Ed. Editorial Piedrasanta, 2000.

SOLARES Jorge, et. al., **Pluralidad jurídica en el umbral del siglo**; Editorial Guatemala; Ed. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, 2000.

TAMAYO Salmorán Rolando, et. al. **Interpretación constitucional**; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1975, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1052>

TARACENA ARRIOLA Arturo, **Etnicidad, estado y nación en Guatemala 1808-1944**, 2t.; colección ¿por qué estamos como estamos? Número 1; Guatemala; Ed. Cirma, 2004

Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, **Una paz justa y democrática: contenido de la negociación**; México; Ed. Publicaciones URNG, 1993.

Universidad Nacional Autónoma de México **Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la corte interamericana**, Compiladores Sergio García Ramírez y Mireya Castañeda; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009; disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2740>

Pluralismo jurídico y pueblos indígenas, XIII Jornadas Lascasianas Internacionales, Compilador José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005; disponible en internet, en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1670>

Derechos humanos: Temas y problemas, Coordinadores Maqueda Abreu, Consuelo y Martínez Bullé Goyri, Vico M.; México; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, disponible en internet en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2758>

Las constituciones latinoamericanas; México, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.



VIDAL PERDOMO, Jaime **Derecho constitucional general**; 2ª ed; Colombia; Ed. Universidad Externado de Colombia, 1981.

ZENTENO BARILLAS Julio, **Derecho internacional público I parte**. 3ª ed; Guatemala; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala, 2000.

Derecho internacional público II parte; Guatemala; Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala, 1999.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, Decreto 6-78 del Congreso de la República, 1978.

Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados, Decreto Legislativo 55-96, 1996.

Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, Decreto Legislativo 9-96 del Congreso de la República, 1996

Ley de Amparo y Exhibición Personal y Constitucionalidad, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Ley del Organismo Judicial, Decreto Legislativo 2-89 Congreso de la República, 1989

Sentencias en los expedientes 280-90, 131-95, 199-95, 30-2000 y 872-200, de la Corte de Constitucionalidad disponibles en internet a través del sitio: www.cc.gob.gt,