



Universidad
Rafael Landívar
Tradición Jesuita en Guatemala

oman ta zabalzazu



Universidad
del País Vasco

Euskal Herriko
Unibertsitatea

REVISTA JURÍDICA

INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

XXII

Guatemala, 2015

MISIÓN

El Instituto de Investigaciones Jurídicas es una unidad académica de la Universidad Rafael Landívar, cuya misión es el estudio, desarrollo y divulgación de las Ciencias Jurídicas y Sociales, mediante la investigación, capacitación, asesoría, consultoría y difusión de temas nacionales, regionales y mundiales de interés y actualidad, que impliquen la participación de todos los sectores de Guatemala, conscientes de las características pluriculturales, multiétnicas y multilingües, de América Central y, congruentes con el ideario landivariano.

OBJETIVOS ESTRATÉGICOS

Investigación:

Participar activamente en el análisis, discusión y propuesta de soluciones a los problemas jurídicos y sociales, de Guatemala y Centroamérica, en el contexto mundial, para formar criterios y alcanzar consensos que conduzcan al desarrollo integral de la persona humana y de la sociedad.

Capacitación:

Formar en las distintas áreas jurídicas y sociales, a todos los sectores académicos, políticos, económicos y sociales interesados, analizando y divulgando los resultados de las investigaciones, para transformar la sociedad.



Universidad
Rafael Landívar
Tradicón Jesuita en Guatemala

eman ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

REVISTA JURÍDICA XXII



Instituto de
Investigaciones
Jurídicas

Revista Jurídica / Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ).
Guatemala : Universidad Rafael Landívar. [2000 – 2015]
Núm. 22. 1ª. Época (enero-junio, 2015)
xx, 136 p.
ISSN: 1409-4762
Incluye referencias bibliográficas, conclusiones, recomendaciones y reflexiones.

Universidad Rafael Landívar
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Revista Jurídica, núm. XXII, primer semestre, año 2015.

D.R. © Instituto de Investigaciones Jurídicas
Universidad Rafael Landívar, Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16, Edificio "O", 2do. Nivel, Oficina O-214
Apartado Postal 39-C, Ciudad de Guatemala, Guatemala, 01016
Teléfono: (502) 2426-2626 Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595
Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

Cuidado de la edición: Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa.

Impreso en Editorial Serviprensa S.A.
3ª Ave. 14-62, zona 1
PBX: 2245-8888
www.serviprensa.com
Ciudad de Guatemala, Guatemala

Los autores son los únicos responsables de su contenido, el cual no representa, necesariamente, la posición de la Universidad Rafael Landívar ni de la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

**AUTORIDADES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Rector

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

Vicerrectora Académica

Dra. Lucrecia Méndez González de Penedo

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, *S. J.*

Vicerrector de Integración Universitaria

P. Julio Enrique Moreira Chavarría, *S. J.*

Vicerrector Administrativo

Lcdo. Ariel Rivera Irías

Secretaria General

Lcda. Fabiola Padilla Beltranena de Lorenzana

**CONSEJO EDITORIAL DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Rector

Dr. Eduardo Valdés Barría, *S. J.*

Vicerrector de Investigación y Proyección

Dr. Carlos Rafael Cabarrús Pellecer, *S. J.*

Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Dr. Rolando Escobar Menaldo

Vicedecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Mgtr. Pablo Hurtado García

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Larry Andrade-Abularach

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

Director

Dr. Larry Andrade-Abularach

Jefa Académica e Investigadora Principal

Mgtr. Patricia Jiménez Crespo

Jefe Administrativo

Lcdo. Manuel Enrique Tecum Ajanel

Investigador

Dr. Jorge Mario García Laguardia

Investigador

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Gestor Académico del Doctorado en Derecho

Lcdo. Briguer Barnavá Cruz Orellana

Asistente de Investigación

Claudia Aracely Morales Paniagua

Asistente Administrativa

Rosa Mariela Ortiz Ralón

Recepcionista

Dara Andrea García Batres

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO /
EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA**

Rector

Sr. Iñaki Goirizelaia

Secretario General

Sr. José Luis Martín González

Vicerrector del Campus de Álava

Sr. Javier Garaizar Candina

Vicerrector del Campus de Bizkaia

Sr. Carmelo Garitaonandia Garnacho

Vicerrectora del Campus de Gipuzkoa

Sra. Ana Arrieta Ayestaran

Vicerrector de Euskera

Sr. Jon Zarate Sesma

Vicerrectora de Estudios de Grado e Innovación

Sra. Amaya Zarraga Castro

Vicerrectora de Estudios de Posgrado y Relaciones Internacionales

Sra. Nekane Balluerka Lasa

Vicerrectora de Proyección y Transferencia

Sra. Amaia Maseda García

Vicerrector de Investigación

Sr. Fernando Plazaola Muguruza

Vicerrectora de Estudiantes, Empleo y Responsabilidad Social

Sra. Maite Zelaia Garagarza

Vicerrector de Personal Docente e Investigador

Sr. Xabier Etxaniz Erle

Gerente

Sra. Miren Lorea Bilbao Artetxe

**DOCTORADO EN DERECHO DE LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR Y
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DEL PAÍS
VASCO/EUSKAL HERRIKO
UNIBERTSITATEA**

**Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Rafael Landívar**
Dr. Rolando Escobar Menaldo

**Decana de la Facultad de Derecho de la
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea**
Dra. Juana María Goizueta Vértiz

Responsable

Dr. Francisco Javier Caballero Harriet

Responsable

Dr. Larry Andrade-Abularach

Comisión Académica

Presidente

Dr. Francisco Javier Caballero Harriet

Vocal

Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas

Vocal

Dr. Ignacio Muñagorri Laguia

Índice

Presentación <i>Dr. Larry Andrade-Abularach</i> <i>Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa</i>	xi
Introducción <i>Dra. Juana Goizueta Vértiz y Dra. Ana Rosa González Murua</i>	xv
El voto de los guatemaltecos en el extranjero <i>Mgtr. Flor de María Sagastume Leytán</i>	1
Las sentencias estructurales de los tribunales constitucionales: una forma de resolver los problemas migratorios <i>Mgtr. Angélica Yolanda Vásquez Girón</i>	17
Análisis del Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana para la Libre Movilidad de Extranjeros entre las Repúblicas de El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua <i>Mgtr. Juan Luis Cano Chávez</i>	31
Análisis del Convenio de Nacionalidad entre Guatemala y España <i>Mgtr. Gustavo Antonio Ordóñez Nájera</i>	43
El derecho a la protección de datos en Guatemala (su protección, reconocimiento, justiciabilidad y contenido) <i>Mgtr. Mauro Salvador Chacón Lemus</i>	61
El <i>habeas data</i> en Guatemala, una aproximación de la legislación nacional y el derecho comparado latinoamericano <i>Mgtr. Ronel Emilio Estrada Arriaza</i>	87
La consolidación de la protección de datos personales, como un derecho fundamental en la República de Guatemala, mediante la promulgación e implementación de legislación específica <i>Mgtr. María Andrea Batres León</i>	101
La tutela al derecho a la protección de datos por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en amparos promovidos contra entes privados <i>Mgtr. Geovani Salguero Salvador</i>	107

Presentación

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar nos enorgullece continuar con el desarrollo de la Revista Jurídica, cuyo número XXII, correspondiente al primer semestre del 2015, está dedicado a dos de los más grandes retos del constitucionalismo del siglo XXI: la migración y la protección de datos personales.

En el tema de la migración, se presentan cuatro investigaciones que abordan la necesidad de proteger los derechos constitucionales de los migrantes desde distintas perspectivas.

En primer lugar, la Mgtr. Flor de María Sagastume Leytán evalúa la viabilidad del voto de los guatemaltecos en el extranjero con base en la normativa constitucional vigente, así como en las experiencias de otros países latinoamericanos.

Por su parte, la Mgtr. Angélica Yolanda Vásquez Girón propone que las sentencias “estructurales” de la Corte de Constitucionalidad sean vistas como un mecanismo eficaz para hacer valer los derechos fundamentales de los migrantes.

A su vez, el Mgtr. Juan Luis Cano Chávez realiza un análisis descriptivo del Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana y el avance que este significa en el contexto del proceso de integración centroamericana.

Finalmente, el Mgtr. Gustavo Antonio Ordóñez Nájera analiza el Convenio de Nacionalidad entre Guatemala y España para determinar su naturaleza jurídica, así como el alcance de su aplicación para los nacionales de ambos Estados.

En lo que respecta a la protección de datos personales, igualmente se incluyen cuatro investigaciones que analizan el tema de distintas maneras.

En primer lugar, el Mgtr. Mauro Salvador Chacón Lemus describe la protección, el reconocimiento, la justiciabilidad y el contenido del derecho a la protección de datos en Guatemala.

Posteriormente, el Mgtr. Ronel Emilio Estrada Arriaza analiza la figura del *habeas data* en Guatemala con base en la legislación nacional y el derecho comparado de varios países latinoamericanos.

Luego, la Mgtr. María Andrea Batres León propone la promulgación de una ley específica de protección de datos en Guatemala para garantizarlo de manera efectiva.

Finalmente, el Mgtr. Geovani Salguero Salvador realiza una investigación jurisprudencial en que se identifica al amparo como un mecanismo eficaz para proteger los datos personales de los ciudadanos frente al abuso de entidades privadas.

Las investigaciones que componen este número de la Revista Jurídica fueron desarrolladas dentro del marco de la II Cohorte del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*, bajo la dirección de las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua.

Ambas son eminentes académicas, profesoras e investigadoras de Derecho Constitucional en la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*; actualmente la doctora Goizueta Vértiz es Decana de la Facultad de Derecho de dicha universidad y la doctora González Murua ejerce el cargo de Vicedecana de Calidad e Innovación. Entre sus líneas de investigación, la doctora Goizueta Vértiz destaca en el campo de la migración, mientras que la doctora González Murua se especializa en el derecho de protección de datos. Entre las numerosas investigaciones publicadas por ambas autoras, destaca el libro titulado *El espacio de libertad, seguridad y justicia: Schengen y protección de datos* (2013) del que ambas comparten crédito en su calidad de directoras.

Expresamos nuestro sincero agradecimiento a las doctoras Goizueta Vértiz y González Murua, así como a los profesionales que componen la II Cohorte del Doctorado en Derecho, por su vital colaboración.

PRESENTACIÓN

Dr. Larry Andrade-Abularach

Director

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinador del Doctorado en Derecho de la

Universidad Rafael Landívar y de la

*Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea
en Guatemala*

Mgtr. Luis Andrés Lepe Sosa

Investigador

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Guatemala de la Asunción, abril de 2015.

Introducción

Dra. Juana Goizueta Vértiz y Dra. Ana Rosa González Murua***

El constitucionalismo en general y el del siglo XXI en particular, qué duda cabe que presenta importantes y sugerentes cuestiones que requieren ser tratadas y analizadas. Algunas de estas pueden seguramente ser calificadas de retos para quienes desde un ámbito académico

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra (1992) y Doctora por la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea* (2006). Actualmente es Profesora Agregada de Derecho Constitucional en la UPV/EHU y Decana de dicha Facultad. Ha realizado diversas estancias investigadoras en el extranjero (CDRE de la Universidad de Pau y del Adour; Instituto de Estudios Europeos de Florencia). Ha participado en un total de 12 Proyectos de Investigación y es miembro del Grupo consolidado de Investigación IT-675-13 (Derechos Fundamentales y Unión Europea) reconocido por el Gobierno Vasco. Es autora de una monografía y ha coordinado y dirigido varias obras colectivas, asimismo, ha publicado capítulos en libros colectivos y artículos en revistas especializadas. Ha participado en numerosos congresos impartiendo ponencias y comunicaciones. Ha sido directora del Máster sobre Inmigración y Cooperación al Desarrollo en la Unión Europea. Sus líneas de investigación y publicaciones se enmarcan, principalmente, en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia; la libre circulación de personas; la política de inmigración de la Unión Europea y la ciudadanía de la Unión.

** Licenciada en Derecho, Especialidad Jurídico Económica por la Universidad de Deusto, 1986. Doctora en Derecho por la Universidad del País Vasco (2009). En la actualidad es Profesora Agregada de Derecho Constitucional de la UPV/EHU y Vicedecana de calidad e innovación en dicha Facultad. Ha realizado diversas estancias investigadoras en el extranjero (Consejo de Europa de Estrasburgo, Institut Suisse de Droit comparé de Lausanne). Ha participado en varios Proyectos de Investigación Miembro del Grupo consolidado de Investigación IT-675-13 (Derechos Fundamentales y Unión Europea) reconocido por el Gobierno Vasco. Ha publicado diferentes capítulos en libros colectivos y artículos en revistas especializadas. Asimismo forma parte del Comité de redacción de la revista *datospersonales.org*. Ha participado en numerosos congresos impartiendo comunicaciones y ponencias. Las principales líneas de investigación han sido y son la protección de datos y el derecho autonómico, la protección de datos y Unión Europea, Derechos fundamentales y Estado de las Autonomías y crisis del Estado y globalización.

dedicamos nuestros esfuerzos al estudio del Derecho Constitucional. El fenómeno migratorio y el derecho a la protección de datos –ambos fuertemente imbricados entre sí–, son en la actualidad dos de los grandes campos de investigación del constitucionalismo actual sobre los que es necesario articular foros de encuentro que permitan la reflexión y que posibiliten disertar sobre algunos de los aspectos clave tanto de la política migratoria como de la protección de datos. Y ello con el propósito de ayudar a articular algunas respuestas a ciertos aspectos controvertidos de no fácil solución. Así pues, la migración y la protección de datos constituyen desafíos relevantes de la teoría y práctica democráticas del Estado constitucional de nuestros días.

En este contexto debe enmarcarse esta publicación que es fruto del módulo impartido dentro del programa de Doctorado “Sociedad Democrática, Estado y Derecho” de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*, por quienes asumimos la autoría de estas breves líneas introductorias y que lleva por título “Retos del constitucionalismo en el siglo XXI”.

Por lo que respecta a la realidad migratoria siempre resulta tarea ardua conocer con exactitud y precisión cuáles son las cifras de la inmigración en un determinado contexto. Como prueba de lo afirmado baste decir que ni tan siquiera somos capaces de “afinar” cuando se trata de determinar el número de personas que dramáticamente pierden la vida en el mar sin llegar a alcanzar Europa, en la mayoría de los casos, desde tierras africanas. A pesar de ello hay dos aseveraciones que sí podemos avanzar con cierta rotundidad: que detrás de las cifras hay personas y que la migración requiere una respuesta común de la Unión Europea.

Por ello, el estudio de la política migratoria española no puede hacerse al margen de las estrategias, las políticas y de la normativa de la Unión Europea. En efecto, no podemos perder de vista la no exclusividad de la competencia estatal en materia migratoria puesto que, como es conocido, a partir del Tratado de Ámsterdam se articulan las bases jurídicas que posibilitan el desarrollo de acciones en el seno de la política migratoria por parte de las instituciones de la Unión. Debemos añadir que las reformas estatutarias llevadas a cabo en el Estado español han previsto de modo generalizado referencias tanto a competencias autonómicas como a competencias locales en la materia.

Las tecnologías de la información y de la comunicación han representado uno de los mayores avances del siglo XX y ya en este siglo XXI estamos de lleno inmersos en un proceso que afecta e incide a una multiplicidad de esferas. A la par que se han ido descubriendo estas potencialidades también se han detectado los riesgos que un mal uso de las mismas conlleva en el ejercicio de los derechos. Por ello, paulatinamente –pero ya desde la década de los 70– se ha venido reconociendo el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental en los textos constitucionales de la mayoría de las democracias y ha sido desarrollado legalmente por gran parte de ellas. Sin embargo muchas de las cuestiones referentes a este derecho de tercera generación no pueden ser resueltas de fronteras hacia adentro sino que su respuesta en un mundo globalizado ha de darse en clave supraestatal. Así, y de la misma forma que se afirmaba con respecto a la política migratoria, cabe afirmar que el mal uso de las TICs a quien afecta es, también, a las personas y que la protección de datos ha venido reclamando y reclama una postura común en la Unión Europea. El análisis de la política española de protección de datos tampoco puede hacerse orillando las políticas y la normativa de la Unión.

Esta materia, por otro lado, presenta un alto grado de transversalidad (afecta prácticamente a cualquier materia y derecho) y una cota importante de descentralización política que responde al dibujo competencial que en materia de protección de datos se ha realizado en el Estado español. Por último, cabría señalar que desde el punto de vista institucional han sido creadas entidades de nuevo cuño tanto en el ámbito europeo, estatal y autonómico, las cuales surgen *ad hoc* para velar por la aplicación efectiva de este derecho y la tutela de los derechos que pudieran verse afectados por las actuaciones tanto de sujetos privados como de la administración pública.

Ambas materias, esto es, la política migratoria y la protección de datos, encuentran uno de los puntos de confluencia dentro del escenario de la Unión Europea en el denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia regulado en el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que conforma uno de los objetivos fundacionales de la Unión. Este ámbito despliega importantes repercusiones sobre aspectos sensibles para el ciudadano que exigen una fuerte y eficaz cooperación a nivel europeo y, por ende, es preciso articular medidas que permitan mantener el nada fácil equilibrio entre

la libertad y las necesidades securitarias de la Unión. Esta es la razón por la que la política migratoria y la protección de datos conforman el eje sobre el que gira el módulo “Retos del constitucionalismo en el siglo XXI”. A ello hay que añadir que quienes compartimos la docencia en el mismo, venimos colaborando y trabajando de forma conjunta este ámbito material –a saber, el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia– que, como hemos avanzado, conforma el punto de intersección de nuestras respectivas investigaciones. Muestra de ello es la celebración de la Jornada “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Schengen y Protección de datos” celebrada en Donostia-San Sebastián en octubre de 2012 y la monografía publicada tras las reflexiones que tuvieron lugar en la misma.

El Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre del 2009 termina con la estructura en pilares, amplía la base jurídica interna, mejora la legitimidad democrática y cubre lagunas existentes en materia de seguridad jurídica y protección de datos. Esto permite avanzar en la protección de datos enmarcable dentro del Tercer Pilar dedicado a la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior. No obstante, no hay que olvidar la existencia de las Declaraciones Adicionales 20 y 21 anejas al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que remiten a normativa específica en materia de seguridad nacional lo que irradia efectos tanto en lo que respecta a la política migratoria como en lo concerniente a la protección de datos.

Lo que antecede significa que si bien existe una base jurídica única ello no conlleva la existencia de un sistema jurídico único: queda abierta la posibilidad de establecer un catálogo de excepciones y regímenes especiales. Buena prueba de lo afirmado lo constituye que en la actualidad con relación a la protección de datos se encuentran en fase de tramitación dos propuestas: de un lado, la Propuesta de Reglamento general de protección de datos destinado a remplazar la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos; y de otro lado, en particular en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia está pendiente de aprobación la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre protección de los ciudadanos en relación al tratamiento de los datos personales por las autoridades competentes con la fina-

lidad de prevenir, investigar, detectar y perseguir delitos o ejecutar penas, y sobre libre movimiento de dichos datos que sustituye a la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Y, en el contexto de la política migratoria el Espacio Schengen ya evidencia *per se* la existencia de un régimen especial que rige en materia de libertad de movimientos de las personas, símbolo de la Europa contemporánea. Dentro de este escenario no puede obviarse el avance que ha supuesto la aprobación del Reglamento 562/2006, de 15 de marzo de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras llamado Código de Fronteras Schengen. Código que se ha modificado mediante el Reglamento 1051/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, relativo al establecimiento de normas comunes relativas al restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales. También hay que traer a colación el Sistema de Información Schengen de segunda generación conocido como SIS-II de aplicación en los Estados miembros desde el 9 de abril de 2013. El SIS-II facilita el intercambio de información entre las autoridades de control de las fronteras nacionales, las autoridades aduaneras y las autoridades policiales sobre las personas a fin de aumentar la seguridad y facilitar la libre circulación en el espacio Schengen. Este registro automatizado, igual que otros que se han creado como medida compensatoria a la supresión de las fronteras interiores, contiene información sobre personas cuya utilización puede suponer riesgos para sus derechos, siendo siempre necesario buscar el adecuado equilibrio en el difícil binomio libertad-seguridad.

Tomamos como guía para desarrollar el curso el modelo de integración regional europeo. La realidad migratoria se estudia desde la vertiente de la política migratoria española que, necesariamente, ha de encuadrarse dentro de las directrices marcadas por la Unión Europea. Una política que tiene interés no tanto como modelo para América Latina –puesto que esta es fuente emisora de flujos migratorios y no receptora de migración como sí lo es Europa–, sino como clave para conocer las coordenadas en las que Europa abre sus fronteras a quienes emigran desde aquel destino a este. Además, no hay que

olvidar que la integración europea puede erigirse en un referente o modelo de comparación para otros procesos de integración regional como son el Mercosur o la Comunidad Andina en los que se han dado ciertos avances en materia de libertad de movimientos.

En el caso de la protección de datos cabe distinguir un modelo europeo y un modelo norteamericano. La concepción de este derecho y sus plasmaciones constitucionales y legales en América Latina se han construido tomando como base, especialmente, el modelo estadounidense. Por su parte, la mayoría de estos países comenzaron regulando el *habeas data* como derecho al acceso a la información, en un deseo de ofrecer transparencia a la ciudadanía y solo posteriormente se comenzó a legislar sobre la protección de datos. En este sentido, el proceso ha sido inverso en el Estado español donde la transparencia cobra un lugar destacado en fechas recientes. La labor realizada más allá del Atlántico en esta materia constituye un referente de relieve a nivel interno; la experiencia en el campo de la protección de datos en España y en Europa sirve de modelo a seguir en el escenario de América Latina.

Queremos terminar estas líneas agradeciendo al alumnado por sus inestimables aportaciones a esta publicación. Agradecimiento que queremos hacer extensible, asimismo, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar y a su director el Doctor Larry Andrade-Abularach.

Donostia-San Sebastián a 20 de abril de 2015.

El voto de los guatemaltecos en el extranjero*

Mgtr. Flor de María Sagastume Leytán**

Sumario: I. Introducción. II. Derecho al voto. III. Tratados Internacionales suscritos por Guatemala que reconocen el derecho al voto. IV. Voto en el extranjero. V. Procedimiento para la incorporación del voto en el extranjero. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La situación económica que atraviesa Guatemala ha impedido que gran parte de la población pueda acceder a puestos de trabajo, ante lo cual han tenido que buscar otras oportunidades, generalmente en otros países, lo cual ha motivado una migración constante y sostenida hacia la región norte del continente, sin menoscabo de otras regiones.

Lo antes expuesto ha conllevado una serie de consecuencias de toda índole (social, económica, cultural, etc.), pero el presente trabajo

* Ensayo presentado en diciembre del 2013, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Maestría en Asesoría en Tributación por la Universidad Rafael Landívar. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria (mención *Cum Laude*) por la misma universidad. Actualmente, es coordinadora de Jurisprudencia de la Cámara de Amparo y Antejuicio de la Corte Suprema de Justicia. Autora de la investigación "Integración regional y principio de reserva legal: análisis de la constitucionalidad de la transferencia de competencias en materia arancelaria", publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

tiene por objeto analizar cómo esta situación ha implicado un detrimento en los derechos políticos de aquellos guatemaltecos migrantes, específicamente, la negación a emitir su voto para la elección de las diversas autoridades de gobierno, tanto central como municipal, pese a que ese derecho se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República de Guatemala.

En ese contexto, para resguardar esos derechos no es necesario reformar la Constitución Política de la República, sino que dicha situación debe ser regulada en la Ley Electoral y de Partidos Políticos; aunque cabe aclarar, que esta tiene naturaleza de ley constitucional, por lo que su reforma requiere un procedimiento más complejo que el de una ley ordinaria. A través de la presente investigación se hará un análisis de la inclusión de la figura del voto en el extranjero como garantía a los derechos de los migrantes.

II. DERECHO AL VOTO

La Constitución Política de la República de Guatemala, específicamente el artículo 136, reconoce los deberes y derechos políticos de la forma siguiente:

Son derechos y deberes de los ciudadanos: a) Inscribirse en el Registro de Ciudadanos; b) Elegir y ser electo; c) Velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral; d) Optar a cargos públicos; e) Participar en actividades políticas; y f) Defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República.

Los derechos antes consagrados se aplican únicamente a los guatemaltecos que se encuentran en el territorio nacional, los que se encuentran en el extranjero están limitados de dichos derechos; en ese contexto, se analizará la posibilidad del voto de los guatemaltecos en el extranjero para que no exista discriminación por encontrarse fuera del territorio nacional.

Para tal efecto, es importante señalar cuál es la importancia del sufragio, así Carlos Escobar manifiesta: “los ciudadanos ejercen el derecho reconocido en la norma constitucional a participar en la determinación de la orientación política general mediante la designación

de sus representantes o mediante la votación de aquellas propuestas que le sean sometidas”¹.

En este mismo sentido Fernández Segado afirma, sobre el voto, que éste:

[C]onfigura un acto de voluntad política [...] mediante el cual, sin necesidad de una fundamentación explícita, expresa su respaldo hacia una determinada opción, fórmula o solución política, o manifiesta su deseo de que unos determinados candidatos ocupen ciertos puestos de autoridad; en definitiva, formaliza la propia voluntad u opinión en orden a una decisión colectiva².

Por su parte, la Ley Electoral y de Partidos Políticos hace referencia a lo que debe entenderse por sufragio en su artículo 198, en el cual señala “Sufragio es el voto que se emite en una elección política o en una consulta popular”.

La diferencia que existe entre el sufragio y el voto, radica principalmente en que en el sufragio es el derecho de expresar la voluntad; mientras que el voto, es el medio por el cual se expresa dicha voluntad; esto pese a que nuestra legislación utiliza ambos vocablos de forma indistinta, pese a que estos conllevan conceptos diferentes.

El artículo 12 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos establece que “El voto es un derecho y un deber cívico inherente a la ciudadanía. Es universal, secreto, único, personal y no delegable”.

En dicho artículo se establecen los principales elementos que integran el voto, entre ellos se encuentra la universalidad del voto; este es el derecho que tienen los ciudadanos a ser electores siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en la ley. La secretividad del voto otorga la garantía al elector, que su manifestación de voluntad no se dará a conocer públicamente. El voto debe ser personal, ya que es el propio elector el que vota, por lo cual en Guatemala no es posible delegar en otra persona la emisión del mismo.

1 Escobar Armas, Carlos, *La Ley electoral y de partidos políticos en Guatemala. Sufragio y Democracia*, 2ª. ed., Costa Rica, Capel, 1987, p. 25.

2 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Diccionario electoral*, Costa Rica, Mars Editores, 2000, vol I, p. 1245.

El sufragio se puede clasificar en activo y pasivo; el sufragio activo es “el derecho individual de voto de cada uno de los ciudadanos que tienen capacidad para participar en una elección o, más exactamente, en cualquiera de las votaciones públicas que se celebren”³. Para poder ejercitar este tipo de sufragio es necesario tener la ciudadanía y estar inscrito en el padrón electoral para poder hacer efectivo el voto.

Por su parte, el sufragio pasivo es “el derecho individual a ser elegible para los cargos públicos”⁴. Para poder optar a cargos públicos se necesita cumplir con todos los requisitos y formalidades que establece la ley.

El sufragio, tanto activo como pasivo, tiene su fundamento constitucional en el artículo 136, en que se establecen los derechos y deberes de los ciudadanos, específicamente en la literal b, que contempla el derecho a “elegir y ser electo”.

La Corte de Constitucionalidad en el expediente 300-2006, sentencia de fecha 25 de julio de 2006, manifiesta que “El derecho de elegir y ser electo puede ejercerlo el ciudadano en diferentes ámbitos de su vida y está reconocido por nuestra Carta Magna; el mismo conlleva la potestad de velar por la libertad y efectividad del sufragio: en términos generales, por la pureza del proceso electoral...”.

De igual forma, nuestro tribunal constitucional en el expediente 1089-2003, sentencia de fecha 14 de julio de 2003, al pronunciarse sobre el derecho de elegir y ser electo expone:

Estima esta Corte que el derecho de sufragar voto y ser electo para cargos de elección popular entraña no solamente un beneficio para quien opta a tal cargo y se somete a juicio eleccionario del pueblo, sino que también importa a cada ciudadano capaz la delegación de una cuota de soberanía nacional, de modo que tal derecho no puede ser limitado por nada ni por nadie –salvo por la ausencia de los requisitos que la ley prevé para el acceso a cada uno de los cargos públicos a optar en aquellas condiciones–, puesto que representa la facultad para determinar con libertad y por propia decisión la dirección política del Estado,

3 Nohlen, Dieter *et al.*, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, 3ª ed., FCE/Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Universidad de Heidelberg/International IDEA/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Federal Electoral, 1998, p. 242.

4 *Idem.*

mediante el voto libre y secreto para designar a sus gobernantes. Ese derecho, como todos los que ostentan el carácter de ser fundamentales, no deriva ni depende de la voluntad de ninguna autoridad del Estado, que no lo crea, sino que lo descubre; no lo otorga, sino que lo reconoce. Por consiguiente, su vulneración o trasgresión cercena los derechos y libertades fundamentales de la persona humana.

En este apartado se ha expuesto la regulación legal del voto en nuestro ordenamiento jurídico, para el efecto se parte de la norma suprema, así como del análisis de la normativa contenida en la ley de la materia; pero esto no es óbice para fundamentar tal derecho en otros instrumentos internacionales que han sido suscritos por Guatemala.

III. TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR GUATEMALA QUE RECONOCEN EL DERECHO AL VOTO

A. Declaración Universal de Derechos Humanos

Fue aprobada y adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El artículo 21 establece que:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

B. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Aprobada en la Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948. En su artículo 20 consagra lo relativo al derecho de sufragio y de participación en el gobierno: “Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres”.

Por su parte, el artículo 32 establece el deber de sufragio: “Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello”.

C. Convención Americana sobre Derechos Humanos

Suscrita el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica. El artículo 23 establece los Derechos Políticos de la siguiente forma:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La Ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

D. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este instrumento internacional entró en vigencia para Guatemala el 23 de marzo de 1976. El artículo 25 regula que:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Lo anterior tenía por objeto determinar que Guatemala ha suscrito una serie de tratados en los cuales se regula el derecho al voto; estos instrumentos deben observarse no únicamente por el principio *pacta sunt seroanda*, que fundamenta el derecho internacional; sino también, porque la normativa que contenga derechos humanos es aplicable al Estado, en atención al bloque de constitucionalidad.

IV. VOTO EN EL EXTRANJERO

El voto en el extranjero “es el ejercicio del sufragio fuera de las fronteras nacionales, por parte de ciudadanos de un país donde se realiza una elección, cuando el ordenamiento jurídico les reconoce dicho derecho al sufragio y los autoriza para ejercerlo de esta manera”⁵.

Este tipo de voto no está desarrollado en nuestro ordenamiento jurídico, aunque como se ha expuesto sí se reconoce el derecho a votar a los guatemaltecos, por lo que a efecto de dar cumplimiento al texto constitucional e instrumentos internacionales, es conveniente regularlo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que de esta forma se les garantizaría sus derechos a los guatemaltecos que por alguna circunstancia no se encuentran en el territorio nacional.

Las cada vez más vastas comunidades de migrantes que viven en un país distinto al de su origen condensan en buena medida la esencia del problema de la ciudadanía y la titularidad de los derechos políticos en un mundo cada vez más “globalizado”, porque representan a enormes contingentes desprovistos de ellos, total o parcialmente o, por lo menos, privados de su ejercicio. En este contexto, es susceptible de delimitar y valorar el tema del voto en el extranjero, en el entendido de que sólo alude a uno de los derechos políticos fundamentales y que no necesariamente el diseño y la aplicación de un dispositivo atiende o resuelve sus problemas más elementales⁶.

Tal como afirma Luis Felipe Sáenz: “la finalidad del voto en el extranjero es lograr la participación en la vida política de quienes por circunstancias muchas veces ajenas a su voluntad, han tenido que emigrar a tierras extranjeras; lo que sería una justicia electoral”⁷.

Muchas de las personas que no se encuentran en el territorio nacional tuvieron que emigrar no por voluntad propia, sino en gran medida por problemas económicos y sociales, entre otros, por lo que vedarles dicho derecho constituye una nueva victimización de aquellos; aunado a lo anterior, pese a que estas personas lleven mucho tiempo viviendo en el exterior, esto no implica que el vínculo con su

5 Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 2, vol. II, p. 1261.

6 Navarro Fierro, Carlos M., *El voto en el extranjero. Estudio comparado*, México, Instituto Federal Electoral, 2001, p. 17.

7 Sáenz Juárez, Luis Felipe, *Justicia electoral*, 2ª. ed., Guatemala, Centro de Documentación CEDOCC, 2002, p. 330.

país de origen haya desaparecido, es más, ellos son el vivo retrato de las deficiencias en las políticas implementadas dentro del país, por lo que tienen derecho a cuestionarlas a través del voto para elegir a sus autoridades.

Se puede concluir que la implementación del voto en el extranjero tiene como fin último lograr la participación a la vida política de quienes han tenido que emigrar a otros países. Esta situación no resulta novedosa, aunque en nuestro medio parezca ser así, ya en América Latina ha sido implementado en varios países, el primero de ellos fue Colombia, luego Brasil, Perú, Argentina, Venezuela, Honduras, República Dominicana y México.

Por ejemplo, en el caso de México, para incorporar el voto de los ciudadanos en el extranjero se reformó el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; el artículo 313 de dicho cuerpo normativo permite el ejercicio del derecho a voto de los ciudadanos mexicanos, pero únicamente elegir al presidente. A efecto de poder ejercitar dicho derecho, se establecen ciertos requisitos, algunos de estos son: se debe hacer una solicitud a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, para la inscripción en la lista nominal de electores residentes en el extranjero; indicar el domicilio, ello con el objeto de hacerle la entrega de la boleta electoral.

El panorama antes descrito permite evidenciar la viabilidad de implementar este tipo de voto en nuestro ordenamiento jurídico, para el efecto, resulta valioso efectuar un análisis comparativo de otras legislaciones, especialmente de aquellos países que guardan cierto grado de similitud con el nuestro, para determinar cuál sería la regulación más idónea, que permita ejercitar el derecho de los guatemaltecos migrantes.

A. Sistemas de emisión del voto en el extranjero

Del derecho comparado se puede determinar que existen diferentes modalidades para la emisión del voto en el extranjero, entre ellas, se encuentran el desplazamiento de urnas y el voto por correo.

En nuestro país, las instituciones que tendrían que intervenir para garantizar el voto en el extranjero son: el Tribunal Supremo

Electoral, el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Registro Nacional de las Personas.

1. *Desplazamiento de urna*

Este tipo de sistema consiste en instalar mesas de votación en cada país donde se encuentren los ciudadanos guatemaltecos, por ello, la logística de la organización debe ser minuciosa, las mesas podrían ser instaladas en sedes oficiales existentes, tales como embajadas y consulados.

Ecuador es uno de los países que aplica este sistema de votación, instalando urnas en los consulados debidamente acreditados.

2. *Voto por correo*

A través de esta modalidad las papeletas de votación son enviadas al ciudadano elector por medio de correo certificado, por lo cual se emite el voto y la papeleta es enviada nuevamente al país de origen por el mismo medio.

México utiliza este sistema de voto, ya que tal como lo establece el artículo 313 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, existen requisitos para poder hacer efectivo el voto; entre ellos se encuentran: *a)* hacer una solicitud a la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores, para su inscripción en la lista nominal de electores residentes en el extranjero, y *b)* indicar su domicilio con el objeto de hacerles entrega de su boleta electoral.

V. PROCEDIMIENTO PARA LA INCORPORACIÓN DEL VOTO EN EL EXTRANJERO

En la democracia, como sistema de gobierno, el pueblo es el encargado de delegar soberanía en varios representantes que tendrán a su cargo la dirección de los diferentes Organismos del Estado y demás entidades, lo cual se da a través de un proceso electoral.

En ese sentido:

[P]ara que un gobierno sea democrático y representativo, es necesario el ejercicio del sufragio, que debe estar sujeto a un proceso electoral que garantice su legitimidad, limpieza y efectividad y para ello la propia

disposición constitucional remite a la ley [...]. Dicha ley tiene carácter constitucional y se emitió como Decreto Número 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente.⁸

Dicha ley es la Ley Electoral y de Partidos Políticos, la cual debe ser sujeta a reforma para lograr la inclusión del voto de los guatemaltecos en el extranjero.

Para su reforma es necesaria una iniciativa de ley, la cual según el artículo 174 de la Constitución Política de la República, puede ser presentada por los diputados al Congreso, el Organismo Ejecutivo, la Corte Suprema de Justicia, la Universidad de San Carlos de Guatemala y el Tribunal Supremo Electoral.

La Ley Electoral y de Partidos Políticos tiene rango de ley constitucional, tal como lo regula el artículo 223 de la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que es necesario para su reforma el voto de las dos terceras partes del total de diputados que integran el Congreso, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad⁹.

Una vez presentada la iniciativa de ley, se somete a discusión en tres sesiones celebradas en distintos días y no podrá votarse hasta que se tenga por suficientemente discutida en la tercera sesión.

Al haber sido aprobado, debe estarse al contenido del artículo 123 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo, que prevé:

Quando se discuta un proyecto de ley que proponga reformas a las leyes constitucionales, después de tenerlo por suficientemente discutido en su tercer debate, deberá recabarse el dictamen de la Corte de Constitucionalidad. Cuando en la discusión por artículos se presenten enmiendas al texto del proyecto de ley, dichas enmiendas deberán igualmente remitirse a la Corte de Constitucionalidad para su opinión.

Con el dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad, la Junta Directiva del Congreso de la República lo envía al Organismo Ejecutivo para su sanción, promulgación y publicación.

8 Gaceta Núm. 16, Expediente 107-90, fecha de dictamen: 18-05-1990.

9 Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución Política de la República de Guatemala*, artículo 175.

A. Situación actual de la incorporación al ordenamiento jurídico guatemalteco del voto de los guatemaltecos en el extranjero

En Guatemala se ha discutido la posibilidad de incluir el voto en el extranjero, esto en atención a los diálogos sostenidos entre los representantes de los guatemaltecos que residen en el exterior y miembros delegados del Organismo Legislativo. Para materializar esta situación, se han presentado diversas iniciativas de ley; no obstante lo anterior, aquellas no han prosperado a lo largo de este tiempo, por diversos motivos. Pese a esto, es conveniente analizar cuáles han sido las propuestas formuladas.

1. Iniciativa de ley 4254

La iniciativa de ley que se encuentra más avanzada dentro del proceso para solicitar la modificación a la Ley Electoral y de Partidos Políticos es la número 4254, esta fue presentada por los diputados Jaime Antonio Martínez Lohayza, Manuel de Jesús Barquín Durán y Virna Ileana López Chacón, el 21 de septiembre del 2010.

Dentro de esta iniciativa se incluía la reforma de varios artículos; sin embargo no se implementaba la figura del voto en el extranjero, por lo que fue hasta el 26 de abril del 2011 cuando se realizó una enmienda a dicha iniciativa y se incluyó el voto en el extranjero. En esta iniciativa se pretenden reformar los artículos 220, 221, 222 y 223 bis, los cuales regulan otros aspectos electorales diferentes al que aquí se aborda, pero a la vez se propone adicionar el artículo 231 bis, el cual regula el voto en el extranjero.

La propuesta del artículo 231 bis es la siguiente:

SUFRAGIO DE GUATEMALTECOS EN EL EXTERIOR. Los guatemaltecos electores residentes en el exterior solo ejercerán el sufragio para elegir Presidente y Vicepresidente de la República en las elecciones generales respectivas, éstas se realizarán el mismo día en que se practiquen en Guatemala, sujeto a las posibilidades del Tribunal Supremo Electoral. La presente disposición legislativa deberá reglamentarse para optimizar el procedimiento apropiado en coordinación con el Tribunal. El Tribunal Supremo Electoral establecerá los centros de votación donde considere viable. El Ministerio de Relaciones Exteriores prestará la colaboración que se requiera para el cumplimiento eficaz de la presente disposición.

Podemos apreciar que dentro de esta propuesta se le otorgaría el derecho a los guatemaltecos para votar únicamente por presidente y vicepresidente, bajo el sistema de votación instalando mesas en el extranjero, las cuales podrían ser habilitadas en las embajadas y consulados, pero la norma no lo indica como tal, ya que le otorga al Tribunal Supremo Electoral la coordinación de la mismas.

Al haber sido aprobada dicha iniciativa de ley, se procedió a remitir a la Corte de Constitucionalidad, a efecto emitiera el dictamen correspondiente. El Tribunal Constitucional al emitir su dictamen argumentó que para la existencia de tal mecanismo de participación, es necesaria la existencia de datos jurídicos, institucionales y técnicos. En primer término, la necesidad de introducir una reforma a nivel legal o constitucional; dentro de las modificaciones legales debe incluirse una serie de previsiones tales como la determinación del tipo de elecciones en las que será permitido el voto en el extranjero; determinación de los electores y forma de registro de éstos; la mecánica para el ejercicio del voto; el ámbito geográfico de aplicación; procedimientos que posibiliten garantizar la certeza del voto y del padrón electoral.

Debe regularse una serie de condiciones institucionales, tales como la determinación de las instalaciones en que se llevarán a cabo las votaciones fuera de la República, frecuentemente se ha situado en las sedes diplomáticas y consulares. En cuanto a los aspectos técnicos deberá determinarse cómo se conformarán las juntas receptoras de votos; otro aspecto de suma importancia es la certeza del padrón electoral y deberán establecerse los mecanismos que posibiliten la integración al padrón oficial que maneja el Tribunal Supremo Electoral con los datos registrados en el extranjero, de manera que tal órgano pueda definir certeramente la totalidad de electores sin que se presente duplicidad de datos entre el padrón elaborado en el interior del país y los datos obtenidos fuera de las fronteras.

Así mismo, que en la norma legal habrá de consignarse cuando menos quiénes poseen tal derecho, en qué tipo de elecciones podrá ejercerse, procedimiento para el registro de los ciudadanos que voten fuera de las fronteras del Estado y la integración de tales datos al padrón nacional y la forma de ejercer el voto.

La Corte de Constitucionalidad emite dictamen favorable respecto a la suspensión del cuarto párrafo del artículo 220; de la modificación al primer párrafo del artículo 222, así como el último párrafo del citado artículo; de la adición del artículo 231 bis y sugiere que este sea redactado de la siguiente forma:

Los ciudadanos que deseen emitir su voto en el extranjero deberán cumplir los mismos requisitos legales que quienes lo emitan en el territorio nacional y estarán sujetos a las mismas limitaciones. Para ello deberán realizar su solicitud de registro de su domicilio actual acudiendo a la sede diplomática o consular del Estado donde residan, así como la petición de poder votar fuera del territorio nacional, quien lo trasladará al Tribunal Supremo Electoral para su aprobación. Al momento de quedar registrado en el nuevo domicilio se eliminará del registro anterior, donde se hallare inscrito. El referido ente verificará que no se produzca duplicidad de registro con el padrón nacional. El voto se ejercerá de manera personal en los lugares que se fijen por el Tribunal Supremo Electoral quien notificará oportunamente de los lugares que para el efecto se constituyan. Lo no previsto para el ejercicio del voto en el extranjero será desarrollado por vía reglamentaria por el Tribunal Supremo Electoral.

De la lectura del artículo propuesto, se puede observar que la Corte de Constitucionalidad modifica en su totalidad el contenido en la iniciativa de ley; este es más amplio, ya que no limita el voto para la elección del presidente y vicepresidente; así mismo, señala claramente que los ciudadanos residentes en el exterior deben cumplir con los mismos requisitos que deben cumplir los que se encuentren en el territorio nacional; se establece el mismo sistema de votación instalando mesas en el extranjero, el voto se podrá hacer efectivo acudiendo a sede diplomática o consular del Estado donde residan. Otro elemento que se incluye, es la certeza del padrón para que no exista duplicidad de votos.

Esta iniciativa fue presentada en el 2010 para participar en las elecciones que se llevaron a cabo en el 2011, ya con el dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad fue remitida al Congreso de la República para su aprobación, pero por falta de voluntad política la misma no prosperó y actualmente se encuentra archivada.

2. *Iniciativa de ley 4783*

Esta iniciativa fue presentada el 24 de octubre del 2013 por los diputados Christian Jacques Boussinot Nuila, Carlos Enrique López Girón, Arístides Baldomero Crespo Villegas, Luis Fernando Pérez Martínez, Jaime Antonio Martínez Lohayza y compañeros, la cual tiene como objeto reformar el Decreto 1-85, Ley Electoral y de Partidos Políticos.

Dentro de dichas reformas se propone la inclusión del voto en el extranjero. Se pretende adicionar dos párrafos al artículo 12 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos el cual quedaría así:

Se instituye el derecho al voto en el extranjero a los ciudadanos guatemaltecos de conformidad con esta ley para elegir al Presidente y Vicepresidente.

El Tribunal Supremo Electoral, con el apoyo de las instituciones del Estado a las que les sea requerido, realizará las acciones necesarias para garantizar este derecho.

Como puede observarse, dentro de esta iniciativa se propone la inclusión del voto en el extranjero, únicamente para elección de presidente y vicepresidente, no se indica qué sistema de votación será el aplicable, se limita a indicar que el Tribunal Supremo Electoral será el responsable de la realización de las mismas.

El 31 de octubre del 2013 fue aprobada dicha iniciativa y se remitió a la Corte de Constitucionalidad, por lo que se está a la espera de que ésta rinda el dictamen correspondiente, aunque cabe acotar, que si se sigue la misma línea jurisprudencial, el dictamen modificará el artículo relativo al voto en el extranjero, al ser muy amplio y no regular aspectos esenciales; aunado a lo anterior, hubiera sido deseable que esta iniciativa se formulara en atención al pronunciamiento previo del tribunal constitucional.

VI. CONCLUSIONES

1. Existe un crecimiento significativo en cuanto a los guatemaltecos que se encuentran en el extranjero y se ven limitados en el ejercicio del voto, por lo cual es necesario que el Estado de Guatemala garantice dicho derecho, a través de la regulación del voto en el extranjero.

2. El desarrollo del voto en el extranjero es viable a través de la reforma a la Ley Electoral y de Partidos Políticos, la cual por ser una ley constitucional, requiere el voto de las dos terceras partes de los diputados que integran el Congreso de la República, previo dictamen favorable de la Corte de Constitucionalidad.
3. Un elemento fundamental que debe ser garantizado al momento de la creación del voto en el extranjero y que ha sido obviado en las diversas iniciativas de ley presentadas, es la certeza del voto y del padrón electoral, como mecanismo para evitar la existencia del fraude electoral.
4. La experiencia de países tales como México y Ecuador, que implementaron el voto en el extranjero, ha sido favorable, pues aquella derivó en el incremento en la participación electoral.

VII. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, *Diccionario electoral*, Costa Rica, Mars Editores, 2000, vol I.

ESCOBAR ARMAS, Carlos, *La Ley electoral y de partidos políticos en Guatemala. Sufragio y Democracia*, 2^a. ed., Costa Rica, Capel, 1987.

NAVARRO FIERRO, Carlos M., *El voto en el extranjero. Estudio comparado*, México, Instituto Federal Electoral, 2001.

NOHLEN, Dieter *et al.*, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, 3^a ed., FCE/Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Universidad de Heidelberg/International IDEA/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Federal Electoral, 1998.

SÁENZ JUÁREZ, Luis Felipe, *Justicia electoral*, 2^a. ed., Guatemala, Centro de Documentación CEDOCC, 2002.

B. Legales

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 1966.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, 1985.

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, 1969.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Ley Electoral y de Partidos Políticos*, Decreto 1-85, Guatemala, 1985.

CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, 2008.

IX CONFERENCIA INTERNACIONAL AMERICANA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, Bogotá, 1948.

Las sentencias estructurales de los tribunales constitucionales: una forma de resolver los problemas migratorios*

Mgtr. Angélica Yolanda Vásquez Girón**

*“La causa mayor de revoluciones,
es que mientras las naciones avanzan al trote,
las constituciones van a pie”¹.*

Sumario: I. Introducción. II. Tipología de las sentencias constitucionales. III. Sentencias estructurales. IV. Breve análisis sobre la situación de migraciones en Guatemala. V. Proponer la solución de los problemas migratorios por medio de la emisión de sentencias estructurales. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

* Ensayo presentado en diciembre del 2013, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Rafael Landívar. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la misma universidad. Abogada letrada de la Corte de Constitucionalidad, coordinadora de Magistratura de la Corte de Constitucionalidad. Abogada coordinadora de la Secretaría del Pleno de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Catedrática auxiliar del curso de Derecho Procesal Civil I, catedrática titular de Tesis en la Maestría de Derecho Corporativo, asesora de tesis y miembro de terna examinadora de exámenes privados en la Universidad Rafael Landívar. Autora de *El ocurso de queja* (CC, 2005) y *Sistema de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (EAE, 2012).

1 Macaulay, Thomas. *Político inglés*. (1800-1859).

I. INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo actual enfrenta retos distintos a los que se analizaban hace algunos años, debido a que las sociedades, los gobiernos, los sistemas económicos y las formas de relacionarse, han ido variando sustancialmente. A los tribunales constitucionales se les presentan casos cada vez más complejos y que obligan al estudio sobre la constitucionalidad y convencionalidad, ya no solo de situaciones judiciales o administrativas, sino también de cuestiones estructurales del Estado y sobre las políticas públicas.

Las sentencias emitidas por los tribunales constitucionales tienen gran impacto, aunque sea directo o indirecto, en los países y comunidades, a nivel jurídico, económico y social. Muchos fallos han variado los paradigmas, las ideas, percepciones, formas de ver y tratar a los grupos vulnerables, en especial lo relativo a la desigualdad de género, a los jóvenes, niños y niñas, a los derechos de las personas de la tercera edad y a las condiciones de las personas privadas de libertad.

A este tipo de fallos, que promueven cambios estructurales y rompen con la manera tradicional de entender el papel de los jueces constitucionales, al emitir recomendaciones a otros órganos para que cumplan con adecuar su actuar, a la Constitución interpretada conforme los principios de las convenciones internacionales de protección a los derechos humanos, incidiendo en las políticas públicas, se les han denominado “sentencias estructurales”. Siendo por medio de este tipo de sentencias que pueden resolverse de forma inmediata los problemas relativos a la regulación y protección de los derechos de los inmigrantes y emigrantes.

En el presente trabajo se hace un breve análisis doctrinario sobre las sentencias estructurales, se analizan algunas sentencias de este tipo y se estudia la posibilidad de promover estas sentencias como instrumento para resolver problemas migratorios.

El tema se abordará desde tres áreas: doctrinal, jurídico-social y jurisprudencial, con el fin de responder a la pregunta de si son las sentencias estructurales los instrumentos idóneos para resolver problemas migratorios. Para lo cual se harán las citas de algunos autores que han escrito sobre el tema, haciendo comentarios y extrayendo conclusiones. Se analizarán informes presentados y estudios reali-

zados en forma breve, para extraer una visión de la situación de las migraciones en Guatemala, y por último se analizarán algunos casos relevantes, discutiendo la forma en que se abordó y resolvió el tema, para finalmente proponer la posibilidad de que sea por medio de las sentencias estructurales emitidas por los tribunales constitucionales, que se resuelvan estos problemas. Para lo cual se tiene como objetivos:

- 1) Definir las sentencias estructurales.
- 2) Mostrar las fortalezas y debilidades que tienen las sentencias estructurales.
- 3) Establecer en forma general la situación de Guatemala en relación con las migraciones.
- 4) Proponer a las sentencias estructurales como un mecanismo para solucionar los problemas migratorios.

II. TIPOLOGÍA DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Tradicionalmente las sentencias emitidas por los tribunales constitucionales eran simplemente estimatorias o desestimatorias, en la que se otorgaban o denegaban las garantías constitucionales solicitadas. Actualmente los tribunales constitucionales han tenido que ir más allá y analizar causas, establecer parámetros de interpretación, programar normas y exhortar a los demás órganos del Estado a ajustarse a los principios constitucionales en su actuar.

César Landa² señala que las sentencias constitucionales se pueden distinguir entre las sentencias de especie, que son en las que se resuelve por la aplicación simple de las normas constitucionales y demás preceptos del bloque de constitucionalidad, y las sentencias de principio, en las que se interpretan el alcance y sentido de las normas constitucionales, se llenan las lagunas y forjan verdaderos precedentes vinculantes³.

2 Expresidente y magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

3 Landa, César, "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana", en Bogdandy, Armin von *et al.* (Coordinadores), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, 2010, t. I, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/24.pdf>.

Para el citado autor dentro de las sentencias de principio existe otro tipo de sentencias que denomina sentencias interpretativas⁴, en las que el órgano de control constitucional declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una aplicación indebida. Indica que procede cuando:

[S]e ha asignado al texto objeto de examen (disposición) una significación y contenido (norma) distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado “nuevas normas”, distintas de las contenidas en la ley o norma con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución⁵.

Declarando la inconstitucionalidad de la interpretación y aplicación que se hizo y no de la disposición normativa.

Dentro de este tipo de sentencia, el profesor Landa, así como los doctores Humberto Nogueira Alcalá, José Palomino Manchego, Alejandro Martínez Caballero y Diego Eduardo López Medina⁶, describen a las siguientes:

- a. Sentencias interpretativas-normativas, son aquellas que al declarar la inconstitucionalidad de una palabra o frase dentro de la disposición normativa, se genera un cambio en el contenido del precepto analizado.
- b. Sentencias reductoras, en estas se ordena una restricción o acortamiento del contenido normativo de la ley objetada.
- c. Sentencias aditivas, en donde el tribunal constitucional determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa y añade algo para que la norma se ajuste a la normativa constitucional.

4 Otros autores denominan a este tipo de sentencias “manipulativas”, sin embargo en el presente trabajo se concuerda con el profesor Landa que no es un término adecuado para nombrarlas. En Colombia se le denominan sentencias condicionadas.

5 Landa, César, *op. cit.*, nota 3.

6 López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, pp. 67-69.

- d. Sentencias sustitutivas, se declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado.
- e. Sentencias exhortativas, son aquellas en las que se declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma y se recomienda al parlamento para que, dentro de un plazo razonable expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales⁷.

A esta clasificación cabe agregarse las sentencias programáticas a las que hace referencia el profesor Sagüés, que subclasifica las sentencias exhortativas en:

- Sentencias exhortativas “de delegación”, por la que se declara la inconstitucionalidad de una norma y advierte al Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la Constitución.
- Sentencias exhortativas de inconstitucionalidad simple, en las que se declara la inconstitucional de la norma, pero no la invalida hasta que se apruebe una nueva de acuerdo con la Constitución.
- Sentencias exhortativas por constitucionalidad precaria, en las que se estima que la norma todavía es constitucional, pero que pronto puede dejar de serlo⁸.

Así como las sentencias estructurales que señala el doctor Humberto Sierra Porto⁹, que se analizan a continuación.

III. SENTENCIAS ESTRUCTURALES

Al referirse a las sentencias estructurales, el doctor Sierra Porto señala que:

[E]stas sentencias rompen con la manera tradicional de entender el papel de los jueces, en estas sentencias se recomienda a otros órganos para que cumplan las órdenes de los jueces y establecen elementos de

7 *Ibidem*.

8 Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, <http://es.scribd.com/doc/71848108/Libro-Sagues-Version-Final-2>.

9 Exmagistrado de la Corte Constitucional de Colombia.

política pública. Buscan garantizar que no se repita la violación de los derechos que buscan preservar frente a la violación. Buscan la protección general de los derechos con incidencia en la parte administrativa de la rama ejecutiva¹⁰.

De lo que se puede extraer que son aquellas sentencias que recomiendan a otros órganos se cumplan con órdenes de los tribunales constitucionales en relación con las políticas públicas.

Por su parte el doctor Juan Carlos Henao, magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, señala que no solo se aplican a las políticas públicas, sino que va más allá, pues su fin principal es la protección a los derechos humanos, y parte de la colaboración armónica de los órganos del Estado, siendo el principio de colaboración interinstitucional, el sustento teórico de este tipo de sentencias, ya que cada órgano del Estado tiene la obligación constitucional de colaborar en la consolidación y protección de los derechos fundamentales, armoniosamente¹¹.

El doctor Sierra explica que las sentencias estructurales buscan la protección general de derechos, son aquellas cuyos fallos se encuentran:

[A] mitad de camino entre la decisión judicial y la administrativa, en las que los jueces deciden sobre cosas propias de la administración pública, de la rama ejecutiva u otras ramas del poder público¹² [...]. Es decir, con estos fallos no se resuelven los problemas concretos de carácter individual, lo cual es, en principio, el papel de los jueces, sino que buscan solucionar los problemas en general, como por ejemplo los relativos a la libertad de expresión, el desplazamiento, las cárceles o la salud¹³.

Principalmente buscan garantizar que no se repita la violación de los derechos que se están protegiendo. De lo que se puede advertir que encausan la elaboración de normas y las acciones de los órganos del Estado hacia la protección y la garantía de los derechos de las personas.

10 Torres Cárcamo, Nixon, "Las sentencias estructurales en el país de cien años de soledad y una realidad tangible", *El Día*, Colombia, 15/05/2013, <http://eldia.com.co/index.php/opinion/7784-las-sentencias-estructurales-en-el-pais-de-cien-anos-de-soledad-y-una-realidad-tangible>.

11 Iureamicorum, "Debate sobre el libro de César Rodríguez. Cortes y cambios sociales" (video), <http://iureamicorum.blogspot.com/2013/05/sentencias-estructurales-t-025-de-2004.html>.

12 Torres Cárcamo, Nixon, *op. cit.*, nota 10.

13 *Ibidem*.

Los profesores antes citados coinciden en señalar que con este tipo de sentencias se evita la congestión judicial, como en los casos de salud, y coadyuvan a legitimar a los órganos del Estado, pues evitan que se agrave la desconfianza social que, en su actuar, algunos órganos ya tienen.

En el debate sobre las sentencias estructurales en Colombia, Rodríguez Garavito señaló que debe ponerse límite cuando las realidades cambien y opinó que debería ser la Sala plena de la Corte y no las de revisión, la que declare un “estado de cosas inconstitucional”¹⁴.

De lo antes descrito y de los documentos consultados puede establecerse que las fortalezas de las sentencias estructurales pueden ser:

- a. Promocionan la colaboración armoniosa interinstitucional.
- b. Descongestionan a todos los tribunales, no solo a los constitucionales.
- c. Coadyuvan a recobrar la legitimación de las instituciones públicas y su credibilidad social.
- d. Producen cambios estructurales e institucionales, resolviendo problemas desde sus causas.

Sus debilidades pueden ser:

- a. La dificultad en su ejecución.
- b. Deben ser muy cuidadosas de las realidades que se van a cambiar.
- c. Debe ponerse límites para que no excedan los principios constitucionales y convencionales.
- d. Deben saber cuándo detenerse.

Las sentencias estructurales podrían ser un instrumento para la solución de muchos problemas que requieren la coordinación interinstitucional de los órganos del Estado, como lo es la migración.

14 Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, *Reflexiones en torno a la legitimidad y a la eficacia de las sentencias estructurales de la Corte Constitucional* (conferencia), Bogotá, 2013.

IV. BREVE ANÁLISIS SOBRE LA SITUACIÓN DE MIGRACIONES EN GUATEMALA

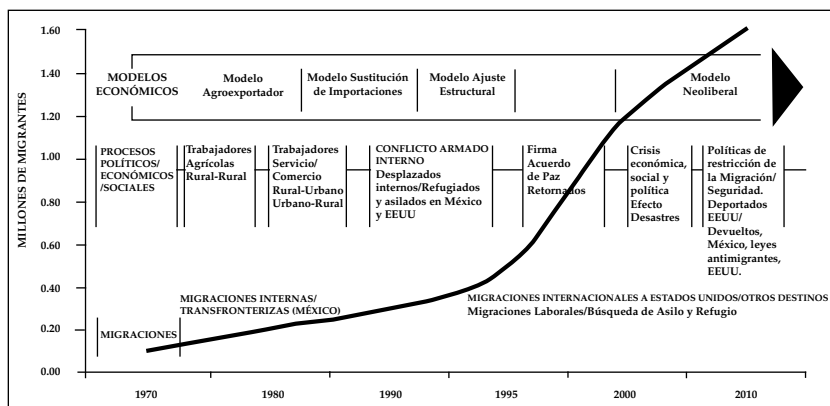
Guatemala es un país más de emigración que de inmigración, ya que acontecimientos históricos, como la guerra interna y la desigualdad económica, provocaron que muchas personas buscaran, y aún busquen, mejores oportunidades de vida o simplemente sobrevivir. Sin embargo, por la posición geográfica en que se encuentra, actualmente se ha convertido en un país de paso para las personas que desean llegar a los Estados Unidos o Canadá y muchos, al no lograr su objetivo, se quedan en el país. Estas dos situaciones han transformado las relaciones sociales, económicas y culturales del país, sin que exista una política migratoria concreta y uniforme.

En los tratados de libre comercio que ha suscrito Guatemala se ha comprometido a controles migratorios más estrictos en relación con los nacionales y centroamericanos, por un lado, y a permitir fácilmente el ingreso de inversionistas extranjeros provenientes de los países suscribientes de los convenios, como Estados Unidos, Canadá, México y España, por el otro. Por lo que la política migratoria en Guatemala debiera ser integral y regular tanto los problemas de inmigración como de emigración, unificándose criterios y disposiciones normativas, así como la necesidad de una armonización del actuar interinstitucional.

También es importante tomar en cuenta que los modelos económicos que se han adoptado han influido directamente en las migraciones en el país, promocionando la inmigración de extranjeros en búsqueda de mano de obra barata y ventajas arancelarias y la emigración de guatemaltecos en búsqueda de mejores oportunidades de empleos, siendo esta última situación la más delicada y agudizándose en esta última década, como lo muestra el estudio realizado por la OIM y UNICEF¹⁵.

15 López, Claudia V. (INGEP/URL) y Rivera, Danilo (INCEDES), *Aproximaciones de Política Migratoria para Guatemala* (síntesis), Guatemala, 2013.

Figura 1:
Épocas de migración guatemalteca y contextos económicos a través de la historia



Fuente: Palma, S. I. y Rivera. A. (2011) y OIM/Unicef (2001).

También existe el problema de todas las personas deportadas a Guatemala, pues no existen políticas de recepción, reinserción y readaptación a la vida social, cultural y económica, lo que provoca que en la brevedad intenten regresar al país que los deportó.

El Consejo de Atención al Migrante Guatemalteco (Conamigua) ha estado trabajando una política integral en materia migratoria con organizaciones de la sociedad civil y líderes migrantes en Estados Unidos, sin embargo aún no se ha llegado a consenso alguno¹⁶. Por su parte el gobierno actual ha hecho esfuerzos por regular las migraciones, pero focalizado a problemas específicos.

Guatemala aún no ha logrado garantizar los derechos de los migrantes, tanto los que transitan o se quedan en el país, como de los nacionales que salen y son deportados.

Para la resolución del problema migratorio en Guatemala, tanto de inmigrantes como de emigrantes, se requiere la obligada cooperación interinstitucional armónica y el apoyo de organizaciones de la sociedad civil, todos trabajando en conjunto y cooperación, debién-

16 Morales, Sergio, "Política migratoria estará lista en agosto", *Prensa Libre*. Guatemala, 1/05/2013. http://www.prensalibre.com.gt/noticias/politica/Politica-migratoria-lista-agosto_0_910709225.html.

dose establecer fines concretos y ordenados y resolver de manera integral todos los problemas que se presentan.

V. PROPONER LA SOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS MIGRATORIOS POR MEDIO DE LA EMISIÓN DE SENTENCIAS ESTRUCTURALES

Si bien los órganos del Estado y las instituciones públicas, por mandato constitucional deben promover, velar y realizar todas sus actividades encaminadas a hacer efectivo el bienestar general de la población, muchas veces se pierden en sus funciones y provocan desequilibrio y violación a los derechos y dignidad de las personas. En el caso especial de los migrantes no existe coordinación y una política definida para tratar el problema en forma integral.

Esta armonización institucional puede irse encausando a través de la emisión de sentencias estructurales, realizadas por el juez constitucional, para responsabilizar a las instituciones del Estado encargadas de materializar la promoción de políticas públicas claras en los temas de migrantes y promover el apoyo de la sociedad civil y organizaciones particulares, en la protección de los derechos de los migrantes.

De mantenerse la situación actual se propicia el rompimiento de los principios, valores y derechos fundamentales de las personas migrantes, haciendo necesaria la participación del tribunal constitucional, con medidas adoptadas a través de sentencia o fallos, buscando restablecer el Estado constitucional y social de derecho.

Al ser las sentencias estructurales las que buscan restablecer el orden constitucional, institucional y de derechos de las personas, se convierten en un mecanismo eficaz para la protección del derecho de los migrantes, eficiente en cuanto a garantizar a todos la protección a sus derechos y la adopción de esas órdenes judiciales se convierten en urgentes dada la situación de derechos fundamentales que se están violando y no solo a un individuo sino a una colectividad de individuos vulnerables, siendo urgente adoptar los mecanismos necesarios para su protección.

Las sentencias estructurales son un mecanismo eficaz y, desde el marco constitucional y convencional, los instrumentos viables para la protección de los derechos humanos y dar las precisas órdenes que

propendan por el respeto, ejecución y protección de esos derechos, logrando el equilibrio y armonización institucional por medio del principio de cooperación, con el fin de establecer y ejecutar políticas públicas y disposiciones normativas que protejan a las personas y a las colectividades en sus distintos derechos fundamentales, en especial de los migrantes.

VI. CONCLUSIONES

1. Las sentencias estructurales son aquellas que promueven cambios estructurales y rompen con la manera tradicional de entender el papel de los jueces constitucionales, al emitir recomendaciones a otros órganos para que cumplan con adecuar su actuar a la Constitución, interpretada conforme los principios de las convenciones internacionales de protección a los derechos humanos.
2. Sus fortalezas son: la promoción de la colaboración armoniosa interinstitucional; el descongestionamiento de todos los tribunales, no solo constitucionales, sino también ordinarios; coadyuvan a recobrar la legitimación de las instituciones públicas y su credibilidad social, y producen cambios estructurales e institucionales, resolviendo problemas desde sus causas.
3. Sus debilidades son: la dificultad en su ejecución; deben ser muy cuidadosas de las realidades que se van a cambiar; debe ponérseles límites para que no excedan los principios constitucionales y convencionales, y deben saber cuándo detenerse.
4. No existe una política migratoria clara, definida e integral en Guatemala que atienda a los problemas de inmigración y emigración que existen.
5. Al ser las sentencias estructurales las que buscan restablecer el orden constitucional, institucional y de derechos de las personas, se convierten en un mecanismo eficaz para la protección del derecho de los migrantes.

VII. BIBLIOGRAFÍA

DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, *Reflexiones en torno a la legitimidad y a la eficacia de las sentencias estructurales de la Corte Constitucional* (conferencia), Bogotá, 2013.

GIRÓN SOLÓRZANO, Carol L., "Estudio migratorio de Guatemala", en Incedes y Sin Fronteras IAP, *Estudio comparativo de la legislación y políticas migratorias en Centroamérica, México y República Dominicana*. México, 2011, <http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/1292/GUATEMALA.pdf>.

IUREAMICORUM. "Debate sobre el libro de César Rodríguez. Cortes y cambios sociales" (video), <http://iureamicorum.blogspot.com/2013/05/sentencias-estructurales-t-025-de-2004.html>.

LANDA, César, "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana", en Bogdandy, Armin von *et al.* (Coordinadores), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, IJ-UNAM, 2010, t. I, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/24.pdf>.

LÓPEZ, Claudia V. (INGEP/URL) y Rivera, Danilo (INCEDES), *Aproximaciones de Política Migratoria para Guatemala* (síntesis), Guatemala, 2013.

MORALES, Sergio. "Política migratoria estará lista en agosto", *Prensa Libre*, Guatemala, 1/05/2013, http://www.prensalibre.com.gt/noticias/politica/Politica-migratoria-lista-agosto_0_910709225.html.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", en *Vniversitas. Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 18, julio-diciembre 2004, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/108/cnt/cnt13.pdf>.

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Marco General de la Política Exterior de Guatemala 2012-2016*,

Guatemala, 2012, <http://www.minex.gob.gt/Uploads/Documentofinal.pdf>.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Lima, 2008, Centro de Estudios Constitucionales, <http://es.scribd.com/doc/71848108/Libro-Sagues-Version-Final-2>.

_____. “Instrumentos de la Justicia Constitucional Frente a la Inconstitucionalidad por Omisión”, Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coordinadores), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/26.pdf>

SANTIAGO QUIROZ, Carolina, *Importancia de contar con una política migratoria centroamericana*. Guatemala, 2001, Universidad de San Carlos de Guatemala (tesis), http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/28/28_0519.pdf.

TORRES CÁRCAMO, Nixon, “Las sentencias estructurales en el país de cien años de soledad y una realidad tangible”, *El Día*, Colombia, 15/05/2013, <http://eldia.com.co/index.php/opinion/7784-las-sentencias-estructurales-en-el-pais-de-cien-anos-de-soledad-y-una-realidad-tangible>.

Análisis del Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana para la Libre Movilidad de Extranjeros entre las Repúblicas de El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua*

Mgtr. Juan Luis Cano Chávez**

Sumario: I. Introducción. II. Marco regulatorio interno del tema migratorio. III. Regulación comunitaria migratoria. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Guatemala y el resto de Estados centroamericanos desde hace más de sesenta años han buscado la integración de la región, principalmente en el plano económico y político; para tal efecto, fue indispensable su estructuración en el plano normativo, esto a través de un tratado marco o fundacional, el cual quedó establecido en la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA)

* Ensayo presentado en diciembre del 2013, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Mariano Gálvez, Guatemala (pendiente de defensa de tesis). Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal por la citada casa de estudios superiores. Actualmente, es letrado de la Cámara Civil de la Corte Suprema de Justicia, Vocalía X. Es autor de varias investigaciones publicadas por el Organismo Judicial, la Corte de Constitucionalidad, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y la Universidad Rafael Landívar.

de 1951¹; derivado de este es viable encontrar una serie de cuerpos normativos (tratados), principalmente en materia económica (Tratado de Integración Regional Económica de 1960), aunque también se han suscrito otros instrumentos en diversas materias, los cuales forman parte de los distintos ordenamientos jurídicos de dichos Estados.

Posteriormente, la Carta fue reformada en 1962, para hacer más explícito el proceso de integración regional y crear órganos que facilitaran dicho objetivo, lo cual influyó en la emisión de una gran cantidad de tratados que versaban sobre aspectos de integración regional². Es a partir de dicho instrumento internacional hasta la suscripción de su protocolo, con posterioridad, que se emite la mayor cantidad de normativa regional.

Finalmente, en diciembre de 1991 se suscribió el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, que vino a renovar la estructura organizativa del proceso de la integración regional. En tal virtud, este constituye el tratado marco o fundacional, el cual genera una serie de derechos y obligaciones recíprocas entre los Estados signatarios pero, además, “[...] crea un conjunto geográfico al que dota de instituciones, poderes y competencias propias para la consecución de los objetivos que en el Tratado se prevén”³.

A partir de dicho tratado es viable la elaboración de un derecho comunitario que desarrolle a plenitud los objetivos perseguidos por aquél, en este sentido es posible afirmar la existencia de un derecho

1 Este instrumento constituye el primero que busca el establecimiento de una integración política, para dar paso a una Comunidad de Estados; pues si bien en Europa se había suscrito, aproximadamente, seis meses antes el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), este se limitaba a establecer un mercado común entre los Estados miembros, sobre dichos bienes. Es hasta con el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 1957, que en Europa se establece un tratado marco.

2 En el presente artículo se podrá observar que para referirse a las normas emanadas de los órganos establecidos dentro del proceso de integración regional, en algunas ocasiones se les identifica como tratados, y en otros apartados, se les denomina normas comunitarias o de derecho comunitario. La distinción se debe, al menos para el caso de Guatemala, que hasta la entrada en vigencia de la actual Constitución (artículo 171 literal l, numeral 2) que reconoce la existencia de un ordenamiento jurídico centroamericano, en los textos constitucionales previos no se hacía referencia a dicho aspecto, sino únicamente a los tratados, con lo cual no se le confería el reconocimiento de supranacionalidad.

3 Chamorro Mora, Rafael y Molina del Pozo, Carlos Francisco. *Derecho Comunitario Comparado: Unión Europea-Centroamérica*. Nicaragua, Imprimatur, 2003, p. 46.

que lo complementa, el cual es el relativo a “[...] todos aquellos Tratados, Convenios o Protocolos que los Estados miembros suscriben dentro del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), que crean Organismos e Instituciones comunitarias, a quienes dotan de personalidad jurídica, señalan atribuciones y dotan de competencia”⁴.

Finalmente, dentro de la estructura normativa comunitaria se encuentra el denominado derecho derivado, que encuentra su principal referencia en “el reglamento, que es de aplicación general, obligatorio y directamente aplicable. La directiva obliga en cuanto al resultado, debiendo los Estados adoptar una norma interna para su aplicación; la decisión sólo obliga a su destinatario. Por otra parte, las recomendaciones y opiniones, por carecer de fuerza obligatoria no son fuentes de derecho”⁵.

Se aprecia entonces, que el derecho comunitario centroamericano se encuentra organizado de una forma muy similar al europeo, de tal suerte que incluso los principios que lo integran son los equivalentes a los sustentados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en un principio), ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como lo son: aplicabilidad directa⁶, aplicabilidad inmediata⁷, primacía⁸, entre otros, que han sido reconocidos por la Corte Centroamericana de Justicia.

Luego de partir sobre los aspectos expuestos, se procederá a efectuar un análisis a la legislación interna, así como comunitaria, el cual se dirige hacia establecer cómo se encuentra ordenado el tema migratorio en Guatemala, para así lograr determinar cómo ha avanzado el proceso de integración sobre el mismo.

4 Giammattei Avilés, Jorge Antonio, *Temas de derecho constitucional centroamericano*. Editorial Corte Centroamericana de Justicia, Nicaragua, 2003. p. 82.

5 Herrarte, Alberto, *El Derecho de integración*. Guatemala, Tipografía Nacional, 1991, p. 264.

6 CCJ. Sentencias en los casos 12/1997, 9/1996, 13/1997, 10/1998, 26/2000, 25/2001 y 37/2000

7 *Idem*.

8 CCJ. Sentencias en los casos 13/1997, 10/1998, 26/2000 y 25/2001.

II. MARCO REGULATORIO INTERNO DEL TEMA MIGRATORIO

Para abordar el tema de la presente investigación, relativo a aspectos migratorios, conviene partir del análisis de la regulación constitucional aplicable, al ser este el punto de partida jurídico indispensable.

En el caso de Guatemala, contrario a lo que acontece en otros Estados⁹, la Constitución no regula expresamente lo relativo a este aspecto, en el sentido en que es potestad del Estado guatemalteco regular esta materia; no obstante lo anterior, el fundamento puede encontrarse en el artículo 142 de la Constitución, que establece: “El Estado ejerce plena soberanía, sobre: a) El territorio nacional”.

De la lectura de esa disposición constitucional se aprecia que si el Estado detenta su soberanía dentro de su territorio, esto conlleva que está legitimado para regular quiénes pueden ingresar al mismo, siempre que sean extranjeros, ya que esto no sería aplicable a los nacionales, pues estos al tenor del artículo 28 de la Constitución pueden ingresar libremente al territorio.

Al haber establecido la regulación constitucional, corresponde a continuación hacer referencia a la normativa ordinaria que desarrolla el tema migratorio, que en el caso guatemalteco se encuentra contenida en la Ley de Migración (Decreto 95-98 del Congreso de la República); sin pretender efectuar un análisis pormenorizado de la misma, se procederá únicamente a resaltar los aspectos más relevantes para el presente trabajo de investigación.

La máxima autoridad en materia migratoria es el Ministerio de Gobernación¹⁰, de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Migración; por su parte, el artículo 4 contempla cuáles son las funciones específicas de la Dirección General de Migración, entre estas se encuentran las contenidas en los numerales 1) y 3), que establecen: “1) Velar por el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley y

9 A modo de ejemplo, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se regula en el artículo 11; en la Constitución española esa facultad estatal se contempla en el artículo 149 1.2.

10 El artículo 36 de la Ley del Organismo Ejecutivo, en sus literales j) y k), determina: “[...] j) Formular y ejecutar, dentro del marco de la ley, la política que en materia migratoria debe seguirse en el país. k) Administrar el registro, control y documentación de los movimientos migratorios”.

de su reglamento, así como de las demás que se emitan en materia migratoria [...] 3) Garantizar que la entrada, permanencia y salida del territorio guatemalteco, de nacionales y extranjeros, se realice de acuerdo con lo preceptuado en la presente ley y su reglamento...”.

Se aprecia así, que la Dirección es el ente encargado de velar por los aspectos migratorios, principalmente lo relativo a la entrada y salida de extranjeros a territorio guatemalteco. El capítulo I del título VI de la ley relacionada contempla lo relativo a la visa, la cual no es más que la autorización de ingreso, permanencia y tránsito en el territorio nacional¹¹, aunque esto no implica que el solo hecho de su emisión conlleve la admisión del extranjero.

De la normativa relacionada se determina que todo lo relativo a temas migratorios corresponde al Estado de Guatemala, a través del órgano administrativo correspondiente, esto en ejercicio de su soberanía, por lo que *prima facie* únicamente a este compete dictar su política migratoria.

III. REGULACIÓN COMUNITARIA MIGRATORIA

Como ha sido expuesto en el apartado introductorio, la región centroamericana desde hace años se encuentra inmersa en un proceso de integración, que no ha logrado consolidarse, pero esto no es óbice a que determinadas materias se encuentren reguladas de mejor forma, entre las cuales se encuentra la migratoria, junto con la económica.

La regulación constitucional que viabiliza el proceso de integración regional y por ende, la existencia de un marco normativo de esa naturaleza, es el artículo 171 literal l) numeral 2), el cual contempla:

Corresponde también al Congreso: [...] l) Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional cuando: [...] 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 comunitario concentrado para realizar objetivos regionales y comunes en el ámbito centroamericano.

11 Congreso de la República de Guatemala, *Ley de Migración*, Decreto 95-98, Guatemala, 1998, art. 70.

El artículo transcrito es claro al facultar al Congreso de la República para aprobar tratados que transfieran competencias a otros organismos, pero la materia sobre la cual deben versar debe estar íntimamente relacionada con aspectos de integración regional, ya que este es el presupuesto contenido en la norma constitucional, pues en caso de versar sobre otro aspecto tendría que seguirse el procedimiento previsto para otro tipo de tratados y sería cuestionable el traslado de competencias.

Por no ser objeto del presente trabajo, no se analizará el alcance del concepto “transferencia de competencias”, ni cuáles pueden ser conferidas a otros órganos; únicamente se señala que al tenor de los últimos pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad sí es viable trasladar competencias contenidas en la Constitución¹², superando así el criterio previo que limitaba dicha transferencia a competencias establecidas en la ley¹³.

El tratado marco del proceso de integración regional lo constituye, en la actualidad, el Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos, el cual en su artículo 1 prevé la constitución del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), el cual se encuentra integrado por los órganos previstos en el artículo 12, entre ellos, la Reunión de Presidentes, que constituye el órgano supremo de ese sistema, que tiene dentro de sus funciones: “Armonizar las políticas exteriores de sus Estados”.

En razón de lo anterior, la aprobación de normativa comunitaria en un primer momento le compete a la Reunión de Presidentes, y luego de haberse creado los órganos competentes, estos pueden dictar las disposiciones para las que se encuentren facultados.

12 Sentencias emitidas dentro de los expedientes siguientes: Opinión Consultiva número 492-98 e Inconstitucionalidad en caso concreto número 1686-2011.

13 Cfr. Sagastume Leytán, Flor de María, “Integración regional y principio de reserva legal: análisis de la constitucionalidad de transferencia de competencias en materia arancelaria”, en Andrade Abularach, Larry y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional: homenaje guatemalteco a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, Guatemala, IIJ-URL/IIJ-UNAM, 2013. López Castillo, Antonio, *Constitución e integración*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

A. Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana para la Libre Movilidad de Extranjeros entre las Repúblicas de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua

El origen de este Convenio se deriva de la Cumbre Extraordinaria de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Países del Sistema de Integración Centroamericana (SICA), celebrada en Guatemala el 26 de febrero de 2004, en la cual se aprobó el Plan de Integración Migratoria Centroamericana, a efecto de facilitar el libre tránsito de personas.

Es así como con posterioridad dicho Convenio fue sujeto de ratificación para cada una de las partes. En el caso de Guatemala, se emitió el Decreto número 37-2007 del Congreso de la República, esto en virtud del contenido del artículo 171 literal 1) numeral 2) de la Constitución Política de la República de Guatemala, que establece la obligación por parte de dicho órgano de aprobar la transferencia de competencias, como acontece en el caso de mérito, ya que la soberanía que se detentaba en materia migratoria pasa a dejar de ser exclusiva de los Estados contratantes.

El Convenio posee una extensión corta, pero contiene aspectos que resultan novedosos, que únicamente pueden ser equiparables a los contenidos en el Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (Acuerdo de Schengen), claro que lo anterior guardando las distancias correspondientes.

El artículo I contiene las definiciones que integran dicho convenio, de las cuales se extrae la existencia de dos tipos de delegaciones migratorias, unas interiores y otras periféricas. En las primeras únicamente se ejerce un control para los territorios partes, mientras que las segundas contemplan lo relativo a la procedencia o destino hacia un tercer Estado.

Se entiende que tercer Estado es todo aquel que no sea parte del convenio relacionado; otro punto relevante es el concepto de extranjero, ya que este es definido como: "Toda persona que sea nacional de un tercer Estado". Este concepto varía sustancialmente de la tradición que se había adoptado en los países de la región, pues como quedó expuesto previamente en el caso de Guatemala, se consideraba extranjero a toda

persona que no fuera guatemalteco (con sus diversas modalidades), pero en la actualidad ya no es viable emplear ese concepto restringido. De igual forma, si los nacionales de los otros tres Estados parte (El Salvador, Honduras y Nicaragua) no son guatemaltecos, por ende, no nacionales, y a la vez tampoco son extranjeros, cabría preguntarse cuál es su situación. En este contexto debería entenderse la creación de una nacionalidad centroamericana, que conformaría así una tercera vía, lo cual al menos en el caso guatemalteco no sería tan extraño, debido a la propia regulación de la nacionalidad guatemalteca y de los otros nacionales de Centroamérica¹⁴.

Finalmente, también resulta llamativa la existencia de una visa única centroamericana, la cual faculta a cualquier extranjero a solicitar su ingreso y permanencia en los territorios de los Estados parte; con lo cual se logra obtener la libre movilidad, que es la posibilidad de ingresar a cualquiera de los territorios relacionados y poder moverse en los mismos.

El artículo IV estatuye una clasificación en categorías, a efecto de establecer quiénes requieren o no visa, así se determinan tres supuestos, la categoría A (exentos de visa); la categoría B (visa consular o sin consulta) y la categoría C (visa consultada). Para el efecto debe estarse al listado contenido en el Anexo I del Convenio, en que se contemplan 81 países en la categoría A; 72 en la categoría B y 41 en la categoría C.

El artículo VI establece, según cada categoría, la posibilidad de ingresar a determinados territorios, así la A puede hacerlo libremente en cualquier país parte, lo mismo acontece con aquellos nacionales de los países correspondientes a la categoría B; mientras tanto, los de la categoría C únicamente pueden ingresar y permanecer en el territorio del Estado que les otorgó la visa.

Cabe hacer mención que es viable la prohibición de ingreso o la suspensión de la permanencia, esto puede acontecer por razones de

14 El artículo 145 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula: "También se consideran guatemaltecos de origen, a los nacionales por nacimiento, de las repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica, si adquieren domicilio en Guatemala y manifestaren ante autoridad competente, su deseo de ser guatemaltecos. En este caso podrán conservar su nacionalidad de origen, sin perjuicio de lo que se establezca en tratados o convenios centroamericanos".

orden público, interés nacional del Estado de cada parte y la región; de igual forma, estarán imposibilitadas las personas quienes hayan sido expulsadas o repatriadas.

B. Acuerdo Regional de Procedimientos Migratorios CA-4 para la extensión de la visa única centroamericana, alcances del tratado marco y la movilidad de personas en la región (suscrito por los ministros o secretarios de Gobernación)

En las dos primeras secciones desarrolla lo relativo a las tres categorías contempladas en el Convenio, así como hace referencia a los diversos tipos de visas a los que se puede optar. Por su parte en la sección III, en su último párrafo, señala: “[...] La visa que se extienda a los extranjeros para ingresar a los territorios de los países miembros del CA-4, no constituye ni garantiza su ingreso a dichos territorios, cuya decisión final será potestad de las autoridades migratorias de cada Estado Parte”.

Este apartado contempla de manera más expresa lo relativo al ingreso a los territorios por parte de los extranjeros, al señalar que el simple otorgamiento de la visa única centroamericana no implica, de forma alguna, la obligación de permitir el ingreso a los territorios de los Estados parte, lo cual guarda relación con lo contenido en el Convenio, en el sentido de poder impedir el ingreso a extranjeros por los motivos que allí se detallaron; cabe hacer énfasis que el análisis caso por caso deberá efectuarlo el agente migratorio de cada Estado, por lo que queda a la discrecionalidad del mismo.

Es importante hacer mención que para el caso de los nacionales de los Estados parte de ese Convenio, se requiere únicamente presentar su carné de residencia, o bien, su documento de identidad, sin que sea necesario acompañar su pasaporte, pues este requisito es únicamente para los extranjeros. El período de permanencia para los extranjeros es de noventa días, los cuales pueden prorrogarse por un período igual, por una única vez; en el caso de quienes corresponden a la categoría A, el plazo de permanencia será el que establezca cada una de las legislaciones internas del país donde haya ingresado.

La sección VIII prevé las disposiciones especiales sobre visas, que básicamente consisten en una serie de tratamientos diferenciados que se le pueden otorgar a determinadas personas que pertenezcan

a una categoría, pero que por ciertos vínculos que pueden existir, deben recibir un trato correspondiente a otra categoría, esto acontece principalmente con aquellos que pertenecen a la categoría C, pero que pueden optar al tratamiento de la categoría B, aunque también es viable que se produzca de la categoría B a la A.

Algunas de las reglas son para categoría C a la B:

1. Hijos de padre o madre por nacimiento de un nacional de los países miembros del CA-4;
2. Pares o madres de hijos por nacimiento de cualquiera de los nacionales de los países integrantes del convenio;
3. Cónyuge de un nacional por nacimiento de alguno de los países miembros del Convenio CA-4;
4. Los extranjeros que sean residentes legales permanentes o temporales en un país clasificado en categoría "A" o categoría "B";
5. Los nacionales por nacimiento de los Estados parte que han adquirido la nacionalidad en cualquiera de los países nominados en la categoría "C".

En el caso de Guatemala, cabe analizar la regla contenida en el numeral 1 al que se ha hecho referencia, porque contraviene un precepto constitucional. En efecto, el artículo 144 de la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa:

Son guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero. Se exceptúan los hijos de funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados.

A ningún guatemalteco de origen, puede privársele de su nacionalidad.

Si se parte de la norma constitucional citada, se establece que se considera guatemaltecos a los hijos de padre o madre guatemaltecos, que hayan nacido en el extranjero, es decir, corresponde al criterio de nacionalidad *ius sanguinis*, aparte de regular también el otro criterio *ius soli*. Por consiguiente, si un hijo de padre o madre guatemalteca es nacional de un Estado con categoría C, únicamente se le puede

dar el trato de la categoría B, pese a que por mandato constitucional tendría que ser considerado como guatemalteco, por ende, debería tener todas las prerrogativas de la categoría A, pues caso contrario, se le estaría otorgando un trato desigual.

Se aprecia así, que devendría relevante efectuar un análisis de la normativa relacionada, a efecto que esta no contemplara situaciones que coloquen en una posición desfavorable a quienes son nacionales de los Estados parte.

IV. CONCLUSIONES

1. El Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana para la libre movilidad de extranjeros entre las Repúblicas de El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua estatuye una nacionalidad centroamericana para todos los nacionales de los Estados parte.
2. El Convenio analizado constituye un avance dentro del proceso de integración regional, al permitir la libre movilidad de los nacionales de los Estados centroamericanos, así como de los extranjeros; lo anterior permite cumplir con uno de los objetivos propios de este tipo de procesos.

V. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

CHAMORRO MORA, Rafael y Molina del Pozo, Carlos Francisco. *Derecho Comunitario Comparado: Unión Europea-Centroamérica*. Nicaragua, Imprimatur, 2003.

GIAMMATTEI AVILÉS, Jorge Antonio, *Temas de derecho constitucional centroamericano*. Editorial Corte Centroamericana de Justicia, Nicaragua, 2003.

HERRARTE, Alberto, *El Derecho de integración*. Guatemala, Tipografía Nacional, 1991.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio, *Constitución e integración*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

SAGASTUME LEYTÁN, Flor de María, "Integración regional y principio de reserva legal: análisis de la constitucionalidad de transferencia de competencias en materia arancelaria", en Andrade Abularach, Larry y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional: homenaje guatemalteco a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, Guatemala, IIJ-URL/IIJ-UNAM, 2013.

B. Normativas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, 1985.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Ley de Migración*, Decreto 95-98, Guatemala, 1998.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Ley del Organismo Ejecutivo*, Decreto 114-97. Guatemala, 1007.

GOBIERNOS DE LAS REPÚBLICAS DE EL SALVADOR, GUATEMALA, HONDURAS Y NICARAGUA, *Convenio de Creación de la Visa Única Centroamericana para la Libre Movilidad de Extranjeros entre las Repúblicas de El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua*, Tegucigalpa, 2005.

PRESIDENTES DE COSTA RICA, EL SALVADOR, GUATEMALA, HONDURAS, NICARAGUA Y PANAMÁ, *Protocolo de Tegucigalpa a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos*, Tegucigalpa, 1991.

SECRETARIOS O MINISTROS DE GOBERNACIÓN DE LOS PAÍSES MIEMBROS DEL CONVENIO CA-4, *Acuerdo Regional de Procedimientos Migratorios CA-4 para la extensión de la visa única centroamericana, alcances del tratado marco y la movilidad de personas en la región*. Tegucigalpa, 2005.

Análisis del Convenio de Nacionalidad entre Guatemala y España*

Mgtr. Gustavo Antonio Ordóñez Nájera**

Sumario: I. Introducción. II. Concepto de nacionalidad. III. Tipos de nacionalidad. IV. La nacionalidad en el ordenamiento jurídico de la República de Guatemala. V. El Convenio de doble nacionalidad entre Guatemala y España. VI. Análisis del Convenio de Nacionalidad Guatemala-España. VII. Ejemplo de un caso de solicitud de nacionalidad denegada. VIII. Registros de personas que hayan adquirido la nacionalidad española o guatemalteca a través de este convenio. IX. Conclusión. X. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

A principios de la década de los años noventa, yo cursaba la carrera de Derecho en la Universidad Rafael Landívar. Sin recordar por qué razón, conocí y leí el Convenio de Nacionalidad Guatemala-España. Me llamó la atención que parecía muy fácil adquirir la nacionalidad española para un guatemalteco (y viceversa), bastaba con fijar un domicilio en ese país, manifestar el deseo de adquirir la nacionalidad y hacer los registros según las leyes del país. Cuando recibimos el curso en el doctorado con la doctora Juana Goizueta

* Ensayo presentado en diciembre del 2013, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco; Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar, año 2010; Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad Rafael Landívar, año 1999. Del año 2004 al 2008 ocupó el cargo de secretario general del Ministerio Público; actualmente es abogado litigante en el área penal en despacho propio y asesor de la Secretaría General de la Presidencia de la República.

y nos requirió elegir un tema relacionado con temas migratorios, rápidamente identifiqué que me interesaba analizar este convenio.

Para mí fue muy interesante desarrollar este trabajo, ya que me di cuenta que en la época que yo leí este convenio, aún no se habían suscrito los dos protocolos de modificación que se le han hecho a este instrumento.

Además pude analizar a fondo el convenio, y darme cuenta de que no es lo que parece en un inicio, con el pasar del tiempo su intención original se fue modificando por distintas razones políticas, económicas, etc.

A continuación el análisis realizado al Convenio de Nacionalidad Guatemala-España.

II. CONCEPTO DE NACIONALIDAD

Se entiende de forma laxa y abierta que la nacionalidad es aquel lazo de pertenencia entre una persona y el Estado en que vive. Un concepto básico sobre nacionalidad sería: "Vínculo jurídico en virtud del cual una persona se convierte en miembro de la comunidad política de un Estado determinado, aceptando, en consecuencia, sus normas, tanto de Derecho Interno como de Derecho Internacional"¹.

La nacionalidad es también un derecho que tiene la persona a ser parte de un Estado. La nacionalidad como derecho: "fundamenta y regula la calidad de una persona en razón del vínculo de carácter político y jurídico que la integra a la población constitutiva de un Estado. El establecimiento de ese vínculo y su regulación se encuentran, en las constituciones de varios países y su aplicación suele efectuarse mediante los órganos administrativos de los gobiernos"².

Los conceptos anteriores se ven reforzados con la siguiente definición: "la nacionalidad es un vínculo específico que une a una persona determinada con un Estado particular, fija su permanencia a dicho Estado, le da derechos a reclamar protección del mismo y la somete a

1 Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Argentina, Heliasta, 1981, p. 478.

2 Pereznieta Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*. 5ª ed., México, Harla, 1991, p. 40.

obligaciones impuestas por sus leyes” y “vínculo jurídico en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que un Estado constituye, según el Derecho interno y el Derecho internacional”³.

III. TIPOS DE NACIONALIDAD

Puede hablarse entonces, que ese vínculo que se genera entre la persona y el Estado puede surgir de varias maneras. Y además esa persona puede tener vinculación con más de un Estado, según las circunstancias.

En tal virtud, se generan dos categorías bien diferenciadas: la nacionalidad originaria y la nacionalidad derivada.

A. La nacionalidad originaria

Es aquella que un Estado dará a la persona desde que inicia su vida física. La nacionalidad de origen tiene la siguiente subdivisión:

- 1) El *ius soli* o derecho de suelo, es la concerniente a la nacionalidad que una persona adquiere por nacer en el territorio de un Estado.
- 2) El *ius sanguinis* o derecho de sangre, es aquella que hereda la persona por el parentesco, sin importar el territorio en que nació.
- 3) El *ius optandi* o derecho de opción, se refiere a cuando una persona puede optar a una nacionalidad ya sea por haber nacido en el territorio o por el parentesco, al no coincidir éstas dos y tener la posibilidad de elegir; o cuando el individuo puede optar por una o más nacionalidades originarias.
- 4) El *ius domicili* o derecho en razón del domicilio, es: “aquella forma de hacer nacionales suyos, a aquellos que se encuentran domiciliados dentro de su territorio”.⁴ En este tipo de nacionalidad el Estado exige a la persona un periodo de tiempo comprobado de haber fijado su residencia y haber residido en su territorio.

3 Itzigshn de Fischman, María Eugenia, “Nacionalidad”, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, vol. XX:34.

4 “La Nacionalidad”: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/idunate_g_fa/capitulo1.pdf.

B. La nacionalidad derivada

Es la que la persona adopta al “naturalizarse” en otro Estado distinto al de origen. Según el jurista mexicano Carlos Arellano García es: “el hecho de adquirir una nacionalidad con posterioridad a la originaria y en substitución de ella”⁵.

Las leyes de Guatemala también regulan la naturalización, como se abordará más adelante.

C. La nacionalidad múltiple o multinacionalidad

Desde hace mucho tiempo se ha dado el fenómeno de la inmigración de ciudadanos de unos países a otros, muchas veces por motivos económicos, políticos, sociales o religiosos. En las últimas décadas estos fenómenos se han acrecentado con la globalización, ya que las fronteras se han ido haciendo más permisivas debido a los convenios y acuerdos entre Estados y también por la necesidad de los habitantes de países pobres en migrar y buscar una fuente de empleo en un país con más oportunidades en el llamado primer mundo. Es así, como estos desplazamientos de nacionales de un país a otro han ido generando que una persona pueda tener dos nacionalidades o más, como se da en muchos casos.

En el caso de la *doble nacionalidad*, se da cuando una persona posee la nacionalidad de dos Estados distintos; esta doble nacionalidad puede ser de hecho o de derecho.

La *doble nacionalidad de hecho* se da cuando una persona al nacer, reúne dos nacionalidades de Estados distintos, puede ser por el territorio en que nace, *ius soli* y por la del parentesco de sus padres, *ius sanguinis*. Algunos ordenamientos jurídicos son muy abiertos y permiten que se dé esta situación de hecho, mientras que otros regulan de forma más estricta esto, por ejemplo verificando cuál es la residencia habitual de los padres.

“La doble nacionalidad de hecho se ha considerado como un defecto de coordinación entre las legislaciones de los Estados. Es una situación imposible de evitar debido a que las razones que mueven

5 Arellano García, Carlos, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., México, Porrúa, 1998, p. 255.

a éstos a optar por uno u otro sistema de atribución, responden a intereses y necesidades diversas”⁶.

La doble nacionalidad de derecho es aquella que surge cuando dos Estados han acordado formalmente a través de un documento jurídico –un tratado– las situaciones o requisitos por las que una persona nacional de ese Estado puede optar a adoptar la nacionalidad del otro. Pero para efectos jurídicos y legales debe determinar la persona su nacionalidad de “preferencia”, que usualmente será donde esté domiciliada, donde haya fijado su domicilio, de lo contrario se prestaría a incidentes confusos de diversa índoles. Lo que nos lleva a concluir que una sola nacionalidad es la efectiva.

En el caso del presente trabajo, se analizará el Convenio entre Guatemala y España sobre la doble nacionalidad.

IV. LA NACIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

A. En la Constitución Política de la República de Guatemala

La Constitución de Guatemala, en su artículo 144 establece en cuanto a la nacionalidad que:

[S]on guatemaltecos de origen, los nacidos en el territorio de la República de Guatemala, naves y aeronaves guatemaltecas y los hijos de padre o madre guatemaltecos, nacidos en el extranjero. Se exceptúan los hijos de funcionarios diplomáticos y de quienes ejerzan cargos legalmente equiparados. A ningún guatemalteco de origen, puede privársele de su nacionalidad.

En la forma que lo preceptúa se puede colegir que la Constitución guatemalteca reconoce *la nacionalidad originaria* aplicando los criterios de *ius soli* –territorial– y *ius sanguini* –por el parentesco de los padres–. Y aunque no lo diga expresamente, la última línea del párrafo permite de forma implícita la doble nacionalidad o multinacionalidad al decir: “A ningún guatemalteco de origen puede privársele de su nacionalidad”.

6 Trigueros Gaisman, Laura, “La doble nacionalidad en el derecho mexicano”, Jurídica. *Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, México, 1996, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr34.pdf, p. 589.

En cuanto a la nacionalidad originaria la Constitución guatemalteca tiene un aspecto peculiar en el cual se favorece a los demás nacionales de países de Centroamérica, y quedó plasmado de la siguiente forma en el artículo 145:

Nacionalidad de centroamericanos. También se consideran guatemaltecos de origen, a los nacionales por nacimiento, de las repúblicas que constituyeron la Federación de Centroamérica, si adquieren domicilio en Guatemala y manifestaren ante autoridad competente, su deseo de ser guatemaltecos. En este caso podrán conservar su nacionalidad de origen, sin perjuicio de lo que se establezca en tratados o convenios centroamericanos.

Es un gesto deferente manifiesto hacia los demás nacionales de países centroamericanos, en el cual se dice de forma expresa la doble nacionalidad que estos ciudadanos pueden ostentar.

La Constitución de Guatemala también regula lo relativo a la *nacionalidad derivada* en su artículo 146, el cual dice: “Naturalización. Son guatemaltecos, quienes obtengan su naturalización, de conformidad con la ley. Los guatemaltecos naturalizados, tienen los mismos derechos que los de origen, salvo las limitaciones que establece esta Constitución”.

B. En el Código de Derecho Internacional Privado de Guatemala

En este Código hay un capítulo dedicado a la “Nacionalidad y Naturalización” (libro primero, título primero, capítulo I), de los artículos del 9 al 21 y aborda el tema de la nacionalidad de personas individuales o jurídicas; en el caso de las individuales, tanto la originaria como la derivada, vale la pena destacar dos artículos: el artículo 9, que señala:

Cada Estado contratante aplicará su propio derecho a la determinación de la nacionalidad de origen de toda persona individual o jurídica y de su adquisición, pérdida o reintegración posteriores, que se hayan realizado dentro o fuera de su territorio, cuando una de las nacionalidades sujetas a controversia sea la de dicho Estado. En los demás casos, regirán las disposiciones que establecen los artículos restantes de este Capítulo.

Es importante porque señala la soberanía de cada Estado para otorgar la nacionalidad de origen o denegarla si hubiera controversia al respecto.

Y el otro artículo es el 10, que estipula: “A las cuestiones sobre nacionalidad de origen en que no esté interesado el Estado en que se debaten, se aplicará la ley de aquella de las nacionalidades discutidas en que tenga su domicilio la persona de que se trate”. Se puede notar que, como ya se ha señalado antes, el criterio del domicilio es clave para aclarar una situación difusa o controvertida.

Como ya se dijo, se concluye que el ordenamiento jurídico guatemalteco permite la doble nacionalidad o multinacionalidad y el Estado de Guatemala ha hecho manifiesto esto al celebrar convenios al respecto con distintos Estados.

V. EL CONVENIO DE DOBLE NACIONALIDAD ENTRE GUATEMALA Y ESPAÑA

En 1961 la República de Guatemala y el Reino de España acordaron firmar un tratado bilateral sobre nacionalidad. Este convenio fue suscrito entre ambos Estados el 28 de julio de ese año. El Congreso de la República lo aprobó el 4 de octubre de 1961 a través del Decreto 1488. La República de Guatemala lo ratificó el 1 de febrero de 1962. Se publicó en el Diario Oficial el 25 de octubre de 1961. Este convenio entró en vigor en Guatemala el 1 de febrero de 1962.

A. El Decreto 1488

Siendo un convenio que se firmó hace más de 52 años, vale la pena resaltar algunas frases de los documentos originales. En primer lugar, el Decreto del Congreso que lo aprobó tiene el siguiente considerando:

Que la Constitución de la República establece la naturalización privilegiada en favor de los españoles y latinoamericanos por nacimiento que se domicilien en Guatemala (inciso 5º del artículo 8º), precepto que obedece al propósito de contribuir al estrechamiento de los vínculos que unen a Guatemala con la Madre Patria y con los países de este continente, con ellos identificados por razones históricas y sociológicas.

Actualmente, la Constitución guatemalteca ya no tiene ese artículo al que hacía referencia este Considerando. También llama la atención la redacción de la época.

En esa corriente también el siguiente Considerando:

Que los gobiernos de Guatemala y España han celebrado un Convenio de Nacionalidad, que se ajusta a lo establecido por la Constitución y las leyes de Guatemala, y tiende a robustecer los seculares vínculos espirituales y materiales que unen a Guatemala con España y a impulsar a la vez, corrientes migratorias favorables a los intereses culturales, económicos y de toda índole existentes entre ambas naciones.

Como apunte histórico, en aquella fecha el presidente de Guatemala era un militar: general Miguel Ydígoras Fuentes, y en España gobernaba el general Francisco Franco.

B. El Convenio de Nacionalidad Guatemala-España

El Convenio tiene un único considerando, el cual dice así:

Los profundos vínculos espirituales y materiales que existen entre Guatemala y España; Que los guatemaltecos y los españoles forman parte de una comunidad caracterizada por la identidad de tradiciones, cultura y lengua; Que la Constitución de la República de Guatemala y el Código Civil español concuerdan en facilitar la adquisición de la nacionalidad a los españoles en Guatemala y a los guatemaltecos en España, sin que pierdan la facultad de recuperar su anterior nacionalidad. Han decidido concluir un Convenio para identificar las nacionalidades guatemalteca y española estableciendo normas recíprocas que los expresados vínculos hacen natural y deseable.

Toda una declaración de intenciones, según los años que transcurrían en ese entonces, posteriormente se podrá apreciar que no es tan fácil adoptar la nacionalidad española para un guatemalteco, sobre todo en esta época moderna en que Europa ha resentido el aumento de la inmigración y ha adoptado políticas comunitarias para frenar tales flujos, no digamos, dar la nacionalidad de sus países a ciudadanos de otros continentes, como América Latina o África.

1. *El Convenio original*

Cuando se firmó en 1961 el Convenio de Nacionalidad Guatemala-España, tuvo 13 artículos y de su lectura se desprendía que podía ser muy fácil acceder a la doble nacionalidad ya que señalaba que solamente había que “establecer domicilio en España o en Guatemala, según el caso, declarar ante la autoridad competente su voluntad de

adquirir dicha nacionalidad y hacer la inscripción en los registros que determinen las leyes o disposiciones gubernativas del país de que se trate" (artículo 1º) y más adelante el artículo 3º especificaba: "A los efectos del presente Convenio, el domicilio se constituirá mediante inscripción en los registros a que se refiere el artículo 1º y podrá cambiarse sólo en el caso de traslado de la residencia habitual al otro estado contratante". Daba la impresión, al tenor de la letra del Convenio, que en aquel entonces era muy fácil realizar estos trámites y obtener la doble nacionalidad.

2. *El Primer Protocolo de Modificación al Convenio*

Pero 34 años más tarde, parece que la situación cambió y había que aclarar lo estipulado en el Convenio original, esto dio paso al Primer Protocolo de Modificación de fecha 10 de febrero de 1995, en que puntualmente se modificó el artículo 3º que quedó de la siguiente manera: "A los efectos del presente Convenio, se entiende adquirido el domicilio en aquel país en que se haya obtenido la residencia legal, permanente y continuada, de acuerdo a las condiciones y en la forma prevista por la legislación migratoria en vigor en cada uno de los Estados Contratantes". Es aquí donde radica *el quid* de poder optar a la nacionalidad: **SER RESIDENTE LEGAL** en el país en que se solicita la nacionalidad, y para tal fin hay que cumplir con lo que las leyes de migración españolas estipulan. Al pasar del tiempo, estas leyes españolas, en consonancia con los acuerdos comunitarios europeos, se han endurecido, hasta el día de hoy, razón por la que no es tan sencillo como se estableció en 1961, fijar el domicilio e inscribirse en los registros que las leyes determinen, como rezaba el Convenio original.

Está claro que los cambios en un mundo más globalizado, con el aumento de las migraciones de los países en vías de desarrollo a los países del primer mundo, obligó a que se adoptaran políticas migratorias más severas y consecuentemente cambios en las legislaciones de cada país que hicieran más difícil la inmigración ilegal y la permanencia en las naciones de la Unión Europea de personas que no llenaran los requisitos de ley. Los convenios que cada país europeo tuviera tampoco iban a quedarse ajenos a estos cambios; una muestra de esto es la modificación en el Convenio de Nacionalidad Guatemala-España. Si bien en la introducción del Primer Protocolo dice que: "Con el deseo de mejorar la aplicación y uniforme interpre-

tación del Convenio [...]” es que se acordó modificar el artículo 3º, la verdad es que subyace en todo esto un cambio de políticas a nivel mundial encaminado a que si bien se predicen doctrinas neoliberales y globalizadoras, a la vez se busca que las fronteras sean menos porosas para cierto tipo de inmigración.

3. *El Segundo Protocolo Adicional al Convenio*

Transcurridos más de cuatro años, después del Primer Protocolo de Modificación, el 19 de noviembre de 1999 se firmó el Segundo Protocolo que modificó aún más el Convenio original. A través de este instrumento se suprimieron cinco artículos completos de los trece originales, se suprimieron párrafos de los artículos 7º y 10º y se modificó el artículo 1º, quedando ocho artículos del Convenio primigenio. La modificación al artículo 1º era coherente con la modificación que se hizo en 1995 al artículo 3º, además que dejó mejor redactado el Convenio al suprimir la primera parte del artículo 7º e incluir lo que allí se decía en el 1º. El artículo 1º quedó así:

Los guatemaltecos y los españoles de origen podrán adquirir la nacionalidad guatemalteca y española, respectivamente, sin perder su nacionalidad de origen, por el solo hecho de establecer domicilio en España o en Guatemala, según sea el caso, de conformidad con la legislación interna de cada una de las Partes; declarar ante la autoridad competente su voluntad de adquirir dicha nacionalidad y hacer las inscripciones correspondientes en los registros que determinen las leyes o disposiciones gubernativas del país de que se trate. Cada Parte, dentro de su territorio únicamente reconocerá la propia nacionalidad, sin perjuicio de que se pueda aplicar a las personas que se acojan a los beneficios del presente Convenio la legislación de su nacionalidad de origen en lo que no sea incompatible con las leyes de la otra Parte. Asimismo, las personas a que se refiere el párrafo anterior podrán obtener y renovar sus pasaportes y documentos de identidad en alguna de las dos Partes o en ambas al mismo tiempo.

Analizando este artículo se pueden listar los siguientes cambios:

- a) Se cambió el término “por nacimiento” por “de origen”.
- b) Se agregó: “sin perder su nacionalidad de origen”.
- c) Se agregó: “de conformidad con la legislación interna de cada una de las Partes”. Este agregado es el que tiene más importancia

porque concuerda con la modificación al artículo 3º de 1995 ya que hace una remisión expresa a las leyes de cada país, y como en la modificación del 3º, necesariamente llevará a las leyes de migración de cada país. Quedó en consonancia entonces, el artículo 1º con el requisito de que la persona que pretenda adquirir la nacionalidad debe ser RESIDENTE LEGAL y cumplir los demás requerimientos que la legislación de cada país ordene.

- d) Se agregó: “Cada Parte, dentro de su territorio, únicamente reconocerá la propia nacionalidad [...]”. De manera enfática el Convenio valora la nacionalidad EFECTIVA, lo que los tratadistas y estudiosos del tema han mantenido, que si bien una persona, por diversas razones, puede tener más de una nacionalidad, para efectos de sus deberes y obligaciones, dentro del país que legalmente reside, solamente es válida una nacionalidad. Por esta razón, y para que el Convenio no sea repetitivo, se le suprimió la primera parte al artículo 7º, que decía: “Los nacionales de ambas partes contratantes, a que se hace referencia, no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas, en su condición de naturales de las mismas, sino sólo a la de aquella en que tengan su domicilio”. En la forma que quedó redactado el artículo 1º, hacía innecesaria la primera parte del artículo 7º.
- e) La última parte agregada al artículo 1º deja expresa la facilidad de ciertos trámites administrativos para aquellas personas que ostenten la doble nacionalidad.

Se suprimió el artículo 2º porque hacía referencia a que se entendía por nacional “por nacimiento”, y que incluía la nacionalidad basada en la filiación o *ius sanguinis*. Pero como el artículo 1º eliminó el término “por nacimiento” y dejó el término “de origen”, ya no tenía cabida este artículo, sobre todo porque este convenio está dedicado a que opten a la nacionalidad los que cumplan con los requisitos legales de residir en el país al que le requieren la nacionalidad, y no es el caso de los que puedan optar a la nacionalidad por un antepasado que la poseyera ya que este supuesto tiene su propio trámite según la legislación de cada país. De esta forma se evitó que esto diera lugar a confusiones de dos supuestos distintos.

Como quedó redactado el artículo 1º, también motivó la supresión de los artículos 4º, 5º y 6º, porque estos hacían referencia a la

recuperación de la nacionalidad originaria, pero al quedar de forma expresa que no se pierde la nacionalidad de origen, estos artículos devinieron innecesarios.

El artículo 9º daba el beneficio al cónyuge y a los hijos de quien hubiera adquirido la doble nacionalidad, de viajar sin visa al otro país y los eximía de “toda restricción de inmigración al territorio de los Estados contratantes”, beneficio que quedó eliminado al hacerse más rígido el Convenio.

Y finalmente el último párrafo del artículo 10º, fue suprimido, decía así: “[P]ero en ningún caso será aplicable a las personas que adquieran o hayan adquirido cualquiera de ambas nacionalidades por matrimonio, salvo en lo que se refiere a los beneficios migratorios”. Este artículo dice que se aplicará a los guatemaltecos o españoles que hayan adquirido la nacionalidad antes de la vigencia del Convenio, y suprimieron lo último del artículo porque al haber eliminado el beneficio del artículo 9º (privilegio en temas migratorios para cónyuge e hijos de quien adquirió la nacionalidad doble) no podía conservarse ese párrafo del texto original.

VI. ANÁLISIS DEL CONVENIO DE NACIONALIDAD GUATEMALA-ESPAÑA

Haciendo una lectura detenida del Convenio original y sus dos Protocolos de modificación deja un mensaje claro que este instrumento no ofrece una gran ventaja ni posibilita vías expeditas a las personas que quieran optar a adquirir la otra nacionalidad.

Puede que en su momento, en 1961, hace ya más de medio siglo, haya existido un espíritu de hacer posible un verdadero beneficio a los nacionales de ambos Estados: Guatemala y España. Pero también hay que hacer la observación de que en aquella época, España no era un lugar elegido por los ciudadanos guatemaltecos para emigrar. Se puede afirmar que a principios de la década de los años sesenta, ni siquiera Estados Unidos era para los guatemaltecos lo que es hoy: el lugar predilecto para buscar un mejor futuro a través de oportunidades de empleo, mucho menos un país que estaba del otro lado del Atlántico. Por mucho que existieran afinidades culturales, históricas, etc., no era un destino que los ciudadanos de esta

pequeña nación de América Central escogieran para trasladarse y construir una nueva vida.

En cambio, el Convenio en esa época sí pudo ser de más utilidad para españoles que vivían en Guatemala. Porque es un punto sin discusión que había más españoles viviendo en Guatemala que guatemaltecos en España. Por lo que de todos es sabido, la inmigración española al nuevo mundo siempre se dio, en distintas épocas, hacia distintos países, con distintos grados de intensidad, pero a un ritmo constante sobre todo en los siglos XIX y la primera mitad del siglo XX.

Puede que en su momento España haya visto muy conveniente la adopción de este convenio, como un instrumento internacional que protegía y garantizaba los derechos de sus nacionales en países latinoamericanos, en este caso Guatemala. Pero al pasar los años, y que España se volvió un país próspero y además una puerta de entrada natural a Europa por parte de los latinoamericanos, este tipo de convenios se volvió una puerta muy amplia donde podían ingresar muchos inmigrantes. Además que España haya pasado a formar parte de la Unión Europea, hizo que el Estado ibérico suscribiera tratados con sus pares europeos que le forzaban a establecer controles migratorios más rígidos.

Eso hizo que se firmaran los protocolos de modificación de los años 1995 y 1999 en los que se dejó bien claro que era necesario que la persona hubiera fijado su residencia LEGAL, permanente y continuada, conforme las leyes del país. En este caso un guatemalteco debía llenar los requisitos que el Gobierno español le solicitara para cumplir con las leyes migratorias. Obtener primero su Tarjeta de Residente Extranjero y posteriormente hacer el trámite para optar a la nacionalidad española.

Como se puede ver, no es fácil ahora adquirir la nacionalidad española, España pasa por una etapa difícil en su situación económica, con altos niveles de desempleo, y tener flujos altos de inmigración ilegal solo puede complicar más esta situación, o en su caso comprometer a España con las exigencias a las que está obligada con la Unión Europea.

VII. EJEMPLO DE UN CASO DE SOLICITUD DE NACIONALIDAD DENEGADA

En el Boletín Oficial del Estado (BOE), número 254, del 24 de octubre de 2005, se encuentra la resolución del 14 de septiembre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el recurso que se interpuso en contra del acuerdo dictado por el Juez encargado del Registro Civil Central, en expediente sobre adquisición de nacionalidad española de origen al amparo del Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala.

En este caso, un estudiante guatemalteco domiciliado en Madrid solicitó acogerse al Convenio de nacionalidad entre ambos Estados, pero su solicitud fue denegada debido a que lo que él poseía era una Tarjeta de residencia de estudiante y no un permiso de residencia ordinario. Porque él tenía un permiso para permanecer lo que duraran sus estudios pero eso no le daba la calidad de extranjero residente ya que él tenía la consideración de estudiante extranjero.

El estudiante guatemalteco recurrió esta resolución alegando que el Convenio firmado entre Guatemala y España no especificaba qué tipo de residencia debía ser, sino que solamente decía residencia legal.

La Dirección General razonó que según el Convenio debe ser una “residencia legal, permanente y continuada” y según la legislación de extranjería española el concepto de RESIDENCIA PERMANENTE es “la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles” mientras que la situación legal de un estudiante es de “estancia” y no residente permanente como estipula el Convenio.

Por lo antes considerado, la Dirección General de los Registros y del Notariado acordó desestimar el recurso y confirmó el acuerdo que dictó el Juez Encargado del Registro Civil Central.

VIII. REGISTROS DE PERSONAS QUE HAYAN ADQUIRIDO LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA O GUATEMALTECA A TRAVÉS DE ESTE CONVENIO

Me comuniqué con el señor Iñigo Febrel Benlloch, Segundo Jefe de la Embajada de España en Guatemala, él me remitió con la señora María del Carmen Coronado Reyes del Consulado español en Guatemala. La señora Coronado me informó que, según informaba su jefe, el señor Carlos Tercero Castro, si yo deseaba tener información sobre cuántas personas guatemaltecas habían adquirido la nacionalidad española por residencia a través del Convenio analizado en el presente trabajo, debía dirigirme al Registro Civil Central en Madrid, y si quería saber cuántos españoles se habían nacionalizado guatemaltecos según este convenio, debía consultar en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala.

Solo pude realizar la Consulta en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala; me informó el licenciado Pablo Poroj, encargado del Departamento de Registro que desde 1961 hasta la fecha, el número de españoles que había adquirido la nacionalidad guatemalteca a través de este convenio era de 1647. Me dieron el dato que el año pasado culminaron el trámite 68 personas, y en lo que va del presente, 37.

IX. CONCLUSIÓN

Después de haber realizado el análisis del Convenio Guatemala-España, me ha quedado una sensación clara que el mismo no brinda la facilidad para que un guatemalteco se nacionalice español.

Soy enfático en esta afirmación porque al analizar cómo se concibió el Convenio en un inicio y cómo fue modificado posteriormente, es evidente que se buscó que este instrumento no se prestara a ser utilizado para incentivar de forma manifiesta la inmigración de países latinoamericanos a España. Digo esto porque no solo Guatemala posee este tipo de convenio sino los demás países de América Latina así como Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal.

Hace más de medio siglo, en 1961, pudo existir una intención entre dos Estados, Guatemala y España, de facilitar el acceso a la nacionalidad del otro a sus ciudadanos. Pero tras el paso del tiempo y los

distintos cambios políticos, sociales y económicos que han sucedido, es lógico que España tomara medidas para que estos convenios no facilitaran la regularización de inmigrantes en su territorio.

En las últimas décadas España tuvo un repunte económico y para personas de muchos países en vías de desarrollo se volvió un destino para emigrar y buscar mejores oportunidades de trabajo. Se puede decir que no es el caso de Guatemala, ya que los guatemaltecos prefieren ir a Estados Unidos o Canadá, por la cercanía y la historia de inmigración con estos países. Pero sí hay otros países como República Dominicana, Colombia, Ecuador y Bolivia, por mencionar algunos, cuyo flujo de inmigrantes hacia España ha aumentado considerablemente en la última década.

Y estos fenómenos migratorios coinciden con dos aspectos puntuales: *a)* la suscripción de compromisos de España con la Unión Europea en materia migratoria y *b)* un deterioro en la situación económica española, siendo uno de sus principales índices exponenciales: el aumento en la tasa de desempleo.

Con estos factores socio-políticos para España, que son determinantes e inciden fuertemente en su economía, tenía que tomar medidas al respecto, y una de ellas es aplicar más precisión en sus controles migratorios evitando la inmigración ilegal. A través de distintos mecanismos jurídicos y administrativos los Estados pueden prevenir esa inmigración ilegal.

Para España uno de estos mecanismos era evitar que a través de estos convenios de nacionalidad, ciudadanos de ciertos países que contaban con esta ventaja, pudieran utilizarla para quedarse en España y regularizar su situación.

En el trabajo se cita el caso de un estudiante guatemalteco que trató de nacionalizarse cuando a él lo que se le había otorgado era un visado de estudiante que le facultaba estar legalmente en España mientras realizaba sus estudios. Y consultando Internet encontré otros casos similares publicados en el Boletín Oficial de Estado (BOE) español.

Mi opinión es que cada Estado tiene derecho a adoptar las políticas que benefician a sus ciudadanos, que redunden en una mejor forma de vida para éstos y para el desarrollo y mejora del país. Y una

de estas medidas requiere que se aclare lo acordado en un convenio con otro país. España tiene el derecho de protegerse y no dejar espacios difusos que puedan ser aprovechados de alguna forma.

Al dejar claro en el Convenio, que la persona debe haber fijado su residencia legal, permanente y continua en España (o viceversa) según las leyes migratorias españolas, se evita que se pretenda utilizar el Convenio para quedarse ilegalmente viviendo en el país en que se pretende adquirir la nacionalidad.

El Convenio de Nacionalidad Guatemala-España es un instrumento que ciudadanos guatemaltecos pueden utilizar para obtener la nacionalidad española pero para esto deberá cumplir con las leyes migratorias de España, comenzando por ser residente legal en el país. El mismo caso aplica a los españoles pero hay que ser claro que son más los casos en que guatemaltecos desean realizar este trámite que a la inversa.

X. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., México, Porrúa, 1998.

ITZIGSHN DE FISCHMAN, María Eugenia, "Nacionalidad", en *Enciclopedia jurídica Omeba*, vol. XX:34.

LARIOS OCHAITA, Carlos. *Derecho internacional privado*. 1ª reimposición de la 8ª ed., Guatemala, Maya Wuj, 2013.

OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Argentina, Heliasta, 1981.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho internacional privado*, 5ª ed., México, Harla, 1991.

TRIGUEROS GAISMAN, Laura, "La doble nacionalidad en el derecho mexicano", *Jurídica. Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 26, México, 1996, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/26/pr/pr34.pdf.

B. Normativas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA,
Constitución Política de la República de Guatemala, Guatemala,
1985.

JEFE DEL ESTADO ESPAÑOL Y PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA,
Convenio de Nacionalidad entre España y Guatemala, Guatemala,
1962 (y sus dos protocolos de modificación).

VI CONGRESO PANAMERICANO, *Código de Derecho Internacional Privado*,
La Habana, 1928.

El derecho a la protección de datos en Guatemala (su protección, reconocimiento, justiciabilidad y contenido)*

Mgtr. Mauro Salvador Chacón Lemus**

Sumario: I. Introducción. II. Concepción del derecho a la protección de datos como derecho fundamental. III. Reconocimiento del derecho a la protección de datos en Guatemala. IV. Justiciabilidad del derecho a la protección de datos en Guatemala. V. Contenido del derecho a la protección de datos en Guatemala. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, las “Tecnologías de la Información y la Comunicación” (TIC) han evolucionado considerablemente y han impactado en todos los ámbitos de la vida social. La evolución que han tenido los instrumentos electrónicos, la informática y las telecomunicaciones en los últimos tiempos ha expandido significativamente

* Ensayo presentado en diciembre del 2013, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Rafael Landívar. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Actualmente, es abogado asesor de magistratura (letrado) de la Corte de Constitucionalidad, así como abogado coordinador del Programa de Difusión de la Cultura Constitucional de la Corte de Constitucionalidad; también se desempeña como catedrático titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar. Es autor de varias investigaciones publicadas en diversos tomos del *Opus Magna* de la Corte de Constitucionalidad.

las relaciones interpersonales al proveer canales de comunicación más ágiles y eficientes, así como de mayor alcance geográfico. Estos progresos tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones y la informática han impactado en todos los ámbitos de la vida social. Ahora, muchas personas intercambian correspondencia en forma digital, empleando diversos medios electrónicos, tales como computadores de escritorio, ordenadores portátiles o dispositivos móviles; también, consultan los estados de sus cuentas monetarias por medio de sedes virtuales de las entidades bancarias; comparten información personal y profesional con el empleo de las redes sociales u otros canales de telecomunicación, consultan información y noticias “en línea” (por internet).

Ese impacto ha llegado a afectar la seguridad personal, la privacidad y la honra de las personas por la facilidad para conservar información y para comunicarla y es en esos casos en los que los datos personales requieren de una protección jurídica especial derivada del desarrollo progresivo de los derechos fundamentales inherentes a la persona, tales como la intimidad y el honor. Por ende, el incremento en el uso de las TIC entraña desafíos para la protección de información personal ante la creación de bases de datos con las que se ofrece su comercialización sin autorización de sus titulares. Por eso, reviste de gran importancia determinar cómo está determinado el derecho a la protección de datos en Guatemala para evitar el abuso que personas públicas o privadas puedan cometer con las bases de datos personales.

Para ello, se deben tomar en cuenta los presupuestos establecidos en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos que establece que “Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”. También se parte de los supuestos derivados de la experiencia en la regulación del derecho a la protección de datos en la Unión Europea, reconocido como derecho fundamental, según el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, así como los conocimientos apprehendidos en el curso de “Retos del Constitucionalismo en el Siglo XXI” de la profesora Ana Rosa González Murua.

Para el caso guatemalteco, se parte de la clásica concepción de los derechos fundamentales que brota con los ideales de las revoluciones liberales del siglo XVIII, cuando surgen las primeras declaraciones de derechos que configuraron el moderno Estado, del cual proceden. Esta concepción los configura como derechos inalienables¹ de la persona humana positivizados en un texto constitucional, es decir, reconocidos por el poder constituyente y que limitan el poder estatal, pues se basa en el respeto a las libertades individuales. La Constitución guatemalteca no limita su catálogo de derechos fundamentales a los reconocidos formalmente en su texto, sino que incluye los inherentes a la persona humana y los reconocidos por el Estado en tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Fuera de las pretensiones sancionatorias o resarcitorias, los mecanismos que las personas han encontrado para hacer valer el derecho a la protección de los datos personales frente a particulares en Guatemala, son las garantías constitucionales creadas para la protección de los derechos fundamentales, principalmente el amparo, además del control de constitucionalidad de leyes en abstracto, por medio de las cuales se ha alcanzado doctrina legal para su protección.

II. CONCEPCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Para Dieter Grimm, los derechos fundamentales constituyen una forma histórica de protección jurídica de la libertad y como tales se sitúan en una larga tradición; sin embargo, también constituyen una forma específica de protección jurídica de la libertad. Explica Grimm que los derechos naturales del hombre se transformaron asimismo en derecho positivo mediante la promulgación de las declaraciones de derechos. Por ello, concluye que los derechos fundamentales no sólo son difícilmente modificables, sino incluso refractarios a la modificación y, en tanto que tales, son derechos jerárquicamente preeminentes².

1 Así concibieron a tales derechos los miembros de la Asamblea Nacional del 26 de agosto de 1979, al considerar en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como: "*los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*".

2 Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón (traductores), España, Trotta, 2006, pp. 77-80.

Luis Pietro Sanchís señala que los derechos fundamentales se invocan con una alta carga emotiva para referirse prácticamente a cualquier exigencia moral que se considere importante para una persona, para una colectividad o para todo un pueblo, y cuyo respeto o satisfacción se postula como una obligación de otras personas, en particular de las instituciones políticas. Ellos encarnan exigencias morales importantes, pero exigencias que pretenden ser reconocidas como hechos punibles frente al poder público. Los derechos, como el resto del ordenamiento jurídico, son obra del poder político y, sin embargo, consisten precisamente en limitar ese poder³.

En el plano teórico-jurídico, Ferrajoli indica que la definición más fecunda de los “derechos fundamentales” es aquella que los identifica como derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, en cuantos ciudadanos o personas con capacidad de obrar, son por tanto indisponibles e inalienables. Agrega que la definición que ofrece el derecho positivo, es decir la dogmática constitucional o internacional respecto de los derechos fundamentales, es que son los derechos universales indisponibles establecidos por el derecho positivo. Considera que deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía sea condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también –en un mundo en que sobrevivir es siempre menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial– los derechos sociales para la supervivencia. Explica que todos los derechos fundamentales son leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar, el derecho a la vida contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar, los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar, los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente⁴.

Robert Alexy define acertadamente los derechos fundamentales como “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no pueden quedar en manos de la simple mayoría

3 Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Palestra, 2007, pp. 27-29.

4 Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, Carbonell, Miguel (coord.); *Teoría del neoconstitucionalismo*; España, Trotta, 2007, pp. 73-75.

parlamentaria”⁵. La consagración constitucional de los derechos fundamentales se orienta a dotarlos de un alto grado de importancia y protección, no es posible su modificación por medio de simples leyes, de lo contrario, no serían realmente derechos fundamentales sino meros derechos legales. En su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy explica que toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental, presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental⁶.

Los derechos fundamentales adquieren su auténtica naturaleza de derechos públicos subjetivos mediante su positivización en una Constitución con fuerza normativa. Sólo así consiguen los derechos fundamentales las características que definen a una comunidad de Derecho: vincular a todos los poderes públicos y, por tanto, son indisponibles para el legislador, el cual deberá respetar su contenido esencial y tener eficacia directa, ser exigibles ante los tribunales, lo cual implica una relación objetivo-institucional sustentada en el orden social y político.

Es así como se denominan “fundamentales” los derechos constitucionales de los particulares ante el Estado. Son formalmente constitucionales (positivos) aquellos derechos consagrados por una Constitución escrita. Son materialmente constitucionales (naturales) aquellos derechos que no han sido establecidos en un documento constitucional, pero que se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y que, por ese mismo motivo, inciden sobre la organización de los poderes públicos. Además, el reconocimiento de la supremacía de la dignidad humana, como pilar del neoconstitucionalismo –además del complejo desarrollo de las relaciones sociales dentro de cada Estado– han llevado a comprender a los derechos fundamentales como elementos esenciales del ordenamiento jurídico de cualquiera que en rigor quiera denominarse un Estado Constitucional de Derecho.

La nueva concepción de los derechos fundamentales les concede fuerza vinculante, la cual emana directamente de la propia Constitu-

5 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés (trad.), España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 432.

6 *Ibidem*, pp. 83-87.

ción, a partir del reconocimiento de la dignidad humana, y esta es la piedra angular del edificio de los derechos fundamentales.

En síntesis, el término “fundamental” no significa solamente importancia. La expresión “derechos fundamentales” encierra dos significados: a) por un lado, se dicen *fundamentales* aquellos derechos que *dan fundamento* al sistema jurídico; b) por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que no requieren el fundamento del sistema jurídico.

A manera de conclusión, los derechos fundamentales son aquellos que crean un ámbito de desarrollo y dignificación al titular del derecho reconocido por el Estado en la Constitución, frente de las interferencias o intromisiones de los poderes públicos y eventualmente de los grupos sociales o bien de otros individuos.

En cuanto al derecho a la protección de datos, puede decirse inicialmente que está comprendido por un derecho subjetivo fundamental, entendido como aquel interés jurídicamente amparado en una norma, el cual es atribuido por dicha norma jurídica a una persona y tiene como propósito la satisfacción de sus necesidades y exigencias de respeto a la intimidad personal y a la integridad física, por lo que su falta de reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente en la esfera de derechos fundamentales de la persona titular del derecho y, por ende, a la dignidad de la persona.

De ello, se desprende que este derecho a la protección de datos posee una estructura básica, igual a la de los demás derechos fundamentales: un titular, un obligado y un objeto del derecho, compuesto por varias razones correlativas. Las razones deben distinguirse de los sentimientos, intereses o necesidades. Es decir, mediante razones válidas, los sentimientos, intereses o necesidades son elevados a la categoría de posiciones normativas, pues los enunciados de estos se logran garantizar por medio de normas jurídicas.

Por ello, puede concluirse que el derecho a la protección de datos, por constituir un derecho fundamental que deriva de la dignidad de la persona humana, posee características como la *universalidad* (porque pertenecen a todos los seres humanos), la *exigibilidad* (porque son derechos públicos subjetivos), la *inalienabilidad* (no pueden ser transferidos a otras personas), la *imprescriptibilidad* (no se adquieren ni

se pierden por el simple transcurso del tiempo), la *indisponibilidad* (el legislador no puede regular respecto de estos a su libre disposición, arbitrariamente), la *irreversibilidad* (no puede desconocerse un derecho ya reconocido por el Estado), la *progresividad* (siempre se debe aplicar la disposición más favorable), la *indivisibilidad* y la *interdependencia* (cada derecho fundamental trae consigo otros derechos humanos y depende de ellos, la violación de un derecho afecta al ejercicio de otro).

III. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN GUATEMALA

El proceso constituyente de 1985 –que dio lugar a la formulación de una nueva Constitución para Guatemala– concluyó el 31 de mayo de 1985, fecha en la que se promulga la nueva Constitución, que entró en vigencia el 14 de enero de 1986. Esta Constitución agrupa los derechos fundamentales en su título II, en el capítulo I, bajo el acápite de *Derechos individuales*, en el capítulo II, denominado *Derechos sociales*, y en el capítulo III, con el título de *Deberes y derechos cívicos y políticos*.

Al analizar el contenido de la parte dogmática de la Constitución guatemalteca, puede advertirse que los derechos fundamentales constituyen –como se explicó– aquellos que crean un ámbito de desarrollo y dignificación al titular del derecho reconocido por el Estado en la Constitución, frente a las interferencias o intromisiones de los poderes públicos y eventualmente de los grupos sociales o bien de otros individuos, conformados por todos los derechos inherentes a la persona humana, tanto los que expresamente figuran en su Constitución como los no enunciados en ella, e incluye aquellos reconocidos en convenios y tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala; pues, la Constitución Política de la República de Guatemala, en su artículo 44⁷, reconoce que los derechos y garantías que ella confiere no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en su texto, son inherentes a la persona humana; y, en su artículo 46⁸, establece que en materia de derechos humanos prevalecen sobre el

7 Artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”.

8 Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “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”.

derecho interno los convenios y tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala.

Al respecto del reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución guatemalteca, la Corte de Constitucionalidad ha considerado:

Las doctrinas modernas que preconizan la vigencia y respeto debido a los derechos humanos, sostienen un criterio vanguardista respecto de que el catálogo de derechos humanos reconocidos en un texto constitucional no puede quedar agotado en este, ante el dinamismo propio de estos derechos, que propugna por su resguardo, dada la inherencia que le es ínsita respecto de la persona humana.⁹

Tal reconocimiento fue plasmado en un derecho inherente en concreto –a la intimidad y el honor–:

[L]a intimidad y el honor de la persona constituyen conceptos inherentes al reconocimiento de la dignidad del ser humano; de esa cuenta, su incorporación al catálogo de derechos resulta innegable, deduciéndose con ello no sólo la facultad del individuo de exigir su respeto, sino la obligación que pesa sobre el Estado de procurar su observancia, la que se torna imprescindible para asegurar, entre otras cosas, el desarrollo integral de la persona [...] conforme lo indicado en el artículo 44 del texto constitucional, los derechos a la intimidad y al honor de la persona humana, por el solo hecho de ser inherentes a ésta, se ‘ubican dentro de la esfera de protección que el Estado se ve obligado a proveer’, lo que también cabe deducir de su inclusión en tratados internacionales ratificados por Guatemala, en armonía con lo dispuesto por el artículo 46 de la ley suprema.¹⁰

En la Constitución de Guatemala, a pesar de no reconocer expresamente el derecho a la protección de datos, puede advertirse una incipiente voluntad del constituyente para efectuarlo en el contenido del artículo 24: “Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna”, con lo cual se está reconociendo un derecho de las personas a reservarse información y a que se respete esa reserva aun estando en soportes que se encuentren en manos de terceras personas, y el 25, que establece la obligación de guardar el

9 Sentencia de 11-10-2006, expediente 1356-2006.

10 Sentencia de 27-09-2007, expediente 1201-2006.

respeto a la dignidad, intimidad y decoro ante registros personales. Más adelante, en el artículo 31, la Constitución reconoce el derecho de toda persona de conocer “lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización”, con lo cual está desarrollando parte del contenido del derecho a la protección de datos: los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición). Por último, puede interpretarse que en el artículo 30¹¹ de la Constitución Política de la República se encuentra prevista la protección de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Lo reconocido en esos dos últimos artículos citados fue desarrollado en la Ley de Acceso a la Información Pública, aprobada en el 2008, en cuyo segundo párrafo del artículo primero, establece como uno de los objetos de esa ley el derecho que en este trabajo se analiza, a saber: “Garantizar a toda persona individual el derecho a conocer y proteger los datos personales de lo que de ella conste en archivos estatales, así como de las actualizaciones de los mismos”; no obstante, la protección está circunscrita a los datos personales que consten en archivos públicos, excluyendo los archivos privados.

Como se expuso, además de las normas formalmente constitucionales, deben tomarse en cuenta las normas materialmente constitucionales, sobre todo, aquellas establecidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos, reconocidos por Guatemala, que se insertan por vía del artículo 46 del texto fundamental. Así el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”, en la misma forma lo estableció el art.17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹². Dicha norma, por surgir a mediados

11 Artículo 30 de la Constitución. Publicidad de los actos administrativos: “Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares o diplomáticos de seguridad nacional, o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia”.

12 Ratificado por Guatemala el once de mayo de 1992.

del siglo pasado, en su redacción literal no se observa una aplicación directa a la protección de datos, pero sí se refiere a la protección de la intimidad y del honor que son los valores que aquel nuevo derecho busca proteger. Lo mismo puede observarse en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³, en que reconoce el derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar.

De momento, no existe una ley que desarrolle la regulación pertinente para la protección del derecho a la protección de datos de Guatemala; sin embargo, ya fue presentado un proyecto de ley por algunos diputados ponentes, el cual fue conocido por el Pleno del Congreso de la República el 20 de agosto de 2009 y su trámite fue el de trasladarlo a la Comisión de Economía y Comercio Exterior para su estudio y dictamen correspondiente, en donde se encuentra actualmente.

En ese proyecto de ley, se establece como objetivo de la regulación garantizar a cualquier persona su derecho a la autodeterminación informativa (empleando la denominación alemana) en relación con su vida o actividad privada y demás derechos con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes. Indica que sería de aplicación a los datos sensibles que figuren en archivos automatizados o manuales de organismos públicos y privados y a toda modalidad de uso posterior, de datos de carácter personal. Posee un capítulo de “principios básicos”, en que establece “reglas técnicas” para asegurar el tratamiento debido de datos personales. Prevé la creación de la Dirección para la Protección de Datos Personales que estaría adscrita a la Procuraduría de los Derechos Humanos –denominada el *ombudsman*– que es una institución unipersonal, no se divide en dirección, además el Procurador es un delegado del Congreso de la República, con lo que carecería de autonomía, según lo que la experiencia del Derecho comparado sugiere.

El proyecto extiende el ámbito de protección tanto para la persona física como para la jurídica, con lo que está protegiendo otros derechos fundamentales, distintos al de la intimidad y el honor: como la libre apropiación, la libertad de asociación, la libertad de comercio e industria, pues las personas jurídicas no poseen honra ni privaci-

13 Ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978.

dad (posiblemente esa protección deriva del contenido del segundo párrafo del artículo 24 constitucional¹⁴). Lo cierto es que actualmente la tendencia de la regulación atinente a las personas jurídicas está encaminada a exigir la transparencia de sus actividades, como por ejemplo, la exigencia de eliminar el velo societario¹⁵.

No obstante lo anteriormente expuesto, el verdadero reconocimiento al derecho a la protección de datos en Guatemala se ha dado por medio del ejercicio de la justicia constitucional, específicamente por medio de la interposición de amparos y su efectiva resolución, como se verá a continuación en el análisis de su justiciabilidad.

IV. JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN GUATEMALA

Según lo analizado anteriormente, la estructura de los derechos fundamentales, con efectos normativos plenos y directos, debe entenderse que estos son exigibles a las instituciones estatales, incluso en sede judicial; por ende, son derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno.

La participación activa de los ciudadanos en lo particular y de la sociedad en su conjunto por medio de procesos jurisdiccionales conforma la llamada “justiciabilidad”, la cual implica defensa de derechos violados ante tribunales. La exigibilidad es un proceso social, político y legal. La plena exigibilidad requiere de la existencia de mecanismos procedimentales para su justiciabilidad.

La justiciabilidad se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales, implica que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales y que la decisión

14 Segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución: “Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago de impuestos, tasas, arbitrios y contribuciones, podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la ley. Es punible revelar el monto de los impuestos pagados, utilidades, pérdidas, costos y cualquier otro dato referente a las contabilidades revisadas a personas individuales o jurídicas, con excepción de los balances generales, cuya publicación ordene la ley”.

15 El artículo 74 de la Ley de Extinción de Dominio establece la obligatoriedad para todas las sociedades accionadas de convertir sus acciones de “al portador” a “nominativas”.

judicial determine el ámbito de pertinencia y de exigibilidad, atendiendo a un grado mínimo de aplicabilidad inmediata de un derecho.

El reconocimiento de la exigibilidad de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos, debe alcanzarse incluso por medio de una adecuada justiciabilidad, entendida esta como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunos de los deberes que se derivan del derecho en cuestión. Haber establecido la concepción y el reconocimiento del derecho a la protección de datos demuestra que este puede concretizarse jurídicamente, a tal punto que es posible someterlos a procedimientos judiciales.

Para tales efectos, resulta importante resaltar el papel que juegan las garantías constitucionales para la protección del derecho a la protección de datos en Guatemala, pese a su falta de formalización, según se analizó.

El artículo 265 de la Constitución Política de la República de Guatemala (reiterado en el artículo 8 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad) establece:

Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Al respecto, desde sus inicios, la Corte de Constitucionalidad ha sostenido:

El Amparo es un instrumento que la Constitución Política de la República pone en manos de los habitantes para que reclamen la transgresión de un derecho constitucional, ya sea ante el caso de una amenaza de violación de sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación se hubiere consumado¹⁶.

De esa cuenta, se advierte que el amparo tiene dos finalidades esenciales: una protectora y otra restauradora, no existiendo ámbito que no sea susceptible de amparo, el cual procede contra aquellos actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad que lleven

16 Sentencia del 9 de diciembre de 1986, dictada en el expediente 93-86.

implícita una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan. Por ello es que el amparo reviste vital importancia para la judicialización del derecho para la protección de datos, pues no hay ámbito que no sea susceptible de amparo y procede en protección de los derechos fundamentales, aunque no estén expresamente previstos en la Constitución.

Por su parte, para el ejercicio del control de constitucionalidad concentrado, el artículo 267 de la Constitución guatemalteca establece la posibilidad de promover acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, las cuales deben plantearse directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad. Su finalidad será la de expulsar, por nulidad, del ordenamiento jurídico la norma que resulte ser inconstitucional.

Tanto el amparo, como garantía constitucional personalísima, como la inconstitucionalidad general, como control de constitucionalidad en abstracto, han servido para conocer de acciones dirigidas a la protección de los datos personales.

El primer caso en el que se denunció judicialmente en Guatemala el uso desautorizado de información violatorio de derechos fundamentales, fue en julio de 2005. Un ciudadano guatemalteco acudió ante la Corte de Constitucionalidad a requerir amparo, en forma oral¹⁷, contra la empresa particular INFORNET, la cual se dedica a ofrecer información sobre personas, tanto por vía telefónica como por Internet, sin su autorización. El solicitante alegaba que dicha empresa perjudicaba su economía familiar porque la información que poseía de él estaba desactualizada y le impedía conseguir un trabajo honorable que le permitiera subsistir a su núcleo familiar, además de vedarle su derecho a la intimidad, pues si bien tuvo una situación jurídica

17 Artículo 26 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad: "La persona notoriamente pobre o ignorante, el menor y el incapacitado, que no pudieren actuar con auxilio profesional, podrán comparecer ante los tribunales en solicitud verbal de amparo, en cuyo caso se procederá a levantar acta acerca de los agravios denunciados, de la que de inmediato se remitirá copia al Procurador de los Derechos Humanos para que aconseje o, en su caso, patrocine al interesado. La negativa infundada a levantar el acta y remitir la copia a donde corresponda, otorga al reclamante la facultad de ocurrir verbalmente ante la Corte de Constitucionalidad, la que resolverá de inmediato lo pertinente".

que resolver en su momento, el Ministerio Público y el juzgado que conocieron, archivaron el expediente en forma favorable hacia él, e incluso, actualmente, tanto sus antecedentes penales como policíacos, demuestran su honorabilidad y decencia.

Con el auxilio del Procurador de los Derechos Humanos, que al conocer de la situación planteada advirtió posible afectación a los derechos humanos de intimidad, a la vida privada, al honor, al control de los datos personales y a la dignidad humana, en octubre de 2005 se formalizó la interposición del amparo y fue conocido por el Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala, constituido en Tribunal de Amparo, que al resolver, en marzo de 2006, declaró con lugar la protección constitucional requerida y le ordenó a INFORNET suspender la difusión de información a través de medios electrónicos del solicitante.

Inconforme, la empresa denunciada apeló ante la Corte de Constitucionalidad, la que dictó sentencia el 11 de octubre de 2006, en el expediente 1356-2006, confirmando lo ordenado por el tribunal de primer grado. Algo interesante de ese caso es que los tribunales de primer y segundo grado del amparo obviaron determinar la legitimación pasiva de la entidad de derecho privado contra la que se promovió la garantía constitucional, pues formalmente la Corte de Constitucionalidad únicamente le ha reconocido legitimación pasiva¹⁸ a aquellos entes de derecho privado que ejerzan un acto de autoridad sobre el solicitante de amparo y que ese acto reúna las características de unilateralidad, coercibilidad e imperatividad¹⁹, aunque puede de-

18 Artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. SUJETOS PASIVOS DEL AMPARO: "Podrá solicitarse amparo contra el Poder Público, incluyendo entidades descentralizadas o autónomas, las sostenidas con fondos del Estado creadas por ley o concesión o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante. Asimismo, podrá solicitarse contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes. El amparo procederá contra las entidades a que se refiere este artículo cuando ocurrieren las situaciones previstas en el artículo siguiente o se trate de prevenir o evitar que se causen daños patrimoniales, profesionales o de cualquier naturaleza".

19 **a) Unilateralidad:** implica la existencia y eficacia del acto, no requieren el concurso del particular frente al cual se ejercita; **b) imperatividad:** en tanto se supedita la voluntad del particular, al que éste queda sometido; y **c) coercitividad:** porque puede constreñir a forzar al gobernado para hacerse respetar, es decir, es esencialmente ejecutable.

ducirse del contenido del segundo párrafo del artículo 9 de la ley de la materia, respecto de tratar de prevenir o evitar un daño patrimonial, profesional y a la honra, como sucedía en ese caso.

Para resolver un caso similar, ese alto tribunal reiteró íntegramente lo expresado en ese fallo en la sentencia que dictó el 21 de junio de 2011, en el expediente 863-2011. Otros casos han sido atendidos con la mera sanción moral del Procurador de los Derechos Humanos o las sentencias de tribunales de primera instancia, sin que se requiriera pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad.

La *ratio decidendi* de ese primer fallo fue suficiente para declarar la inconstitucionalidad del artículo 15, inciso d), de la Ley del Registro Nacional de las Personas, por medio de la sentencia de 27 de septiembre de 2007, dictada en el expediente 1201-2006, de inconstitucionalidad general. Dicha norma establecía como una de las atribuciones del Directorio del Registro Nacional de las Personas, la siguiente: “Autorizar la prestación de servicios por parte del RENAP al sector público y privado, que permitan acceder a información relativa al estado civil, capacidad civil y demás datos y elementos de identificación de las personas naturales, de conformidad con los niveles de acceso que se establecen en esta Ley y su reglamento”.

Esos casos demuestran la efectiva justiciabilidad que posee el derecho a la protección de datos en Guatemala; además, sirvieron para establecer un contenido mínimo de ese derecho, aunque sea por vía jurisprudencial, pero que ha servido perfectamente para su reconocimiento y protección.

V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS EN GUATEMALA

Como se analizó, el único contenido del derecho a la protección de datos en Guatemala (en cuanto a este específicamente) debe extraerse de las sentencias que la Corte de Constitucionalidad, como máximo intérprete de las normas de derechos fundamentales, ha emitido al respecto del derecho en cuestión. Para el efecto, se extraerán algunas de las reglas jurisprudenciales ahí establecidas.

De la sentencia del 11 de octubre de 2006, dictada en el expediente de apelación de amparo 1356-2006, se pueden extraer,

en forma resumida, los siguientes argumentos que determinan el reconocimiento del derecho a la protección de datos, su contenido y pautas para su tutela:

- Los derechos fundamentales no sólo garantizan derechos subjetivos de las personas, sino que, además, principios básicos de un orden social establecido, que influyen de manera decisiva sobre el ordenamiento jurídico y político de un Estado.
- Los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas.
- Existen otros derechos que también pueden ser objeto de protección, atendiendo a su carácter de inherentes a la persona humana, aun cuando no figuren expresamente en este último texto normativo.
- Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa.
- Los derechos a la intimidad y al honor requieren de una protección jurídica especial que posibilite una protección social del "yo" de cada persona en el ámbito jurídico de los demás.
- Su objeto es impedir que pueda darse a conocer a terceros diversas situaciones calificadas por el conglomerado social como deshonrosas, atentatorias de la honra personal, la propia estimación y el buen nombre o reputación de una persona y que afecten a ella en su propia individualidad.
- El derecho a la intimidad propugna por un mínimo respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que es aquel que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo aquellas en las que sea el propio particular quien autorice su divulgación.

- La intromisión a este derecho a la intimidad puede alcanzar niveles insospechados con el avance de la tecnología actual y la transmisión de información por medios de comunicación masiva.
- El goce del derecho a la autodeterminación informativa del individuo posibilita un derecho de control sobre todos aquellos datos referidos a su persona y garantiza tutela ante un uso indebido (es decir, sin su autorización) y con fines de lucro, por parte de un tercero, de todos aquellos datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, con los cuales se integra una información identificable de una persona; información que cuando es transmitida a terceras personas sin los pertinentes controles que permiten determinar su veracidad o actualización, puedan causar afectación del entorno personal, social o profesional de esa persona, causando con ello agravio de sus derechos a la intimidad y al honor.
- En la definición de “*dato personal*”, debe considerarse como tales todos aquellos que permitan identificar a una persona, y que posibiliten de esta la determinación de una identidad que a ella pueda reputarse como propia.
- La protección de la persona respecto de sus datos personales que son objeto de automatización, debe ser consecuencia de la observancia de una obligación general de protección de derechos humanos que resultan particularmente vulnerables, precisamente si tales datos pueden ser objeto de tratamiento a través de tecnología informática.
- La expresión “protección de datos personales” conlleva que el destinatario de la protección antes indicada debe ser la persona cuyos datos personales son objeto de tratamiento automatizado, protección que abarca, en sentido amplio, desde el momento de la obtención de tales datos hasta la utilización para dominio público de aquellos.
- La plena eficacia de este derecho a la autodeterminación informativa debe permitir, a su vez, a la persona:
 - a) el derecho a la actualización de sus datos;
 - b) el derecho a la rectificación por información errónea, incompleta o inexacta de sus datos;

- c) el derecho a la reserva (confidencialidad); y
 - d) el derecho a la exclusión, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado.
- La comercialización de datos personales encuentra una limitación en el derecho a la dignidad humana, el cual prevalece sobre aquel.
 - Toda comercialización de información de datos de una persona debe estar sujeta a la voluntariedad de la persona cuyos datos serán objeto de mercadeo y, que al momento de obtenerse, se le haya garantizado a dicha persona los derechos de actualización, rectificación, confidencialidad y exclusión.
 - Deben observarse los siguientes parámetros:
 - a) los datos obtenidos hayan sido conforme una finalidad plenamente definida, de forma legítima y de manera voluntaria por parte de aquel cuyos datos vayan a ser objeto de comercialización;
 - b) la utilización de esos datos personales debe hacerse sin obviar una previa aprobación de la persona interesada, utilización que debe realizarse con un propósito compatible con aquel para el que se hubiesen obtenido; y
 - c) el registro y utilización de los mismos deben conllevar, necesariamente, la implementación de controles adecuados que permitan, por aquel que disponga de esos datos, la determinación de veracidad y actualización de los mismos por parte y como una responsabilidad de quien comercializa con los mismos.
 - Toda comercialización de datos personales que no observe tales parámetros podría derivar en una actividad ilegal, violatoria de derechos fundamentales, que conllevaría responsabilidad legal tanto para aquellos que proporcionen tales datos como para quienes se sirvan de ellos en la toma de decisiones respecto de situaciones relacionadas con una persona en particular.

En el expediente 1201-2006, sentencia de 27 de septiembre de 2007, la Corte de Constitucionalidad agregó otros elementos:

- La intimidad y el honor de la persona constituyen conceptos inherentes al reconocimiento de la dignidad del ser humano. Su incorporación al catálogo de derechos resulta innegable.
- Se deduce no sólo la facultad del individuo de exigir su respeto, sino la obligación que pesa sobre el Estado de procurar su observancia para asegurar el desarrollo integral de la persona.
- El elemento central de protección al derecho a la intimidad lo constituye el respeto del conjunto de sucesos y circunstancias que configuran la vida personal —incluida la familiar— del individuo y que forzosamente han de mantenerse reservados del conocimiento público, salvo que aquel consienta lo contrario.
- El ámbito de protección del derecho al honor se centra en evitar el menoscabo de la reputación o prestigio de un individuo, como elementos determinantes de la consideración ajena, de forma que aquel no se encuentre expuesto al demérito, descalificación o desprecio de la sociedad, ante manifestaciones o actos que le resulten degradantes u ofensivos, incluidas aquellas imputaciones que, aun cuando fueren verdaderas, nadie está facultado para hacerlas o divulgarlas.
- Para asegurar el respeto de estos derechos resulta de suma importancia prestar atención a cualquier información de carácter personal que se encuentre en poder de extraños, pues su indebida comunicación o divulgación, su alteración o supresión, bien podrían atentar contra aquellos.
- El orden jurídico ha de asegurar que el interesado conozca el contenido y finalidad de registros públicos o privados, permitiéndosele no sólo requerir las correcciones que sean necesarias a efecto de hacer verídica tal información, sino la posibilidad de omitir del conocimiento de terceros determinados datos, cuya publicidad podría atentar contra los derechos antes citados.
- El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al

individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso.

- Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular.
- Ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos (citando la sentencia 292/2000 del Tribunal Constitucional Español).
- Se hace ineludible que en el desempeño de su labor, el Registro Nacional de las Personas se ajuste a los lineamientos específicos que eviten la vulneración a los derechos inherentes al ser humano.
- La facilitación de información al Ministerio Público y a las autoridades policiales o judiciales persigue coadyuvar con la tarea de averiguación de aquellos hechos tipificados como delito por la ley, el mantenimiento de la seguridad ciudadana o la resolución de los distintos asuntos sometidos a conocimiento de los tribunales de justicia; asimismo, los datos que pueda requerir el Tribunal Supremo Electoral se hacen necesarios para verificar el correcto funcionamiento de las organizaciones políticas, la identidad de quienes se postulan a cargos de elección popular y la veracidad del contenido del padrón electoral, entre otros fines.
- Proporcionar datos como la nacionalidad, la ocupación, profesión u oficio de la persona, en términos generales, no constituyen información que pueda atentar contra la intimidad o el honor del individuo, al ser datos que se utilizan comúnmente para efectos de identificación y conocimiento público, pues la posibilidad de facilitar tales datos a personas extrañas al titular de estos, sin su conocimiento ni consentimiento, no entraña vulneración a sus

derechos, por cuanto la función registral se informa y rige por el principio de publicidad.

- De conformidad con el principio de publicidad, la información contenida en los registros oficiales puede ser conocida por quien así lo requiera, sin necesidad de contar para ello con orden judicial. Es menester que la publicidad del dato requerido no conlleve afectación a los derechos inherentes de la persona.
- La aquiescencia del titular de la información en cuanto a la facilitación o comunicación de esta constituye un elemento indispensable para hacer viable tal situación, debiéndosele notificar sobre el nombre de la persona o entidad a la que se prestará la información, los datos específicos que se le facilitarán y los fines para los cuales se utilizarán estos, lo que permitirá ejercer los derechos que la Constitución le reconoce.
- En cuanto al derecho a la protección de datos que consten en registros públicos, la Ley de Acceso a la Información Pública define, en su artículo 9, lo siguiente:
 1. **Datos personales:** Los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables.
 2. **Datos sensibles o datos personales sensibles:** Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, de origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones íntimas de similar naturaleza.
[...]
 4. **Habeas data:** Es la garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a su protección, corrección, rectificación o actualización. Los datos impersonales no identificables, como aquellos de carácter demográfico recolectados para mantener estadísticas, no se sujetan al régimen de habeas data o protección de datos personales de la presente ley.

Al respecto del *hábeas data*, este fue desarrollado por el artículo 30 de esa misma ley sin establecer un procedimiento específico para su concreción, sino determinando como funciones administrativas de los sujetos obligados (personas que manejen información y recursos del Estado): a) adoptar procedimientos para responder solicitudes de acceso y corrección de datos; b) administrar datos personales sólo cuando sea pertinente; c) hacer públicos los propósitos para su tratamiento; d) procurar que los datos personales sean exactos y actualizados; e) garantizar la seguridad y confidencia de los datos personales, para evitar su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado.

Por último, resulta interesante denotar que la Ley de Acceso a Información Pública, en su artículo 64, estableció la siguiente tipificación penal, con su respectiva sanción:

Quien comercialice o distribuya por cualquier medio, archivos de información de datos personales, datos sensibles o personales sensibles, protegidos por la presente ley sin contar con la autorización expresa por escrito del titular de los mismos y que no provengan de registros públicos, será sancionado con prisión de cinco a ocho años y multa de cincuenta mil a cien mil Quetzales y el comiso de los objetos instrumentos del delito. La sanción penal se aplicará sin perjuicio de las responsabilidades civiles correspondientes y los daños y perjuicios que se pudieran generar por la comercialización o distribución de datos personales, datos sensibles o personales sensibles.

De ello, se desprende que el tipo penal no está dirigido necesariamente a los sujetos obligados del resto del artículo (funcionarios responsables de resguardar información pública y datos personales), sino a cualquier persona que comercialice datos personales sin autorización del titular, con lo que se advierte que el legislador buscó proteger el derecho a la protección de datos por vía de prevención punitiva.

VI. CONCLUSIONES

1. Derivada de la concepción de los derechos fundamentales como aquellos que crean un ámbito de desarrollo y dignificación al titular del derecho reconocido por el Estado frente de interferencias o intromisiones de los poderes públicos y eventualmente de otros individuos, es que se considera al derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo.

2. El derecho a la protección de datos está comprendido por un derecho subjetivo fundamental, el cual es atribuido a una persona y tienen como propósito la satisfacción de sus necesidades y exigencias de respeto a la intimidad personal y a la integridad física, por lo que su falta de reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente en la esfera de derechos fundamentales de la persona titular del derecho y, por ende, a la dignidad de la persona.
3. El derecho a la protección de datos, por constituir un derecho fundamental que deriva de la dignidad de la persona humana, posee características como la *universalidad*, la *inalienabilidad*, la *imprescriptibilidad*, la *indisponibilidad*, la *irreversibilidad*, la *progresividad*, la *indivisibilidad* y la *interdependencia*.
4. Tomando en cuenta que aún no existe una ley específica para desarrollar el derecho a la protección de datos, salvo lo previsto en la Ley de Acceso a la Información Pública, en caso de datos en registros públicos, puede afirmarse que el reconocimiento al derecho a la protección de datos en Guatemala se da por medio del ejercicio de la justicia constitucional.
5. En la Constitución de Guatemala, a pesar de no reconocer expresamente el derecho a la protección de datos, puede advertirse una incipiente voluntad del constituyente para efectuarlo en el contenido del artículo 24, en que se reconoce un derecho de las personas a reservarse información y a que se respete esa reserva aun estando en soportes que se encuentren en manos de terceras personas; el artículo 25 que establece la obligación de guardar el respeto a la dignidad, intimidad y decoro ante registros personales; el 30 constitucional, en que se encuentra prevista la protección de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia; y, por último, el artículo 31 de la Constitución reconoce los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos.
6. Tanto el amparo, como garantía constitucional personalísima, como la inconstitucionalidad general, como control de constitucionalidad en abstracto, han servido para conocer de acciones dirigidas a la protección de los datos personales. Esos casos

demuestran la efectiva justiciabilidad que posee el derecho a la protección de datos en Guatemala.

7. Resulta menester contar con un sistema y una institución específicos para la protección de los datos personales, pues promover las garantías constitucionales ante los órganos jurisdiccionales conlleva la lentitud y las dilaciones características de los procedimientos judiciales.
8. El contenido del derecho a la protección de datos incluye la posibilidad del titular de controlar datos referidos a su persona y garantiza tutela ante un uso indebido, sin su autorización, con fines de lucro, por parte de un tercero, sobre todo cuando puedan causar afectación del entorno personal, social o profesional de esa persona, así como a sus derechos a la intimidad y al honor.
9. La plena eficacia de este derecho a la protección de datos debe permitir al titular:
 - a) el derecho a la actualización de sus datos;
 - b) el derecho a la rectificación por información errónea, incompleta o inexacta de sus datos;
 - c) el derecho a la reserva (confidencialidad); y
 - d) el derecho a la exclusión, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado.

VII. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ernesto Garzón Valdés (trad.), España, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

FERRAJOLI, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", Carbonell, Miguel (coord.); *Teoría del neoconstitucionalismo*; España, Trotta, 2007.

GONZÁLEZ MURUA, Ana Rosa, *La agencia vasca de protección de datos y el estado de las autonomías. Estudio de su naturaleza jurídica y sus funciones en una perspectiva de derecho comparado*, Departamento de Derecho constitucional, administrativo y filosofía del dere-

cho, Universidad del País Vasco. Versión digital proporcionada por la autora.

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón (traductores), España, Trotta, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. "Informática y libertad. Comentario al artículo 18.4 de la Constitución Española". *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 24, noviembre-diciembre 1981.

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=26680&orden=0&info=link>.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Perú, Palestra, 2007.

RODRÍGUEZ MARCANO, Eligio Rafael, *El derecho a la autodeterminación informativa en Venezuela*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España.

<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/tesisuned:Derecho-Errodriguez/Documento.pdf>.

B. Normativas

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, París, 1948.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Nueva York, 1966.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, 1985.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, *Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad*, Decreto 1-86, Guatemala, 1986.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE FRANCESA, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Francia, 1879.

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, 1969.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Ley de Acceso a la Información Pública*, Decreto 57-2008, Guatemala, 2008.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Ley de Extinción de Dominio*, Decreto 55-2010, Guatemala, 2010.

C. Jurisprudenciales (de la Corte de Constitucionalidad)

Sentencia de 11-10-2006, expediente 1356-2006.

Sentencia de 27-09-2007, expediente 1201-2006.

Sentencia de 09-12-1986, expediente 93-86.

El *habeas data* en Guatemala, una aproximación de la legislación nacional y el derecho comparado latinoamericano*

Mgtr. Ronel Emilio Estrada Arriaza**

Sumario: I. Introducción. II. El *habeas data*: Reseña histórica, evolutiva y concepto. III. El *habeas data* en la legislación guatemalteca. IV. El *habeas data* en la legislación comparada latinoamericana. V. Una crítica a la regulación del *habeas data* en Guatemala. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el uso del internet y la tecnología penetraron en las sociedades modernas, muchas de las actividades del ser humano han adquirido alguna celeridad. La informática ha permeado la vida del ser humano y casi cualquier aspecto de nuestras vidas se encuentra prácticamente a merced de las tecnologías de la información.

* Ensayo presentado en diciembre del 2014, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. Estudios Avanzados en Investigación Social en la Universidad Pontificia de Salamanca. Posgrado en Derecho Mercantil por la Universidad Carlos III y Especialista en Derecho Marítimo Internacional por la Universidad Pontificia Comillas. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala. Posee más de quince años de experiencia profesional en el ejercicio liberal como Abogado y Notario. Es profesor titular en pregrado y posgrado, miembro de tribunal examinador de examen general privado y asesor de tesis en varias universidades del país.

Hace poco más de unos cuarenta años en Guatemala todos los registros se llevaban de manera manual y el almacenamiento era en papel, no existía la agilidad de obtener la información de primera mano y mucho menos que estuviera disponible para muchas personas a la vez. De manera que el acceso a ella era una gestión muy engorrosa, difícil de realizar en corto tiempo y a la vez, dependía de muchos aspectos, algunos de parte de quienes tenían almacenada la información y otras de parte de quienes debían buscarla, lo que conllevaba un tiempo muy tardado.

Ahora en el tiempo actual con el avance tecnológico, la informática y el manejo de datos se hace con una indescriptible facilidad, de manera que el acceso a la información es tan ágil y rápido que prácticamente en pocos minutos se puede llegar a acceder a todos los datos de varias personas. Esto ha provocado, claro está, que los datos se consideren como una mercancía codiciada en manos de quien la tenga, de manera que la información puede estar en buenas manos y ser de utilidad y ayuda al conglomerado social o a las personas en lo individual, pero de igual manera puede prestarse a muchos oscuros intereses.

Para nadie es un secreto que todas nuestras actividades, negocios o fuentes de trabajo dependen básicamente de la informática, razón por la cual la ventaja que representa y las facilidades que provee permiten a todas las personas prácticamente hacerse visibles no solo frente al Estado, sino que también y de manera muy especial frente a los particulares. Es por ello, que contar con herramientas jurídicas que permitan la protección de nuestros datos es evidentemente muy necesario. De allí que la regulación del *habeas data* y la creación de instituciones de protección de datos, pueden brindar esa protección legal como un derecho fundamental.

II. EL HABEAS DATA: RESEÑA HISTÓRICA, EVOLUTIVA Y CONCEPTO

Es innegable que el *habeas data*, tal y como se conoce hoy en día, tuvo un origen y evolución histórica muy confusos. En efecto, al *habeas data* se le relaciona básicamente con la idea de la protección a la intimidad. Nunca antes como en la era actual ha estado más vigente, si tomamos en cuenta que en esta era de la globalización, la

informática es una ciencia que avanza a pasos agigantados y las comunicaciones se hacen efectivas a tan solo unos “clics” de distancia.

Como el ser humano es un ser social, desde tiempos inmemoriales los mismos conglomerados sociales han tenido la inquietud de mantener registro de datos de sus integrantes, es así como siempre se ha caído en la tentación de “registrar” a todos los integrantes de un colectivo social. Ya desde la época de los romanos se hablaba de los censos, que hacían con cierta frecuencia los emperadores para determinar el tamaño del imperio, la fuerza laboral que existía y las necesidades del régimen. Por ello no es de extrañar que con el tiempo se fueron registrando a los miembros de una ciudad, de hecho los registros de datos vienen desde aquellos tiempos hasta nuestros días. Sin embargo, con el pasar del tiempo se han desarrollado métodos más eficaces para guardar información con el fin de trasladarla de un lugar a otro e incluso para comercializar dichos datos.

Es innegable pues, que las tecnologías de la información y de la comunicación –TIC–, representen uno de los avances más importantes del siglo XXI, ya que además de adentrarnos a la era globalizante, en donde esta tecnología representa sin duda muchos avances, también ha permitido de alguna manera que su uso pueda llegar a ser perjudicial para las personas quienes, habiendo proporcionado de alguna manera inconsciente sus datos, ahora tengan que protegerse ante la transmisión ilícita de dicha información. Es precisamente la tecnología la que llevó a considerar la protección jurídica de los datos y la transmisión de los mismos y siendo que dichos datos son de alguna manera aspectos inherentes que revelan a la persona humana, evidentemente han sido elevados y protegidos en algunas legislaciones al rango de derechos fundamentales o bien regulados como garantías constitucionales.

Es así como el derecho al buen nombre y a la intimidad de la persona ya se ha consagrado en la mayoría de países como un derecho fundamental o bien como lo que se denomina en Guatemala una garantía constitucional. Desde el surgimiento de esa serie de registros de datos, se buscó ofrecer a las personas una tutela de manera temprana a las nuevas formas de intromisión a la intimidad.

La evolución del *habeas data* tiene relación directa con la búsqueda de mecanismos que ofrezcan garantías de privacidad a las personas, a la luz de las nuevas necesidades que surgen del hecho de que los datos que se refieran a dichas personas sean objeto de traspaso y uso ilegítimo por parte de otros entes. Si bien es cierto que los intentos por regular el almacenamiento y el manejo de información relacionada con las personas data desde los años setenta cuando en Alemania se empezó a regular el uso de la información personal, también lo es que fue hasta hace poco más de diez años cuando se ha considerado una regulación más específica partiendo de los textos constitucionales que establecen el derecho a la privacidad, a la intimidad, a la dignidad y al honor.

Una breve reseña histórica y evolutiva del *habeas data* deberá situar sus inicios con la promulgación del *Privacy Act* de 1974 promulgada en los Estados Unidos como una reacción al escándalo de Watergate que dio pie a la renuncia del presidente Richard Nixon. La ley protege a los individuos de su intimidad en relación con el uso de las tecnologías y aunque originalmente fue promulgada para incentivar el uso de la tecnología sin temor a ser víctima de espionaje o demás, también fue ampliada para regular el manejo de datos¹. Posteriormente fue Francia quien dio pie a regular el manejo, almacenamiento y la protección de datos y así fue extendiéndose este movimiento regularizador por toda la Europa Continental. Así se puede mencionar brevemente que en Francia en 1978 se creó una ley reguladora del acceso a los ficheros de datos y posteriormente España promulgó en 1992 la ley denominada “Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos” de allí que hoy en día esta sea una institución muy importante en Guatemala.

Cabe pues establecer las diversas acepciones que se recogen de la doctrina jurídica sobre el *habeas data*, por ello me referiré a algunas definiciones sobre la misma, tal como lo expone Ekmekdjian al indicar que “el *habeas data* es el derecho que asiste a toda persona, identificada o identificable, para solicitar judicialmente la exhibición de los registros públicos o privados, en los cuales estén incluidos sus datos personales o de su grupo familiar”.²

1 Shur, Ana Lucía, *El habeas data y su aplicación a los burós de crédito*, Universidad Francisco Marroquín (tesis), 2008, p. 10.

2 Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Habeas data: El derecho a la intimidad*. Buenos Aires, Nexis Lexis, 2009, p. 1.

La definición anterior no es enfática a qué es la información que debe considerarse como “sensible”, es decir, aquella información que sea íntima para la persona. Esto es importante tomando en cuenta que existe información “no sensible”, es decir, generalizada en cuanto a lo que se puede considerar como información personal. Esta información “no sensible” puede determinarse como pública, puesto que no atenta contra la intimidad y el honor tal como la nacionalidad, el género, la profesión o bien su identificación personal, siempre y cuando no se le vincule con algo más. Se considera pues que “información sensible” es aquella que está íntimamente ligada a la persona que, como lo afirma Arce Gordillo “son aquellos datos de una persona que no saltan a la vista, con el solo hecho de tener presente a la persona frente a nuestros ojos, salvo algún caso muy particular (verbigracia, una mujer vestida con un hábito de una orden religiosa, nos hace suponer que es una monja, puesto que ello salta a la vista) y sin embargo ello no forma parte inherente de su personalidad”³.

Dicho lo anterior, la explicación y ejemplo presentados por Arce Gordillo nos aclaran qué aspectos debemos considerar como “información sensible”. A ese respecto se puede enunciar que información sensible es aquella que forma parte inherente de la personalidad, tal como: el comportamiento y la orientación sexual, creencias religiosas y no religiosas, origen familiar, ideas políticas y orientación política, pertenencia a grupos o asociaciones o bien a partidos políticos, enfermedades, salud física, salud psíquica y moral, solvencia financiera, problemas financieros, problemas legales, judiciales o morosidad e impago de deudas y otros por el estilo. Se considera que esta información no puede circular libremente en el internet, no podría ser objeto de negociación ni podría ser utilizada por cualquier persona sin consentimiento del afectado en virtud de que es información “sensible”.

Para concluir el presente apartado, se exponen algunos conceptos de *habeas data* que puedan contribuir básicamente a una definición actualizada. En efecto, *habeas data*, etimológicamente significa “que muestren los datos”, su nombre provino de la garantía constitucional denominada *habeas corpus* (que exhiban el cuerpo o que muestren el cuerpo) mediante la cual la persona privada de libertad por la

3 Arce Gordillo, Juan Pablo, “Habeas data”, *Revista Jurídica*, núm. 1, IJ-URL, Guatemala, 2001, p. 5.

autoridad podía impugnar la misma para que su privación fuere legal. De esta manera *habeas data*, determina la “muestra de datos” o “exhibición de los datos”, ante el abuso informático⁴.

Asimismo podemos mencionar algunos otros conceptos que, aunque escuetos, arrojan mucha luz al tema; así se puede afirmar que el *habeas data* es “el derecho a la autodeterminación informática”⁵ o bien como lo expresaba Enrique Pérez Luño, es “la Libertad Informática personal”.

III. EL HABEAS DATA EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA

En la legislación guatemalteca la regulación del *habeas data*, es más bien reciente. Mediante el Decreto 57-2008 del Congreso de la República se promulga la Ley de Libre Acceso a la Información y en ella se regula el *habeas data*. Antes que esta ley fuere promulgada, se establece que en Guatemala ya existían garantías de alguna manera fundamentales para la protección de los datos, aunque no de manera regulada por el *habeas data*. De allí que se deduce la existencia de tal garantía como lo establece el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en el sentido de que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales”⁶. Asimismo la Constitución Política de la República de Guatemala contempla algunos principios relacionados con los datos sensibles, al establecer el artículo 24 la inviolabilidad de correspondencia, el artículo 30 la publicidad de los actos administrativos y el artículo 31 que consagra el libre acceso a los archivos, con la limitación de archivos militares y de orden diplomático.

De allí que solamente el artículo 3 de la Constitución guatemalteca consagra un texto para garantizar y proteger, además de la vida, la “integridad y seguridad de la persona”, siendo en este texto constitucional en el cual la integridad puede entenderse por todos

4 *Ibidem*, p. 1.

5 Abad Yupanqui, Samuel, “Habeas data y conflicto entre órganos constitucionales”, *Revista Jurídica de Perú*, 2006, p. 266.

6 Véase el contenido de los artículos 7, 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

aquellos aspectos inherentes a la persona humana y que por ello implicaría la responsabilidad del Estado guatemalteco de garantizar la intimidad, es decir, aquellos datos sensibles que pueden ser objeto de manipulación del poder informático.

Sin embargo, al analizar la Ley de Libre Acceso a la Información, precitada anteriormente en el marco de la protección de datos sensibles, nos encontramos con algunas disfuncionalidades que en realidad limitan la protección legal en Guatemala. En efecto, el Decreto 57-2008 del Congreso de la República, establece en primer término que el objeto de dicha ley, entre otros, es el de “garantizar a toda persona individual el derecho a conocer y proteger los datos personales de lo que de ella conste en archivos estatales, así como de las actualizaciones de los mismos”⁷. La ley en mención establece el recurso de *habeas data* y dedica un capítulo completo a su regulación legal.

El problema legal en Guatemala se deriva de que el recurso de *habeas data* está regulado únicamente para el manejo y tenencia de datos sensibles, por parte de las instituciones del Estado y no por parte de los particulares. Así establece que los sujetos obligados son las instituciones públicas que deben cuidar que los datos personales que allí aparezcan no sean trasegados, igualmente se establece que pueden requerir esa información ante tales oficinas. En primer término parece un avance el hecho de que exista el recurso para los entes públicos, y como consecuencia de una protección ante el abuso informático que pueda resultar de las autoridades en el manejo de datos. Sin embargo, el recurso como tal queda corto para la protección legal que se requiere ante los particulares, los burós de crédito y otras instituciones privadas que comercializan los datos de los particulares, sin que deban rendir cuenta sobre esto.

Derivado de la falta de regulación legal sobre el *habeas data*, en Guatemala no existe como tal una “agencia de protección de datos” que se constituya como una autoridad que vele por que se cumpla con una normativa que proteja eficazmente los datos de las personas y que garantice el derecho constitucional a la protección de datos personales. Lamentablemente en Guatemala no existe, claro está, una ley de *habeas data* y únicamente se le ha regulado para evitar los

7 Congreso de la República de Guatemala, *Ley de Acceso a la Información Pública*, Decreto 57-2008, art. 1 numeral 2°.

abusos del poder informático del Estado, no así para que se evite el abuso del poder informático de los particulares y ello es lo que hace que el recurso, así regulado en Guatemala, no tenga la eficacia que se desearía tener.

Además de ello, en Guatemala se tiene como autoridad reguladora del derecho a la información al Procurador de los Derechos Humanos y por lo mismo parece claro que no se puede crear una agencia de protección de datos. Es por ello que al analizar la legislación guatemalteca sobre la regulación del *habeas data* se puede concluir que efectivamente no está regulada de la manera en que se encuentra en otras legislaciones sino como un recurso, que se utiliza para obtener información personal que se tenga registrada en alguna institución estatal sin que ello pueda imponer la obligación de los entes particulares de tener la misma responsabilidad en el manejo de datos sensibles.

A manera de concluir con el presente apartado diremos que, aunque en Guatemala la Constitución Política de la República no regula ninguna garantía específica de protección de datos o información sensible, sí existe la garantía constitucional de proteger la integridad personal y que en consecuencia, en sentido amplio se imponga la garantía de proteger la "información sensible" de la persona. Sin embargo, pese a ello en Guatemala el *habeas data* tal y como se encuentra regulado en la Ley de Libre Acceso a la Información ya citada, únicamente protege a las personas de los datos o información que puedan tener las instituciones públicas, gubernamentales, autónomas o semiautónomas, no así los entes particulares. Además de ello, es claro que en Guatemala no existe una ley de *habeas data* como tal y la protección en ese sentido se limita únicamente a proteger a las personas del "abuso informático del Estado", no así de los particulares.

En ese orden de ideas, sí existe protección constitucional contra los abusos del poder informático por parte de entes particulares, ella deberá dirimirse dentro de la vía del amparo, ya que la ley de la materia establece que "no existe ámbito que no sea susceptible de amparo", existiendo en Guatemala algunas sentencias en ese tipo de casos en que los guatemaltecos en lo individual han sido amparados en contra del abuso del poder informático por parte de entes particulares, los cuales en estos casos han excluido de su base de datos al interponente

del amparo, pero este tipo de protección solamente beneficia a quien interponga el amparo, no así a la generalidad, además de que en Guatemala no existe ningún ente regulador que garantice la protección de datos, como una agencia o alguna institución de protección de datos correspondiente, no existe por tanto una institución que tutele al ciudadano en el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición y que garantice el derecho a la protección de datos investigando y sancionando aquellas actuaciones que sean contrarias a tal derecho fundamental.

IV. EL *HABEAS DATA* EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA LATINOAMERICANA

El *habeas data* ha sido regulado en los diversos países latinoamericanos, los cuales han adoptado tal posición siguiendo las legislaciones más avanzadas sobre este tema, tanto la legislación de los Estados Unidos de América con leyes que concebían de alguna manera este recurso fundamental, como las legislaciones más avanzadas en el tema tales como la alemana, francesa y española, entre otras. De manera que en el presente apartado haremos una observación sobre las principales legislaciones en materia de *habeas data* que se han promulgado en Latinoamérica, haciendo hincapié en algunos de los aspectos relevantes de las mismas, las cuales comparadas con la regulación legal guatemalteca nos abrirá un panorama más claro sobre este particular.

Es, sin duda, Brasil el país sudamericano que mejor ha acogido la modalidad de este derecho fundamental, en virtud de que en su Constitución promulgada en 1988, se le dio carácter de proceso de amparo. Según Puccinelli, el *habeas data* como tal nace en Brasil con su nueva y última Constitución, sin embargo afirma que la existencia de este recurso era anterior a la Constitución, ya que se encontraba plasmada en diversas versiones locales, regulaciones de carácter estatal, sin embargo no tenían el rango constitucional y tampoco esa denominación⁸ además de que no era regulada como una modalidad del amparo. Ahora bien, se debe considerar que la influencia e incorporación del *habeas data* en la Constitución brasileña tiene su

8 Puccinelli, O., *El habeas data en Indoiberoamérica*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 295.

trasfondo en la influencia constitucionalista que ha tenido Portugal, ya que luego de las dictaduras militares, encontraron en la Constitución de Portugal su modelo, haciendo además importantes aportes típicos brasileños, propios del país.

Pese a haber sido la cuna en Latinoamérica del *habeas data*, ya que Brasil fue el primer país que estableció el rango constitucional de esta institución jurídica, no ha tenido el avance deseado. En efecto, al parecer Argentina ha tenido significativos avances, puesto que pese a que su Constitución (una de las más antiguas si se toma en cuenta que fue promulgada en 1853) no lo reguló al principio, a través de varias reformas constitucionales se le ha incorporado como un derecho fundamental. Debe considerarse que anteriormente en Argentina ya existía una especie de *habeas data*, aunque no se le llamó así, que se encontraba incorporado junto al amparo y proveía de protección frente a la información y manejo de datos y se le concibió como una variante del amparo⁹.

Asimismo en el derecho argentino se ha elaborado una especie de “protección de datos” con el objeto de resguardar los bienes personalísimos, que puedan ser afectados por la incorporación de datos a bancos informáticos, de allí que se hable de libertad informática. Es por ello que en la Constitución argentina, el artículo 43 establece claramente una protección no solo a la utilización de los bancos de datos sensibles, sino que se protege de “aspectos fundamentales de la intimidad, la privacidad y la identidad personal en relación con la libertad informática y los registros o bancos de datos”¹⁰. En resumen, Bidard Campos indica que la doctrina argentina no plantea un análisis en la existencia de un nuevo derecho al explicar el artículo constitucional que establece el *habeas data*, sino que en el análisis establece una modalidad de amparo en contra del abuso del poder informático y sobre la libertad informática y la protección de datos, de hecho se habla de un derecho a la protección de tales datos; de esta manera no hacen más que afirmar la misma concepción de Pérez Luño¹¹.

9 Bidard Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*. 3ª ed., Buenos Aires, 2006, t. II, p. 200.

10 *Ibidem*, p. 233.

11 *Ibidem*, p. 287.

Existen otros países latinoamericanos que, ya sea mediante la promulgación de nuevas constituciones al salir de los regímenes totalitarios en los que se encontraban o bien por reformas constitucionales, han incluido una serie de disposiciones adoptando el *habeas data* como un recurso destinado a garantizar la protección de datos. Así podemos mencionar países como Colombia, que le ha dado carácter constitucional al *habeas data* (1991), o bien Paraguay (1992) y Perú (1993), que han consagrado textos constitucionales para su protección. En otros países, como Panamá en 2002 y República Dominicana en 2004, han adoptado legislaciones consagrando lo que han dado en llamar “libertad informática”. Sin embargo cabe destacar que en la mayoría de países latinoamericanos no existen textos específicos que regulen el *habeas data*, en efecto únicamente existen en algunas leyes generales o disposiciones constitucionales pero no legislación especial.

Además hay algunos países que se han interesado mucho en armonizar sus legislaciones avanzadamente; tal es el caso de México, que promulgó una ley especial de carácter federal para la protección de datos personales en posesión de particulares, definiendo los datos personales como una información concerniente a una persona identificada o identificable, con lo cual amplía su protección de manera clara en relación con los datos. Adicional a ella creó una institución que tutela la protección y verifica el cumplimiento de la ley promulgada, otra cosa importante de mencionar en esta ley es que establece un *numerus clausus* de características o datos que deben ser protegidos y a los cuales les otorga la categoría de “datos sensibles”.

Asimismo, es de señalar otros países como Uruguay que, al igual que México, tiene una ley específica sobre protección de datos y *habeas data*, cuyo avance radica en que establece un ente regulador y de control de los datos personales y regula el ejercicio del *habeas data*, a la misma usanza de las legislaciones europeas, razón por la cual se le ha considerado como el país de Latinoamérica que más ha adecuado su legislación a las legislaciones de la Unión Europea en materia de protección de datos. En Centroamérica el país que más ha adecuado su legislación a los lineamientos del modelo europeo es Nicaragua, que en el 2012 promulgó una ley de protección de datos personales en que se incluyó una serie de medidas y regulación del *habeas data*.

V. UNA CRÍTICA A LA REGULACIÓN DEL *HABEAS DATA* EN GUATEMALA

Como ya se apuntó anteriormente, en Guatemala no existe una regulación específica del *habeas data* que determine la garantía del derecho fundamental a la protección de datos. Ello deja únicamente a los ciudadanos con la garantía de que puedan promover acciones frente al Estado en caso tenga datos sensibles y que los mismos pueden ser objeto de un uso inadecuado. Asimismo se apunta que en Guatemala no existe ninguna agencia ni institución encargada de tutelar tal derecho, función que desempeña el Procurador de Derechos Humanos, es decir, el Ombudsman, que no es la persona adecuada para tal tarea.

El problema guatemalteco, que quizá es el mismo para otras latitudes, radica en el uso y abuso indiscriminado que tienen los entes particulares sobre la información sensible que han almacenado, en algunos casos por medio de bases de datos que han sido acumuladas por el Estado o bien por instituciones estatales que al momento de ser privatizadas comercializaron con datos de millones de guatemaltecos.

Hoy en día en Guatemala existen los llamados “burós de créditos”. Estos entes particulares han obtenido diversos archivos de datos sensibles, que son comercializados a diestra y siniestra con las diferentes instituciones de crédito, con empleadores particulares y con un sinnúmero de instituciones, quienes analizan y conocen todos los datos de los guatemaltecos, no existiendo la protección legal necesaria para ello, lo que produce que los guatemaltecos sean objeto de denegación de créditos, pérdida de oportunidades de empleo, así como de estudio e incluso acceso a cargos públicos. Frente a esto, la única acción que se puede entablar es el amparo, el cual protegería únicamente a quien lo plantea y dejaría inalterables los datos de los demás ciudadanos.

Es por ello que en Guatemala se necesita una verdadera ley de protección de datos, que regule frente al Estado y a los entes particulares el derecho a la privacidad, a la intimidad y a la libertad informática. Ello conllevaría la regulación legal de los recursos, así como el establecimiento de una institución que tutele tales garantías para los guatemaltecos.

El derecho a la información debe limitarse frente al derecho a la privacidad, y el hecho de que se comercialicen datos entre las empresas particulares, denota que existe una vulnerabilidad de este derecho frente a los guatemaltecos. Por ello es que la armonización de la regulación del *habeas data* es definitivamente necesaria para el país.

VI. CONCLUSIONES

Al analizar el presente trabajo me permito arribar a las siguientes conclusiones:

1. Que el *habeas data* es un recurso basado en un derecho fundamental o bien, como suele llamarse en Guatemala, una garantía constitucional que tiende a proteger a las personas de la violación de su privacidad, su integridad y su honor mediante la publicación o comercialización de los llamados “datos sensibles”.
2. Que la eficacia del *habeas data* no solo depende de su regulación constitucional, sino que además de ello se deberá emitir una legislación específica con el objeto de establecer tanto los aspectos procedimentales y principios procesales del *habeas data*, como también la creación de una institución que tutele los derechos a la protección de los datos de las personas y lo relativo al control de los mismos.
3. Que la mayoría de países latinoamericanos tienen legislaciones poco desarrolladas en relación con la protección de datos y el *habeas data* en particular, por lo que es necesario que adecuen su legislación de manera más o menos uniforme a las regulaciones avanzadas, como se ha logrado en la Unión Europea a través de las regulaciones legales en materia de protección de datos y la creación de las oficinas destinadas para ese fin.
4. Por último, que en Guatemala la utilización y comercialización de los datos por parte de las entidades privadas debería ser contrarrestada por acciones que en el caso actual, en virtud de la carencia de regulación efectiva, podría realizarla el Procurador de los Derechos Humanos en calidad de defensor del pueblo y cumpliendo de esta manera su función de velar por la defensa de los derechos humanos de los guatemaltecos.

VII. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

ABAD YUPANQUI, Samuel, "Habeas Data y Conflicto entre Órganos Constitucionales". *Revista Jurídica de Perú*. 2006.

ARCE GORDILLO, Juan Pablo, "Habeas data", *Revista Jurídica*, núm. I, IIJ-URL, Guatemala, 2001.

BIDARD CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 3ª ed., Buenos Aires, 2006, t. II.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Habeas data: El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Nexis Lexis, 2009.

PUCINELLI, O. *El habeas data en Indoiberoamérica*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999.

SHUR, Ana Lucía, *El habeas data y su aplicación a los burós de crédito*, Universidad Francisco Marroquín (tesis). 2008.

B. Normativas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, 1985.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE FRANCESA, *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Francia, 1879.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Ley de Acceso a la Información Pública*, Decreto 57-2008, Guatemala, 2008.

La consolidación de la protección de datos personales, como un derecho fundamental en la República de Guatemala, mediante la promulgación e implementación de legislación específica *

Mgtr. María Andrea Batres León**

Sumario: I. Antecedentes y contexto en Guatemala. II. Necesidad de crear, promulgar e implementar legislación de protección de datos. III. Referencias.

I. ANTECEDENTES Y CONTEXTO EN GUATEMALA

En el 2010 la República de Guatemala suscribió en Madrid, España –junto a otros países de Centroamérica–, un Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, donde se comprometió a promulgar una “Ley de Protección de Datos Personales”; dicho acuerdo fue ratificado por

* Ensayo presentado en diciembre del 2013, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Estudiante del Doctorado en Derecho por la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*. *Magister Artium* por la Universidad Francisco Marroquín. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogada y Notaria por la Universidad Rafael Landívar. Actualmente se desempeña como abogada y notaria socia en la firma Batres & Batres, en las áreas de notariado, litigio y administración; además, es docente de dedicación completa en la Universidad Rafael Landívar, impartiendo cursos del área de Derecho Privado (mercantil, civil y notariado). Miembro de terna examinadora de evaluaciones comprensivas en la Universidad Rafael Landívar. Asesora de tesis en la Universidad Rafael Landívar y en la Universidad de San Carlos de Guatemala y conferencista y participante activo en el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial.

el Congreso de la República de Guatemala, sin embargo a la fecha no se cuenta con legislación específica en materia de protección de datos personales.

La Constitución Política de la República de Guatemala, reconoce expresamente derechos fundamentales relacionados como la **intimidad de la persona, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones y la correspondencia**. Nuestra carta magna también reconoce **el derecho que toda persona tiene, de saber qué datos constan sobre ella en registros y ficheros públicos**. Resulta importante hacer énfasis en que este artículo trata de los archivos y registros de tipo estatal, excluyendo los de tipo privado; a pesar de existir este derecho fundamental reconocido, faltaría un apartado que se refiriera a la información que contenga datos personales en los archivos y registros de tipo privado.

Siguiendo la tendencia latinoamericana de proteger a las personas frente a la información de carácter público, y confirmando que es un derecho fundamental, en el 2008 se promulgó la **Ley de Acceso a la Información Pública**¹. Sin embargo, esta ley no puede *–o más bien no debería–* regular nada acerca del tratamiento de datos personales por parte de las entidades privadas, no obstante, en dicha ley pretendió incluirse algunos artículos que supuestamente “protegen” a los particulares frente a los abusos de entidades privadas que recolectan bases de datos y lucran con ellas, asimismo definieron los datos personales, íntimos y sensibles, entre otros, por lo que, estas disposiciones desvirtuaron la naturaleza de la ley, siendo inaplicable esta protección para los particulares, pues tanto el sujeto como el objeto de la ley son únicamente las instituciones públicas y sus expedientes.

En vista de la trascendencia de la Ley de Acceso a la Información Pública, al ser una ley de orden público, se delegó a la Procuraduría de los Derechos Humanos, para dar cumplimiento a los procedimientos establecidos en la ley, así como coordinar el cumplimiento en tiempo y calidad del procedimiento de acceso a la información; institución que al dedicarse a la protección de los derechos fundamentales, se queda corta para extender su ámbito al incumplimiento de las entidades privadas en las miles de transacciones diarias que se celebran,

1 Congreso de la República de Guatemala, *Ley de Acceso a la Información Pública*, Decreto número 57-2008, Guatemala, 2008.

principalmente en el comercio electrónico, donde considero que se encuentra la mayor vulneración de la intimidad de los individuos.

Por otro lado, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), suscrita en la Conferencia Interamericana especializada en Derechos Humanos en San José de Costa Rica en 1969, ya establecía la protección de la honra y dignidad de toda persona.

No obstante, a pesar de contar con una base constitucional estricta que podría interpretarse extensivamente, para otorgarle una categoría fundamental a la protección a los datos personales, es evidente que la situación legislativa de Guatemala no los protege verdaderamente, pues nuestra normativa constitucional y ordinaria refleja la carencia de una legislación específica que proteja los derechos de las personas en materia de protección de datos, dado que las nuevas tecnologías, al posibilitar la racionalización, simplificación, celeridad y seguridad del tratamiento y recopilación de datos, exigen una intervención efectiva del Estado para regular, controlar y supervisar los derechos fundamentales de las personas.

II. NECESIDAD DE CREAR, PROMULGAR E IMPLEMENTAR LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS

Actualmente, en la era de la globalización y de la sociedad de la información, el tratamiento, la recolección y el almacenamiento de informaciones y datos personales –que antes sólo podían formar parte de la vida íntima de cada ser humano– se ha convertido en una práctica habitual de control y almacenamiento por parte de los sectores tanto públicos como privados, específicamente entidades mercantiles privadas, que tanto a nivel nacional como internacional, utilizan dichos datos para lucrar, crear perfiles, establecer patrones de comportamiento de los consumidores, etcétera.

Es por ello, que el derecho a la intimidad ha tenido que ir redireccionando su ámbito de protección y ser más exigente, pues además de la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones y de sus datos, es decir, de toda aquella información relativa a su persona.

Por tal motivo, el uso y control sobre los datos concernientes a cada persona, debe ser reconocido a cada individuo, como un derecho fundamentalmente protegido y garantizado por mecanismos de protección idóneos; pues a medida que las tecnologías de la información van avanzando y evolucionando, tienen como consecuencia una vulnerabilidad para los particulares que hacen uso de dichos recursos, pues inconscientemente los individuos otorgamos un poder a las personas que poseen la información, mismo que debe ser objeto de regulación pues podría llegar a ser lesivo de derechos y libertades.

En tal sentido, el derecho de protección de datos proclama un derecho nuevo a controlar la propia información personal, sea íntima o no, un derecho general frente a las tecnologías de la información en la globalización, es decir, que exista una tutela de la información de las personas y que los conceptos se extiendan hasta una posibilidad del individuo de decidir sobre cómo quiere que se trate su información personal pues le pertenece, es su propiedad privada.

Es urgente y necesario que en Guatemala se promulgue una ley de protección de datos, que la reconozca como un derecho fundamental de los individuos, proteja y garantice el uso adecuado de los datos personales, establezca los procedimientos y límites para el tratamiento de dichos datos por terceros para evitar vulneraciones al derecho de la intimidad, otorgue a las personas el derecho de acceder a los mismos y, en su caso, obtener su rectificación, cancelación o destrucción en los términos que fije la ley, así como establecer las sanciones para el caso de vulneración de los mismos, plasmando en dicha legislación que la protección no sólo sería una tarea del Estado, sino que ahora también el propio individuo contaría con dicha facultad.

Por tanto, se contaría con una adecuada protección, dado que la problemática actual en Guatemala es seria debido a que nuestra legislación no cuenta ni siquiera con tutela en el ámbito de la protección al consumidor, pues dicha ley tampoco contempla la intimidad y los datos personales y los consumidores no pueden ni siquiera acceder a la Dirección de Atención y Protección al Consumidor –DIACO–, pues no cuentan con las herramientas legislativas que les den la potestad de sancionar a alguna empresa privada por su actuar.

En conclusión, ante el vacío legal existente, es inminente la necesidad de brindar a las personas una protección adecuada contra el posible mal uso de información que les concierne, pues el ser humano a lo largo de su vida genera información y va dejando en todas las instituciones públicas y privadas datos que se encuentran dispersos, y actualmente, con la utilización de nuevos medios tecnológicos, resulta posible agrupar y tratar de interpretarlos, interfiriendo en la vida y hasta en la seguridad y paz de las personas.

Es recomendable utilizar la experiencia de otros países y teniendo presente la situación actual de Guatemala, sin pretender incorporar figuras jurídicas inaplicables, además del marcado desarrollo tecnológico, llevaría al reconocimiento en sede constitucional de este derecho –protección de datos personales–, y por lo tanto, alcanzaría su carácter de fundamental.

Asimismo, con la aprobación de una ley, se garantizaría la protección jurídica de los derechos de las personas –como es el acceso, rectificación, cancelación y oposición de sus datos (derechos ARCO)– ante la potencial agresividad comercial existente en la globalización y ante la inseguridad que existe en la tecnología; y se garantizaría el derecho del ciudadano a preservar el control sobre sus datos personales y la aplicación de las nuevas tecnologías de la información, deben ser el contexto en el cual el legislador puede consagrar el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.

Es una labor que debe empezar a realizarse, partiendo de la legislación con la que se cuenta, pues la Constitución Política de la República de Guatemala y el Pacto de San José nos dan la estructura y base legal para lograr que la protección de datos se consolide como un derecho fundamental de los individuos.

III. REFERENCIAS

A. Bibliográficas

AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE LA COMUNIDAD DE MADRID. *Guía de Protección de Datos Personales para Colegios Profesionales*. Madrid, Thomson Civitas, España, 2004.

_____. *Guía de protección de datos personales para servicios sociales públicos*. Madrid, Thomson Civitas, España, 2004.

BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo, *Derecho e informática. Aspectos fundamentales*. 4ª ed., Guatemala, Ediciones Mayte, 2007.

B. Normativas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Constitución Política de la República de Guatemala*, Guatemala, 1985.

CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, 1969.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, *Ley de Acceso a la Información Pública*, Decreto 57-2008, Guatemala, 2008.

C. Electrónicas

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, “Consejo de Europa”, http://www.agpd.es/portalwebAGPD/internacional/Europa/consejo_europa/index-ides-idphp.php.

Datospersonales.org, Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, <http://www.datospersonales.org/>.

VELÁZQUEZ GARDETA, Juan Manuel, “Dos desafíos de la contratación electrónica, especialmente en materia de protección a los consumidores”, Revista *Ratio Legis*, núm. 1, Guatemala, 2010. <http://www.revistaratiolegis.com/ratio1.pdf>.

La tutela al derecho a la protección de datos por parte de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en amparos promovidos contra entes privados*

Mgtr. Geovani Salguero Salvador**

Sumario: I. Introducción. II. Surgimiento del problema. III. Datos personales. IV. La protección de los datos personales como derecho. V. Reconocimiento del derecho. VI. Posesión de los datos personales. VII. La situación en Guatemala respecto del reconocimiento del derecho a la protección de datos personales. VIII. Análisis de fallos emitidos por la Corte de Constitucionalidad en amparos promovidos contra entes privados en posesión de datos personales. IX. Iniciativa de ley 4090. X. Reflexiones finales (a manera de conclusión). XI. Referencias bibliográficas.

I. INTRODUCCIÓN

Los tiempos actuales se han caracterizado por los incesantes cambios producidos en el ámbito de las comunicaciones en que los productos tecnológicos tienen innegable protagonismo. Esas transfor-

* Ensayo presentado en diciembre del 2013, en la línea de investigación *Retos del constitucionalismo en el siglo XXI*, dirigida por las doctoras Juana María Goizueta Vértiz y Ana Rosa González Murua, dentro del Doctorado en Derecho de la Universidad Rafael Landívar y la Universidad del País Vasco/*Euskal Herriko Unibertsitatea*.

** Abogado y Notario, egresado de la Universidad de San Carlos de Guatemala; Magister en Relaciones Internacionales, graduado de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina); Máster en Sociedad Democrática, Estado y Derecho, por la Universidad Rafael Landívar (Guatemala) y la Universidad del País Vasco (España); actualmente es estudiante del doctorado en Derecho que desarrollan conjuntamente las dos casas de estudios superiores referidas en último término. Ha laborado en la Corte de Constitucionalidad de Guatemala desde 2005, donde ha sido Coordinador del programa de Difusión Constitucional, Secretario General Adjunto y Asesor de Magistratura –cargo actual–.

maciones han traído consigo efectos positivos y a la vez, negativos; muestra palpable de ello es lo concerniente al tratamiento de datos personales, ámbito en que la tecnología ha propiciado servicios más eficientes y rápidos por parte de los órganos legitimados, así también que aquellos puedan ser compartidos a voluntad del titular con quienes lo estime pertinente; no obstante, también ha posibilitado perniciosas intromisiones de terceros en la esfera de la privacidad personal.

Ante ese panorama, la protección de datos surge como una sentida necesidad por parte de las personas, que precisan de mecanismos que les permitan acceder, rectificar, corregir y oponerse al manejo indebido de la información que les concierne, por parte de sujetos que hacen uso de esta sin estar legitimados; igualmente, resulta imperioso el desarrollo de políticas públicas de control de esas actividades.

Si bien pueden distinguirse fases marcadas con relación a la protección de datos, son destacables los esfuerzos desarrollados en el continente europeo, en el que, además de la emisión de normativa comunitaria relativa al tema, se ha logrado la aprobación de leyes locales y la creación de autoridades responsables del control. En América, en cambio, hasta hace poco era exigua la regulación de este tópico; de esa forma, recién se experimentan cambios en las normas jurídicas de los Estados que otrora apostaban por el autocontrol y la desvinculación estatal. En Guatemala contamos con una normativa constitucional marco que muestra un acercamiento a la temática; no obstante, esto no ha resultado suficiente, ya que la falta de efectivo control estatal en el tratamiento de la información personal –en especial por parte de empresas o entes privados que comercializan datos sensibles– hace preciso contar con leyes específicas, así como con mecanismos y órganos ideados para ese propósito.

Precisados los valladares locales que enfrenta la protección de datos, en el presente trabajo se hace una breve exposición de cómo, por vía de la jurisprudencia en materia de amparos, la Corte de Constitucionalidad ha tutelado, de forma amplia y eficaz, a las personas que han formulado reclamos por el manejo indebido de la información que les concierne. Si bien ello no es suficiente, los fallos emitidos en esa materia son expresión de que las personas no están totalmente desprotegidas ante intrusiones de que son objeto por parte de terceros no legitimados para el tratamiento de datos personales.

II. SURGIMIENTO DEL PROBLEMA

La evolución que han experimentado las sociedades a raíz del fenómeno globalizador ha impuesto la necesidad de estar informados de lo que pasa a nuestro alrededor. Por ello mismo, gran parte de las nuevas tecnologías desarrolladas desde el siglo XX han tenido como objetivo hacer que en el mundo, como nunca antes, fluyan las comunicaciones. A decir del profesor Alfredo Chirino Sánchez:

[E]stamos viviendo en la actualidad un verdadero movimiento en el llamado “ambiente de la información [...]”. El manejo de estas informaciones se ha ido haciendo a la vez sencillo así como atrayente, así como la tecnología encargada de su procesamiento se ha ido adaptando a los cambiantes y vertiginosos desarrollos de la telemática, lo que ha permitido superar fronteras temporales y geográficas¹.

Sin duda el desarrollo tecnológico de las comunicaciones presenta un lado innegablemente positivo, al posibilitar que casi todo lo que pasa en un continente pueda ser conocido en otro, de forma inmediata; no obstante, ese proceso evolutivo comunicacional también presenta un perfil negativo, ya que no todo lo que pasa en las vidas de las personas es trascendente o adecuado de ser conocido por terceros; de esa manera, la esfera de la privacidad personal se ha visto invadida por perniciosas intromisiones que han sido posibles gracias a esos avances.

Ejemplo de lo anterior es el uso del internet, cada vez más habitual en todas las partes del orbe, el cual ha posibilitado que los seres humanos estén más interrelacionados por medio de herramientas novedosas –tales como *Facebook*, *Twitter* o *LinkedIn*–. Pese a lo positivo, esto último también ha permitido que sujetos ajenos al entorno individual, familiar o social puedan tener acceso a la información personal que se provee; incluso, que se enteren de las acciones cotidianas de otros².

1 Chirino Sánchez, Alfredo., *Autodeterminación informativa y estado de derecho en la sociedad tecnológica*, San José de Costa Rica, Conamaj, 1997, p. 2.

2 En el mismo sentido, el profesor Chirino Sánchez refiere: “Este ambiente global de información que hemos descrito someramente, ha puesto en entredicho el concepto tradicional de ‘intimidad’, para dar paso a nuevos matices conceptuales, a nuevas perspectivas de comunicación entre las personas y los países, generando con ello nuevos retos para el derecho a la protección de datos, el cual se debate hoy en día entre sus ligámenes a los viejos sistemas de control, y a la necesidad de

Vivir en la era de logros tecnológicos ha significado que, desde el nacimiento hasta la muerte de las personas, se recopile información sobre cada una de ellas, pudiendo ser almacenada en ordenadores; de hecho, en la actualidad resulta extraño encontrar oficinas o registros públicos que no hayan implementado el uso de equipos de cómputo para sistematizar datos personales³. Este panorama se ha traducido en la prestación de servicios más eficientes, así también ha posibilitado que, de manera pronta, los interesados puedan obtener constancias o reproducciones de lo que obra en tales dependencias estatales; inclusive se presentan condiciones para que sujetos sin interés puedan acceder a esos datos, por conductos legítimos o no –como por medio del *hackeo*–.

Lo anterior pone de manifiesto que la tecnología al servicio de la información ha aportado importantes logros; empero, así también ha permitido que la vida de las personas sea menos privada y, por ello, más vulnerable por parte de sujetos que pueden fácilmente acceder a cualquier fuente de datos.

La invasión a la privacidad por parte de terceros que obtienen información personal ha viabilizado su transmisión e, incluso, su comercialización. De esa forma, la compraventa de datos a todo aquel que la requiera –principalmente para facilitar la toma de decisiones– se ha perfilado actualmente en una actividad lucrativa que constituye una amenaza cierta de intrusión en el ámbito privado personal.

utilizar nuevas herramientas tecnológicas para garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a decidir quién, cuándo y dónde, y bajo cuáles circunstancias, toma contacto con sus datos". *Ibidem*, p. 14.

- 3 Lo expresado es congruente con lo indicado por Antonio Enrique Pérez Luño: "En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. Para responder a ese riesgo se propugna una nueva dimensión de la libertad: la libertad informática, que aparece como un nuevo derecho de autotutela de la propiedad de identidad informática, o sea, el derecho de controlar (conocer, corregir, quitar o agregar) los datos personales inscritos en un programa electrónico". Ver Pérez Luño, Antonio Enrique. "La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada". *Isegoría, Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 22, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/521/521>.

III. DATOS PERSONALES

Precisado lo expuesto en el apartado anterior, es pertinente definir a qué se hace referencia cuando se usa la expresión que da título al presente segmento. Para ese efecto, primeramente, se trae a cuenta una disposición normativa local: la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República, en cuyo artículo 9, inciso 1, los define como: “[l]os [datos] relativos a cualquier información concerniente a personas naturales identificadas o identificables”.

Los términos en que fue definido el concepto muestran bastante amplitud. La laconía de la definición denota que dentro de la categoría de tales datos están comprendidos todos aquellos que identifican a las personas físicas; ello es congruente con lo regulado en otros cuerpos normativos relativos a la materia; a guisa de ejemplo se evocan: a) un instrumento pionero en la materia: el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado por el Consejo de Europa en 1981, en cuyo artículo 2, inciso a., se establece que el concepto “datos de carácter personal” significa cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable («persona concernida»); y b) la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de particulares de México, en cuyo artículo 2 transitorio, que contiene reformas a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, dispone que, para efectos de la ley, se entenderá por “Datos personales: Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable”.

Con más especificidad que los cuerpos normativos mencionados, el artículo 2 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a su libre circulación, dispone que el concepto hace referencia a:

[T]oda información sobre una persona física identificada o identificable (el “interesado”); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

Contar con una definición amplia del concepto de *datos personales* ha posibilitado que cualquier información relacionada con las personas sea considerada como tal y, por ende, que su acceso sea objeto de regulación; así ha ocurrido en los Estados europeos en los cuales, desde la aprobación de la directiva referida, se propiciaron varias acciones públicas internas de protección.

Con relación a los datos personales que han merecido una especial regulación, destacan los que son considerados como *sensibles*, que son los que, al divulgarse de forma indebida, afectan la esfera privada de los seres humanos. En el ordenamiento normativo guatemalteco puede encontrarse una definición de tales datos, que es la enunciada en el inciso 2 del referido artículo 9 de la Ley de Acceso a la Información Pública de Guatemala, que dispone que dentro de esta categoría se incluyan:

[A]quellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, de origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones íntimas de similar naturaleza.

Es pertinente destacar que desde mucho tiempo atrás ha habido tratamiento de datos de carácter personal, pero, como se expuso anteriormente, hasta la utilización masiva de la informática, no se producía una intromisión tan significativa y agresiva en la esfera personal e íntima de las personas.

IV. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES COMO DERECHO

En este segmento brevemente se hará relación de la protección jurídica de las personas en lo concerniente al tratamiento de sus datos. Ello tiene el propósito de determinar las facultades que gozan los seres humanos frente al tratamiento que pueda dársele a la información personal por parte de los demás.

Además de ser una sentida necesidad, la protección relacionada es concebida como un derecho humano por su condición de inhe-

rente a las personas y porque su tutela, a no dudarlo, contribuye a la dignificación de aquellas⁴. Pese a estimar que son sustentadas las afirmaciones respecto de la naturaleza del derecho, se precisa que este aún es un derecho humano en ruta hacia su consolidación como tal, dado su exiguo reconocimiento⁵.

En relación con la denominación con la que puede ser abordado lo concerniente a este derecho subjetivo, Pablo Lucas Murillo de la Cueva refiere que:

[H]ablar del derecho a la autodeterminación informativa es hablar de la protección de los datos de carácter personal, del mismo modo que tratar de la protección de datos de carácter personal es tratar del derecho a la autodeterminación informativa. Hay, pues, plena coincidencia y la diferencia de denominaciones obedece a que una, la primera, acuñada por Alemania y utilizada por su Tribunal Constitucional Federal en su Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo, se fija en la principal facultad que encierra este derecho: la de que su sujeto, su titular, es decir, cualquier persona, decida, consienta de forma informada y libre el uso por terceros de datos que le conciernen. En cambio, la segunda denominación que, como veremos, es la acogida por la LOPD, por nuestro Tribunal Constitucional y por el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, utiliza una expresión que pretende denominar el conjunto de medios jurídicos a través de los cuales se satisface aquella facultad⁶.

Más adelante, el tratadista toma posición por una de esas denominaciones, al referir:

[P]ersonalmente, he preferido hablar de autodeterminación informativa porque, si bien se trata de una fórmula poco estética, es, sin

4 La naturaleza como derecho humano es abordada por el profesor mexicano Manuel Tenorio. Para abundar sobre el tema, ver: Tenorio Adame, Manuel M. *La protección de datos personales desde el derecho al acceso a la información y como derecho fundamental autónomo, el caso mexicano*, Bogotá, Red Académica Internacional de Protección de Datos Personales, Universidad de Los Andes, http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/5_Manuel-Tenorio_FINAL.pdf.

5 Lo relativo al reconocimiento será abordado en el subsiguiente apartado. Se estima que la consolidación podrá ser alcanzada cuando el derecho sea regulado en una convención internacional con efectos vinculantes para los Estados parte.

6 Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. *El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales*. Azpilcueta, Cuadernos de Derecho, Núm. 20. <http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/20/20043058.pdf>.

embargo, más precisa pues apunta al núcleo del derecho, a su aspecto sustantivo, mientras que la protección de los datos personales es su manifestación instrumental y, por eso, tiene un carácter técnico que le priva de capacidad significativa⁷.

Si bien la variedad terminológica puede generar confusión, se hace la observación de que en el continente europeo –donde más desarrollo ha tenido la figura jurídica– se ha tomado más inclinación por llamarlo *derecho a la protección de datos personales*. En este trabajo se toma partido por ese sustantivo, ya que no solo supone la facultad del interesado directo de conocer el tratamiento que se le da a su información y solicitar su depuración o cancelación, sino que también implica el deber del Estado de tomar medidas efectivas –dentro de ellas preventivas– tendentes a una efectiva protección.

Al haber quedado claro lo referente a la indefinición del uso de términos, se retoma lo relativo a la emergencia del derecho. Para el efecto, se evoca al profesor Alfredo Chirino Sánchez, quien, utilizando la denominación: autodeterminación informativa, indica:

[D]e la mano de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, pero con contribuciones previas de la doctrina civil y constitucional alemana, la figura jurídica del derecho a la autodeterminación informativa [surge] en la importante sentencia sobre la Ley de Censos de 1982. En este fallo se sostiene que en las condiciones actuales de desarrollo del tratamiento de datos personales resulta indispensable la protección del individuo frente a la recolección, almacenamiento, utilización y difusión ilimitada de sus datos personales. Esta protección quedaba englobada, según el decir de la sentencia, en el artículo 2, párrafo primero, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. De esta forma se reconoce un derecho ciudadano a la autodeterminación informativa frente a la difusión y utilización de sus datos⁸.

Con posterioridad a la emisión de la sentencia relacionada en el párrafo anterior, nuevos fallos han enriquecido el contenido de ese derecho; a guisa de ejemplo se evoca el emitido el 30/11/2000 (Exp. 292/2000), en que el Tribunal Constitucional español se pronunció en

7 *Ibidem*.

8 Chirino Sánchez, Alfredo. *La Ley de Protección de Datos en Costa Rica. Luces en la Sombra*. Bogotá, Red Académica Internacional de Protección de Datos Personales, Universidad de Los Andes, http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/3_Alfredo-Chirino_FINAL1.pdf.

el sentido de que el art. 18.4 de su Magno Texto incorpora un nuevo derecho fundamental, dotándolo de plena autonomía respecto de otros, tal como el de la intimidad. Véase:

Este derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos, cuya concreta regulación debe establecer la ley, aquella que conforme al art. 18.4 CE debe limitar el uso de la informática, bien desarrollando el derecho fundamental a la protección de datos (art. 81.1 CE), bien regulando su ejercicio (art. 53.1 CE). La peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

Luego, en el fundamento sexto de la misma sentencia se indica que la protección debe ser concedida:

[A] cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos. También por ello, el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo.

Al hacer acopio de lo expuesto en los párrafos precedentes se toma el atrevimiento de definir el derecho a la protección de datos personales como la facultad de las personas de conocer el tratamiento que se le da a su información personal en cualquier registro de datos, ya sea público o particular, a fin de evitar que sea invadida su

privacidad personal, así como su utilización inadecuada, evitando que se puedan causar daños. Igualmente, implica el deber del Estado de desarrollar esfuerzos tendentes a que el manejo de esos datos por parte de terceros se realice dentro del total respeto de la vida privada.

V. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

Como quedó apuntado en párrafos precedentes, los contenidos del instituto jurídico conocido como *derecho a la protección de datos personales* se han perfilado de manera relativamente reciente, principalmente por los conductos jurisprudencial y doctrinario. No obstante, se trae a cuenta la existencia de instrumentos normativos internacionales en materia de derechos humanos, que pueden ser considerados como el marco regulatorio general que propició la emergencia del derecho; dentro de estos, se cita primeramente la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo artículo 12 se establece: “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Igualmente, se evoca el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”⁹.

Es notorio que la declaración y pacto mencionados, así como las convenciones regionales referidas a la protección de la privacidad, pueden ser considerados como la base del posterior desarrollo del derecho objeto del presente estudio; no obstante, debe establecerse que los primeros pasos legislativos locales de lo que podría denominarse la primera generación de protección de datos, se produjo en Alemania, con la promulgación de la Ley del *Land* de Hesse de 7 de

9 Es destacable que en la Observación General núm. 16, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, al referirse al respeto al derecho a la intimidad enunció: “La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley”.

octubre de 1970, que tiene el mérito de disciplinar los bancos de datos públicos de ese *land* alemán, así como de crear la primera institución específica de tutela: el *Comisario de Protección de Datos*.

En un estadio posterior al antes relacionado, se estima que lo más destacable en cuanto al paulatino reconocimiento se produjo con el Convenio 108 del Consejo Europeo para la protección de las personas con respecto a los datos de carácter personal. Respecto de este instrumento normativo, Antonio Troncoso Raigada manifiesta que:

[H]a sido éste el primer instrumento internacional que no sólo ha reconocido sino que ha fijado los elementos principales del contenido del derecho fundamental a la protección de datos personales, debiendo destacarse el importante papel jugado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para lograr el reconocimiento y tutela del derecho fundamental a la protección de datos personales.¹⁰

Si bien el convenio resultó un avance sustancial, el 24/10/1995, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, con el que se superaron las debilidades que en la práctica mostraba el primer instrumento. Los numerosos considerandos que sustentan la aprobación de la directiva dan cuenta de su fuerte influencia iushumanista. Para tener una idea somera de su contenido, se transcribe el artículo 1 que dispone:

1. Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales. 2. Los Estados miembros no podrán restringir ni prohibir la libre circulación de datos personales entre los Estados miembros por motivos relacionados con la protección garantizada en virtud del apartado 1.

10 Troncoso Raigada, Antonio, *El desarrollo de la protección de datos personales en Iberoamérica desde una perspectiva comparada y el reequilibrio en los modelos de protección de datos a nivel internacional*, Bogotá, Red Académica Internacional de Protección de Datos Personales, Universidad de Los Andes, http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Antonio-troncoso_FINAL.pdf.

Es pertinente resaltar que en su contenido se aborda lo relativo a la serie de facultades denominadas *derechos ARCO*, las cuales le son reconocidas al titular de los datos personales para propiciar el acceso, rectificación, cancelación y oposición de toda la información que le concierne.¹¹

El contenido de los cuerpos normativos europeos comentados propició la promulgación de leyes locales –como la Ley Orgánica de Protección de Datos, conocida como la Ley 15/1999 o LOPD– y la creación de órganos administrativos o autoridades públicas responsables de control del tratamiento de datos personales. Los avances alcanzados podrían ser superados con la aprobación del Reglamento General de Protección de Datos, del cual existe una propuesta en el Parlamento Europeo y Consejo.

En América la protección de datos ha experimentado un desarrollo distinto al acontecido en Europa, ya que el modelo al que inicial y mayoritariamente se le apostó en este continente privilegiaba la autorregulación en el tratamiento de datos, así como el consumo y la competencia. No obstante, dado que mantener ajeno al Estado en las funciones de control ha demostrado insuficiencia, el panorama tiende a cambiar; así lo refiere Troncoso Raigada:

[L]a protección de datos personales está viviendo en la actualidad un periodo de cambio profundo, tanto en Iberoamérica como en EEUU y en la Unión Europea. Los países iberoamericanos están afrontando en los últimos años un proceso de aprobación de normas de protección de datos personales, que aproxima su legislación al modelo europeo y les aleja del modelo americano. Como es sabido, la protección de los datos personales dentro del modelo americano ha descansado hasta ahora en la autorregulación vinculante y en el ámbito del derecho del consumo y del derecho de la competencia. Las empresas tienen que cumplir con sus clientes sus compromisos de privacidad y si no lo hacen se les puede exigir judicialmente su responsabilidad y la correspondiente indemnización¹².

Dentro de la línea de cambio antes referida, son destacables los logros de Estados vecinos, como México, que en 2010 aprobó la Ley

11 Las iniciales de estas acciones –acceso, rectificación, cancelación y oposición– dan nombre a los derechos mencionados: ARCO.

12 *Ibidem*.

federal de protección de datos personales en posesión de los particulares; así también Costa Rica, que en 2011 aprobó la Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

VI. POSESIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Como se indicó en el primer apartado, los datos personales pueden obrar en registros públicos y privados; ello es así, dado que, desde el nacimiento, de forma obligada o involuntaria, se deja huella de lo que pasa en nuestras vidas. Así las cosas, la información que únicamente nos concierne va quedando en manos de dependencias y entes gubernamentales, así como de sujetos particulares, a los que hemos facultado recopilarlas o los que, sin contar con la venia de su titular, la recaban de cualquier tipo de archivos –como por medio del *hackeo*–.

Con base en lo expuesto se afirma que no solamente en los órganos estatales obra información de carácter personal, también las empresas o entidades privadas pueden obtenerla e, incluso, transmitirla o comercializarla a terceros. Ello es manifestación de lo vulnerable que en tiempos actuales resulta la esfera privada de la vida de las personas.

Ante una situación tan preocupante, es preciso que los Estados cumplan con su función de prevenir intromisiones a la privacidad personal y de reparar los daños que producen los actos de recopilación y venta de datos personales –especialmente los de carácter sensible– sin que concurra el consentimiento del titular. Más apremiante es la necesidad de protección cuando tal información es incorrecta y ni siquiera se tiene la posibilidad de rectificación o de oponerse a que sea utilizada por un tercero. Ello se traduce en la necesidad de hacer efectivos los derechos ARCO, o sea: facultar a las personas al acceso, la rectificación, la corrección o la oposición de los datos que les corresponden. Estas facultades quedan sintetizadas en el derecho a la protección de datos personales.

Respecto de la necesidad referida, se pronuncia Francisco Javier Acuña, al indicar:

[S]e requiere que haya garantías para que la circulación de los datos personales ocurra con normalidad dentro del sector público y privado, con la seguridad de que sólo los datos de carácter comercial o profe-

sional pueden ser vendidos. En cambio los datos sensibles, los íntimos que revelan cuestiones más delicadas respecto al libre desarrollo de la personalidad, deben ser guardados bajo siete candados.¹³

Ciertamente, son necesarios los candados a los que metafóricamente hace alusión el autor citado; no obstante, retomando el sentido de la sentencia española dictada en el Exp. 292/2000, la protección es precisa con relación a todo tipo de datos que son objeto de manejo por parte de terceros sin la aquiescencia del titular.

VII. LA SITUACIÓN EN GUATEMALA RESPECTO DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La Constitución guatemalteca fue promulgada en 1985 y entró en vigencia a inicios del año siguiente. Para entonces era exiguo el desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial del derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa; no obstante, dentro de su catálogo de derechos humanos, específicamente en el artículo 24, quedó consagrado lo relativo a la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros. Del texto de ese precepto fundamental destaca el segmento que se transcribe: “Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna”.

Se aprecia que el sentido de la disposición normativa constitucional transcrita es asegurar la inviolabilidad de la correspondencia, así como de todo tipo de comunicación, incluyendo las que son producto de los avances tecnológicos –el internet, dentro de ellas–, evitando la perniciosa incursión de cualquier tipo de intrusos en la esfera privada. Aunque el título del artículo no hace referencia expresa al derecho que se analiza en este trabajo, quedó plasmado el compromiso estatal de garantizar protección.

En los artículos 30 y 31 de la Constitución quedaron consagrados, respectivamente, lo relativo a la publicidad de los actos administrativos y el derecho de acceso a los archivos y registros estatales.

13 Acuña, Francisco Javier. “Hacia la urgente regulación omnicompreensiva de los datos personales en México”, Villanueva, Ernesto (Coord.), *Derecho de la información. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM–, 2007, p. 220.

Su contenido sirvió de sustento para la emisión de la Ley de Acceso a la Información Pública y de toda la normativa nacional en materia de transparencia. Destaca el último de los artículos en mención por reconocer el “derecho de [las personas de] **conocer** lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a **corrección, rectificación y actualización**” (la negrilla es propia). En la parte última del precepto se prohíbe la existencia de “registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos”. De forma no expresa esta última disposición constitucional tiene relación con la protección de datos personales, precisándose que únicamente en cuanto a su manejo en órganos públicos.

El contenido de las normas constitucionales comentadas da cuenta de un acercamiento al concepto de derecho a la protección de datos, aunque se recalca la inexistencia de norma expresa. Pese a que no es el escenario ideal, en la práctica ello no ha resultado una dificultad para su tutela jurisdiccional –principalmente en reclamos contra particulares–, ya que el artículo 44 constitucional ha sido la puerta por la cual se ha posibilitado no excluir cualquier derecho o garantía inherente a la persona humana.

En el plano legal se destaca la regulación de nuevos ilícitos penales clasificados como *informáticos*, los cuales quedaron contenidos en los siguientes artículos del Código Penal: a) 274 “D”, que prescribe: “**Registros prohibidos**. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a mil quetzales, al que creare un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas”; b) 274 “E”, que establece: “**Manipulación de información**. Se impondrá prisión de uno a cinco años y multa de quinientos a tres mil quetzales, al que utilizare registros informáticos o programas de computación para ocultar, alterar o distorsionar información requerida para una actividad comercial, para el cumplimiento de una obligación respecto al Estado o para ocultar, falsear o alterar los estados contables o la situación patrimonial de una persona física o jurídica”; y c) 274 “F”, que dispone: “**Uso de información**. Se impondrá prisión de seis meses a dos años, y multa de doscientos a mil quetzales al que, sin autorización, utilizare los

registros informáticos de otro, o ingresare, por cualquier medio, a su banco de datos o archivos electrónicos”.

De alguna forma el articulado penal transcrito deja entrever cierta preocupación estatal por el tratamiento indebido de datos personales por parte de terceros, lo cual pudiera afectar la esfera de la privacidad. Se entiende que esos esfuerzos son plausibles; no obstante, se estima que lo ideal es el efectivo control estatal, incluyendo tareas de prevención. A juicio de quien escribe, esto puede lograrse con disposiciones legales específicas¹⁴, tales como las logradas en España, México, Costa Rica, Argentina, Uruguay y Chile. También es preciso contar con una autoridad reguladora, a fin de que administrativamente puedan materializarse todas las actividades que suponen protección y que los reclamos se judicialicen –por conducto del *hábeas data*¹⁵– únicamente si en la primera vía aquellos no son satisfechos.

VIII. ANÁLISIS DE FALLOS EMITIDOS POR LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD EN AMPAROS PROMOVIDOS CONTRA ENTES PRIVADOS EN POSESIÓN DE DATOS PERSONALES

Como indica el título, en el presente apartado se analizarán sentencias dictadas, en alzada, por la Corte de Constitucionalidad, dentro de expedientes concernientes a procesos de amparo promovidos contra sujetos particulares que manejan información de carácter personal. Los fallos son escasos en número, pero su parte considerativa destaca por su rica argumentación en materia de protección de datos personales.

A. Sentencia de 11/10/2006 (Exp. 1356-2006)

En el fallo que se analiza primeramente se conoció la apelación planteada en un proceso de amparo biinstancial promovido por una persona que reclamó contra una entidad mercantil privada que

14 No puede pasarse por alto la existencia de la iniciativa legal 4090 (de 2009), que contiene el proyecto de Ley de Protección de Datos Personales, en la cual se propone la creación de la Dirección de Protección de Datos.

15 Localmente el *hábeas data* se encuentra regulado de forma expresa únicamente en el artículo 30 de la Ley de Acceso a la Información Pública, como mecanismo administrativo de acceso y corrección de los datos en posesión de órganos estatales.

comercializa información por medio de una página web. Se adujo vulnerados los derechos a la intimidad, a la privacidad y al honor.

La sentencia tiene el mérito de ser la primera en que la Corte de Constitucionalidad tuteló jurisdiccionalmente el derecho a la protección de datos, utilizando la denominación *derecho a la autodeterminación informativa*. En la parte considerativa se indicó:

Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquéllos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa. En ese orden de ideas, sostiene esta Corte que con la decisión que se asume en este fallo, se pretende positivizar, en beneficio de [...], los derechos que están reconocidos en los artículos 4° y 44 de la Constitución Política de la República, 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para ello, se estima pertinente matizar los siguientes aspectos: A. Los derechos a la intimidad y al honor requieren de una protección jurídica especial que posibilite, a su vez, una protección social del “yo” de cada persona en el ámbito jurídico de los demás. Esto debe impedir que, bajo subterfugios, pueda darse a conocer a terceros diversas situaciones calificadas por el conglomerado social como deshonrosas, atentatorias de la honra personal, la propia estimación y el buen nombre o reputación de una persona y que afecten a ella en su propia individualidad; derechos estos últimos que son propios de los principales atributos de la persona humana: la personalidad. B. No es ajeno al conocimiento de este tribunal que el derecho a la intimidad propugna por un mínimo respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que es aquél que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo aquéllas en las que sea el propio particular quien autorice su divulgación. También es insoslayable que la intromisión a este derecho puede alcanzar niveles insospechados con el avance de la tecnología actual y la transmisión de información por medios de comunicación masiva. Los avances de la tecnología informática generan a su vez una dificultad en cuanto a proteger adecuadamente el derecho a la intimidad y a la privacidad de una persona individual. Una solución a esa problemática ha sido la de reconocer **el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, cuyo goce posibilita**

a éste un derecho de control sobre todos aquellos datos referidos a su persona y, a su vez, le garantiza la tutela debida ante un uso indebido (es decir, sin su autorización) y con fines de lucro, por parte de un tercero, de todos aquellos datos personales susceptibles de tratamiento automatizado, con los cuales se integra una información identificable de una persona; información que cuando es transmitida a terceras personas sin los pertinentes controles que permiten determinar su veracidad o actualización, puedan causar afectación del entorno personal, social o profesional de esa persona, causando con ello agravio de sus derechos a la intimidad y al honor (la negrilla es propia).

Puede notarse que jurisprudencialmente es reconocida la existencia del derecho, pese a que, como quedó apuntado en el apartado anterior, este no es reconocido constitucionalmente de forma expresa y hay ausencia de desarrollo legal.

Es destacable que el fallo tuvo un espíritu didáctico, dado que establece que:

Para la debida intelección del respeto al derecho a la autodeterminación informativa del individuo, esta Corte sostiene que debe tenerse presente lo siguiente: i. En la definición de “dato personal”, **debe considerarse como tales todos aquéllos que permitan identificar a una persona, y que posibiliten de ésta la determinación de una identidad que a ella pueda reputarse como propia.** Esta determinación puede devenir, por citar algunos ejemplos, de un número de identificación o bien por uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social, etc. ii. La protección de la persona respecto de sus datos personales que son objeto de automatización, debe ser consecuencia de la observancia de una obligación general de protección de derechos humanos que resultan particularmente vulnerables, precisamente si tales datos pueden ser objeto de tratamiento a través de tecnología informática. De ahí que toda regulación o disposición que de tales datos se haya de realizar, debe respetar, como condición ineludible, el contenido esencial del derecho a la dignidad humana. En íntima relación con lo anterior, también debe entenderse que la expresión “protección de datos personales”, conlleva que el destinatario de la protección antes indicada debe ser la persona cuyos datos personales son objeto de tratamiento automatizado, protección que abarca, en sentido amplio, desde el momento de la obtención de tales datos hasta la utilización para dominio público de aquéllos. Se acota que el alcance de esa protección debe determinarse, en principio, en razón de la trascendencia

social o interés social legítimo de esos datos personales. En la resolución se evocan referentes de Derecho Comparado [...] **iii.** La plena eficacia de este derecho a la autodeterminación informativa debe permitir, a su vez, a la persona: a) el derecho a la actualización de sus datos; b) el derecho a la rectificación por información errónea, incompleta o inexacta de sus datos; c) el derecho a la reserva (confidencialidad) de cierta información que sobre ella se obtenga, y que aun cuando ésta pueda ser legalmente requerida, se mantenga en grado de confidencialidad para terceras personas ajenas a la situación que motivó el requerimiento; y d) el derecho a la exclusión, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado, y que sea producto de noticias o datos que sólo a este último conciernan; exclusión que, para ser admitida, también debe tomar en cuenta los parámetros de trascendencia social o interés social legítimo antes indicados (la negrilla es propia).

Resulta evidente que el carácter pionero del pronunciamiento, en cuanto a esta temática, fue aprovechado por la Corte de Constitucionalidad para plasmar lo que entiende por datos personales, su necesaria protección –para destacar esa necesidad, se evocan referentes de Derecho Comparado– y las facultades que nacen del reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa.

La resolución hito también aprovecha para indicar que lo deseable para un efectivo control de la transmisión de datos por conductos informáticos es la existencia de una ley específica. Véase:

La obtención de datos personales que puedan formar una base de datos, susceptible de transmisión vía medios de comunicación masiva o electrónica –por medio de la informática–, debería ser objeto de regulación por parte de una ley, como ocurre, por mencionar únicamente dos ejemplos, con la Ley Orgánica de Protección de Datos en España, o la Ley para regular las Sociedades de Información Crediticia en México. En Guatemala no existe tal regulación, y en tanto no la haya, para no incurrir en situaciones *legibus solutus*, a criterio de esta Corte toda comercialización de información de datos de una persona debe estar sujeta a que esa información fuera proporcionada voluntariamente por la persona, cuyos datos serán objeto de comercialización; y que al momento de obtenerse, se le haya garantizado a dicha persona los derechos de actualización, rectificación, confidencialidad y exclusión antes citados, como una forma de resguardar los derechos fundamentales a su intimidad personal, privacidad y honor.

Dentro de las líneas finales de la parte considerativa se expresa:

Reconocida entonces la existencia del derecho de una persona a determinar la existencia o inexistencia de registros o bases de datos en los que consten sus datos personales, y de obtener una rectificación, supresión o eventual bloqueo de los mismos, si en la utilización indebida de éstos se pueda, en efecto, afectar su intimidad y honor, corresponde ahora determinar la manera en la que puede solicitarse la tutela judicial de tales derechos. Es sabido que en la legislación comparada y de acuerdo con la doctrina procesal constitucional moderna, **la tutela de tales derechos se hace por medio de la acción procesal denominada “hábeas data”, misma que en Guatemala no ha sido objeto de regulación legal. Ante ese vacío legal, y mientras el mismo concurra en este país, esta Corte sostiene que por la amplitud con la que está establecido el ámbito de conocimiento del amparo, este último resulta ser la acción constitucional idónea** para garantizar el derecho que a toda persona asiste de acceder a su información personal recabada en bancos de datos o registros particulares u oficiales (observándose, respecto de este último, las situaciones de excepcionalidad contenidas en el artículo 30 constitucional), o cuando esos datos sean proporcionados por personas individuales o jurídicas que prestan un servicio al público de suministro de información de personas, a fin de positivizar aquellos derechos de corregir, actualizar, rectificar, suprimir o mantener en confidencialidad información o datos que tengan carácter personal, y así garantizar el adecuado goce de los derechos reconocidos en los artículos 4º, 28 y 31 de la Constitución Política de la República (la negrilla es propia).

En el último pasaje transcrito se hace referencia a la viabilidad del amparo para un asunto en que la acción constitucional de *habeas data* sería el conducto judicial procedente. Si bien es sustentada esa afirmación, bajo el punto de vista del autor de este trabajo, lo ideal es que ese mecanismo de protección opere en defecto de no ser satisfechos los reclamos por parte de autoridad administrativa a la que se le encomiende el desarrollo de tareas de control del manejo de datos personales.

Como puede apreciarse, aunque es la primera sentencia estimatoria respecto de ese derecho, el tribunal constitucional guatemalteco abordó de forma abundante y consistente el instituto jurídico. Otro dato importante del caso, así como de los otros dos objeto de análisis posterior, es que el planteamiento no fue desestimado sobre la base

de falta de legitimación pasiva, aduciéndose que el sujeto pasivo era una entidad privada cuya actuación estaba desprovista de autoridad; al contrario, se advierte que el tribunal constitucional determinó que no conocer el asunto dejaría en situación de desprotección al afectado frente a un atropello a la privacidad.

B. Sentencia de 22/10/2009 (Exp. 2674-2009)

Transcurrió mucho tiempo para que la Corte de Constitucionalidad nuevamente conociera, en alzada, un amparo promovido por una persona que reprochó el tratamiento de que eran objeto sus datos personales por parte de una entidad mercantil particular. En el fallo en primera instancia se dispuso:

II) Como consecuencia se deja definitivamente en suspenso los actos de recolección, procesamiento, comercialización de los datos personales y de información privada de la parte recurrente **y de cualquier otra persona** que no conste su consentimiento expreso y que infrinja al ejercicio de derecho de vida privada, privacidad, confidencialidad de datos personales e información privada, tutelados por esta sentencia, y para el efecto líbrese el oficio respectivo, al estar firme el presente fallo (la negrilla es propia).

Dado que la resolución fue estimatoria, el sujeto pasivo del amparo apeló, específicamente la frase que aparece en negrilla en el pasaje transcrito; su oposición a ese efecto se sustentó en el hecho de que el pronunciamiento debía tener efectos únicamente en beneficio del recurrente y no hacia la generalidad.

En el segmento considerativo se hace acopio de los efectos propios del amparo, según la normativa procesal constitucional local y, sobre esa base, acogió la apelación. Véase:

[L]a sentencia será siempre tal que sólo se limite a amparar en el caso especial, sin hacer una declaración general respecto del acto que lo motive. También, con base en el principio de iniciativa o instancia de parte, el amparo no puede operar oficiosamente, sino que corresponde al interesado legítimo provocar la actividad tuteladora de sus derechos lesionados. De ahí que la declaración que se haga respecto de los derechos denunciados, benefician o perjudican únicamente a quien reclama. Atendiendo a estos principios, el efecto de la sentencia que conceda la protección constitucional se constriñe exclusivamente al ac-

cionante, de manera que quien no haya sido expresamente amparado, no puede beneficiarse con la resolución dictada. En el presente caso, el tribunal de amparo de primer grado, al emitir su pronunciamiento, otorgó el amparo solicitado, sin embargo, los efectos derivados de dicho otorgamiento suponen que la orden dada en cuanto a la suspensión definitiva de los actos de recolección, procesamiento y comercialización de los datos personales y de información privada, fue decretada a favor no solo del amparista, sino **de cualquier otra persona**. Esa actuación, atendiendo a lo antes considerado y, de conformidad con lo ordenado en la disposición legal relacionada, excede el ejercicio de las facultades legales del referido tribunal, por lo que en ese sentido, es procedente declarar con lugar el recurso de apelación promovido y, como consecuencia, modificar el numeral II) de la parte resolutive de la sentencia apelada, a efecto de que la suspensión definitiva de los actos de recolección, procesamiento y comercialización de los datos personales y de información privada, se entienda únicamente en función de la parte recurrente (la negrilla es propia).

El contenido del fallo que ahora se comenta provoca dos reflexiones: *a)* si bien en la sentencia de 11/10/2006 (Exp. 1356-2006) se indicó que, ante la ausencia de un mecanismo jurisdiccional específico para la protección de datos personales, el amparo resulta ser el conducto procedente para reclamar protección, ha de tenerse presente los efectos de un fallo estimativo, los cuales van dirigidos a favorecer específicamente al reclamante; ello es así ya que únicamente el Procurador de los Derechos Humanos podría accionar pretendiendo consecuencias hacia toda la población si advirtiere que intereses difusos fueren objeto de afectación, según lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad; y *b)* la dificultad que representa el hecho de que todo interesado tuviere que reclamar jurisprudencialmente protección ante la existencia de empresas o entes privados que manejan y comercializan datos personales pudiera ser superado con la existencia de autoridad pública administrativa a la que se acceda sin formalismos u otras dificultades.

C. Sentencia de 21/06/2011 (Exp. 863-2011)

Este fallo contiene un pronunciamiento que complementa lo considerado en la sentencia de 11/10/2006 (Exp. 1356-2006), en cuanto a la concepción local del derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa. En este también se

conoció una apelación planteada por el postulante del amparo, por habersele denegado en primera instancia la tutela solicitada contra la comercialización, sin su consentimiento, de datos e información correspondiente a su persona, por medio de un sitio de internet. En ese caso se alegaron violados los derechos a la intimidad, a la vida privada, a la autodeterminación informativa y de defensa. En la parte considerativa se indicó:

[L]a recopilación de datos personales de particulares para su comercialización, que hace la entidad impugnada sin autorización expresa de los mismos, los cuales en muchos casos ni siquiera se encuentran actualizados, como en el presente caso, y que además para actualizar dichos datos deba de pagarse cierta cantidad, deviene en perjuicio de cualquier persona y constituye una ingerencia [*sic*] abusiva en su ámbito personal y de su dignidad como persona humana, por lo que se concluye que esto forma el elemento fáctico que provoca un agravio personal y directo, y no específicamente lo denunciado por el agraviado al perjudicarle el acceso a un trabajo, ya que la materialidad del elemento que provoca agravio es la divulgación de su información privada la cual quedó plenamente establecida y es reparable únicamente por esta vía, en consecuencia debe dejarse de difundir a través de medios electrónicos cualquier información sobre el postulante, para que cese la vulneración de derechos fundamentales conculcados.

La sentencia reconoce la existencia de prácticas de comercialización de la información personal; empero, con respecto a su legitimidad, establece:

Se acota que si bien la comercialización de datos personales pudiera estar comprendida en el ejercicio del derecho que garantiza el artículo 43 constitucional, este último encuentra una limitación en el derecho a la dignidad humana, el cual prevalece sobre aquél; de manera que ante esa prevalencia y salvo lo que en contrario pueda disponerse en leyes específicas, se sostiene que todas aquellas personas individuales o jurídicas que realicen actividades de comercialización de información obtenida de registros o bases de datos personales, deberían, al comercializar tal información, por lo menos, observar: a) los datos que para tal efecto hubiesen obtenido, lo hayan sido conforme una finalidad plenamente definida, de forma legítima y de manera voluntaria por parte de aquél cuyos datos vayan a ser objeto de comercialización; b) la utilización de esos datos personales debe hacerse sin obviar un previo asentimiento de la persona interesada,

utilización que debe realizarse con un propósito compatible con aquél para el que se hubiesen obtenido; y c) el registro y utilización de los mismos debe conllevar, necesariamente, la implementación de controles adecuados que permitan, por aquél que disponga de esos datos, la determinación de veracidad y actualización de los mismos por parte y como una responsabilidad de quien comercializa con los mismos, y el amplio goce del derecho a la rectificación de estos por aquél que pudiera verse afectado en caso de una errónea o indebida actualización. Así las cosas, toda comercialización de datos personales que no observe tales parámetros (cuya enunciación es enumerativa y no limitativa), podría derivar en una actividad ilegal, violatoria de derechos fundamentales, que conllevaría responsabilidad legal tanto para aquéllos que proporcionen tales datos como para quienes se sirvan de ellos en la toma de decisiones respecto de situaciones relacionadas con una persona en particular.

Se advierte que es meritorio que en esta sentencia hayan quedado plasmados los parámetros mínimos para el desarrollo de la actividad comercial de compraventa de datos.

D. Sentencia de 10/02/2015 (Exp. 3552-2014)¹⁶

En el Juzgado Décimo Primero de Primera Instancia Civil del departamento de Guatemala, el Procurador de los Derechos Humanos promovió amparo contra seis entidades mercantiles, habiendo dirigido su reclamo contra la actividad sistemática e ininterrumpida desarrollada por esas entidades, en cuanto a recopilar y difundir de manera “ilegítima e indiscriminada” datos personales de la población en general, tales como los relativos a información crediticia, judicial, mercantil y de prensa, lo cual –aparentemente– era desarrollado sin el consentimiento expreso de los titulares y es almacenada mediante tecnología informática moderna, de fácil acceso y divulgación, permitiendo su comercialización. A juicio del defensor del pueblo guatemalteco, con ello eran violados los derechos a la intimidad, a la libertad de acción, a la autodeterminación informativa –como manifestación del derecho a la intimidad–, de defensa y de trabajo de toda la población en general.

16 Este fallo fue emitido más de un año después de la presentación del ensayo en el curso Retos del constitucionalismo en el siglo XXI; sin embargo, por su relevancia, se agrega un análisis del pronunciamiento que este contiene.

El referido órgano jurisdiccional, constituido en tribunal de amparo, otorgó la protección constitucional solicitada únicamente en cuanto a los reclamos formulados contra tres de los sujetos pasivos de la garantía instada; como efecto positivo del fallo, ordenó a esas entidades mercantiles denunciadas que, en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha en que la decisión jurisdiccional causare ejecutoria, que se abstuvieran de realizar actividades consistentes en recopilar, difundir y comercializar con terceros, por cualquier medio, datos personales o de la vida privada de las personas que figuren en sus bases de datos y que no hubieren dado su consentimiento expreso para dicha actividad lucrativa. Asimismo, el amparo fue denegado en cuanto a los reproches dirigidos contra los otros tres entes reprochados.

Inconformes con lo resuelto, las tres personas jurídicas contra las que se otorgó protección constitucional apelaron el fallo relacionado. La Corte de Constitucionalidad, al resolver en alzada, declaró sin lugar los recursos de apelación interpuestos y confirmó la totalidad de la sentencia apelada, por considerar, entre otros motivos:

En ese orden de ideas, la recopilación de datos personales de particulares para su comercialización, que hacen las referidas entidades impugnadas sin autorización expresa de las personas perjudicadas, los cuales en muchos casos ni siquiera se encuentran actualizados y que además para actualizar estos deba de pagarse cierta cantidad, deviene en perjuicio de cualquier persona y constituye una injerencia abusiva en el ámbito personal y de su dignidad como personas humanas, por lo que se concluye que esto forma el elemento fáctico que provoca un agravio personal y directo, ya que la materialidad del elemento que provoca agravio es la divulgación de su información privada la cual quedó plenamente establecida y es reparable únicamente por esta vía, en consecuencia, debe dejarse de difundir a través de medios electrónicos cualquier información sobre las personas que sin conocimiento previo ni autorización de su parte se ven afectadas para que cese la vulneración de derechos fundamentales conculcados, debiendo permitirles a las personas que autoricen la difusión de sus datos personales el manejo y rectificación de tal información.

En virtud de lo expuesto y, con el ánimo de proteger de violación los derechos constitucionales enunciados que asisten a la población en general, los que podrían verse eventualmente amenazados si se continúan comercializando sus datos sin permitirles el conocimiento de su

uso, se llega a la conclusión que debe confirmarse el otorgamiento de amparo instado por el Procurador de los Derechos Humanos a favor de la población con relación a las entidades Información en Red, Sociedad Anónima, –INFORNET–, Digitación de Datos, Sociedad Anónima, –DIGIDATA– y Trans Unión Guatemala, Sociedad Anónima y a efecto de mantener a la población en el efectivo goce sus derechos.

A juicio de quien escribe, pese a que se celebra la emisión de una sentencia con el contenido transcrito, se insiste que lo deseable es contar con un cuerpo normativo que recoja directrices como las expuestas en ese fallo; de igual forma debe contarse con un órgano de control, con funciones de vigilancia, inspección, verificación e, inclusive, sanción de la actividad comercializadora de datos que no cumpla con los parámetros establecidos. Mientras ello no ocurre, persiste el riesgo de operaciones de manejo de datos personales, sin contar con el asentimiento de los titulares de estos.

IX. INICIATIVA DE LEY 4090

En 2009, justo unos meses después de la entrada en vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública, el entonces diputado Mariano Rayo presentó un proyecto de Ley de Protección de Datos Personales, el cual fue acompañado de la correspondiente exposición de motivos para justificar la propuesta.

La ley que se propuso está compuesta por cinco capítulos, a saber: **a)** el primero contiene disposiciones o definiciones generales; **b)** el segundo regula los principios generales de la protección de datos personales; **c)** el tercero se refiere a la transferencia de datos personales, precisando los casos en que se permite la transmisión; **d)** el cuarto establece la Dirección para la Protección de Datos Personales –lo ideal es que sea una “Defensoría”–, que sería un órgano desconcentrado adscrito a la Institución del Procurador de los Derechos Humanos; y **e)** el quinto y último capítulo es el relativo a los procedimientos, tanto los concernientes a la intervención de archivos y bases de datos personales, como al régimen disciplinario aplicable y al proceder interno.

Ciertamente, la iniciativa de ley no logró permear ni en la legislación en que fue presentada ni en la actual. La propuesta muestra aspectos con avances sustanciales y otros que podrían ser objeto de mejoras. Queda a discusión su contenido; sobre todo, la conveniencia

de que la función de autoridad pública responsable de la vigilancia de la protección de datos sea atribuida a la “Dirección” antes mencionada, así como lo relativo a la legitimidad de su adscripción a la institución relacionada.

El tiempo transcurrido desde que fue presentada la iniciativa de ley, sin mostrar resultados positivos, da cuenta del escaso interés que ha provocado el tratamiento legislativo de este tópico, a pesar de que innegablemente es una sentida necesidad actual.

X. REFLEXIONES FINALES (A MANERA DE CONCLUSIÓN)

El contenido de las líneas anteriores permite advertir la concurrencia de algunos elementos que es dable destacar:

1. La protección de datos personales se configura como un derecho humano; tal naturaleza jurídica obedece a su condición de inherente a las personas; además, porque su tutela, sin duda alguna, contribuye a la dignificación de aquellas.
2. El referido derecho humano aún está en ruta hacia su consolidación, en virtud de su exiguo reconocimiento. Lo ideal es que este sea consagrado en una convención internacional en la que, sin reticencia alguna, queden plasmados compromisos, por parte de los Estados signatarios, para su efectiva protección.
3. Se advierte irrelevante que el derecho que se comenta no sea denominado de manera uniforme –pues lo ideal es su respeto, indistintamente de su nominación–; sin embargo, se toma partido por llamarlo *derecho a la protección de datos personales*, ya que este sustantivo compuesto no solo supone la facultad del directamente interesado de conocer el tratamiento que se le da a su información y solicitar su depuración o cancelación, sino que también implica el establecimiento de mecanismos para su tutela y el deber del Estado de tomar las medidas efectivas tendentes a hacer efectivo el derecho.
4. En el continente europeo se ha producido el mayor desarrollo conceptual del derecho a la protección de datos. En América, en cambio, se apostó inicialmente por la autorregulación en el

- tratamiento de datos, así como por el consumo y la competencia; no obstante, dado que mantener ajeno al Estado en las funciones de control ha demostrado insuficiencia, el panorama ha tendido a cambiar, ya que recientemente varios Estados latinoamericanos han adoptado leyes ordinarias sobre la temática (México, Costa Rica, Argentina, Uruguay y Chile).
5. La normativa constitucional guatemalteca evidencia un acercamiento al concepto de derecho a la protección de datos, específicamente en cuanto al tratamiento de información personal por parte de autoridades públicas; no obstante, es preciso contar con regulación específica, principalmente en cuanto al manejo de datos por parte de empresas o entes privados. Debe destacarse la existencia de una iniciativa de ley en el Congreso de la República (Núm. 4090), cuyo impulso debe ser retomado.
 6. Sobre la base de la experiencia europea, se advierte necesaria la existencia de un órgano o autoridad administrativa encargado del control del tratamiento de la información personal y a la que todo interesado pudiera tener acceso sin formalismos u otras dificultades; ello debería ser así para que la tutela judicial pueda promoverse –vía *habeas data*, que es el mecanismo idóneo– si en el primer conducto no son satisfechos los reclamos.
 7. Los precedentes jurisprudenciales analizados son referentes de que, a pesar de la ausencia de regulación expresa del derecho a la protección de datos por parte de empresas o entes privados, la tutela constitucional ha sido posible por medio del amparo. La sentencia dictada el 10/02/2015 (Exp. 3552-2014) es la mejor manifestación de ello, dado que, por su conducto, se ha ordenado a algunos entes privados que cesen en sus actividades de comercialización y divulgación de datos personales que afectaban a la población en general.
 8. Los fallos comentados muestran una rica argumentación en cuanto al contenido del derecho humano antes referido, su objeto, vía para plantear reclamos, efectos tuitivos, etc. Pese al alto valor de los pronunciamientos, el escenario ideal es contar con una ley que disponga de amplia protección ante cualquier manejo de datos y posibilite instituir un órgano o autoridad

administrativa responsable del control del tratamiento de información personal.

9. Debe tenerse presente que la emisión de la Ley de Acceso a la Información Pública tuvo el propósito de transparentar el ejercicio de la función pública, mas no ser el instrumento que asegure el respeto al derecho a la protección de datos personales. Si bien algunos de sus artículos indirectamente posibilitan ese respeto, lo ideal es que un cuerpo normativo con las herramientas debidas regule específicamente ese tópico.

XI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUÑA, Francisco Javier, "Hacia la urgente regulación omnicompreensiva de los datos personales en México", Villanueva, Ernesto (coord.), *Derecho de la información. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas –UNAM–, 2007.

CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo, *Autodeterminación informativa y estado de derecho en la sociedad tecnológica*, San José de Costa Rica, Conamaj, 1997.

_____, *La Ley de Protección de Datos en Costa Rica. Luces en la Sombra*. Bogotá, Red Académica Internacional de Protección de Datos Personales, Universidad de Los Andes, http://habeasdata-colombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/3_Alfredo-Chirino_FINAL1.pdf.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo. *El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales*. Azpilcueta, Cuadernos de Derecho, Núm. 20.

<http://www.euskomedia.org/PDFAnlt/azpilcueta/20/20043058.pdf>.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. "La tutela de la libertad informática en la sociedad globalizada". *Isegoría, Revista de Filosofía, Moral y Política*, núm. 22, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/521/521>.

TENORIO ADAME, Manuel M., *La protección de datos personales desde el derecho al acceso a la información y como derecho fundamental autónomo, el caso mexicano*, Bogotá, Red Académica Internacional de Protección de Datos Personales, Universidad de Los Andes, http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/5_-Manuel-Tenorio_FINAL.pdf.

TRONCOSO RAIGADA, Antonio, *El desarrollo de la protección de datos personales en Iberoamérica desde una perspectiva comparada y el equilibrio en los modelos de protección de datos a nivel internacional*, Bogotá, Red Académica Internacional de Protección de Datos Personales, Universidad de Los Andes, http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/10_Antonio-troncoso_FINAL.pdf.



Esta revista fue impresa en los talleres gráficos de Serviprensa, S.A. en el mes de mayo de 2015. La edición consta de 800 ejemplares en papel bond beige 80 gramos.

Asesoría:

Coadyuvar con los catedráticos y estudiantes en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Particularmente, apoyar la elaboración de tesis, orientando el desarrollo de la investigación para que la misma constituya un aporte a la ciencia y cultura jurídico-social del país.

Consultoría:

Proporcionar apoyo técnico a personas y entidades que lo requieran o lo necesiten, sobre asuntos jurídicos y sociales, aplicando las experiencias obtenidas en las investigaciones.

Difusión:

Compartir con todos los sectores de la sociedad las investigaciones realizadas, con el objeto de participar activamente en la creación de una bibliografía que analice y aporte soluciones a los actuales problemas jurídicos y sociales.

Instituto de Investigaciones
Jurídicas –IJJ–

Universidad Rafael Landívar
Campus Central,
Vista Hermosa III, zona 16
Edificio "O". 2do. Nivel,
Oficina O-214
Apartado Postal 39-C,
Ciudad de Guatemala,
Guatemala 01016

Teléfono: (502) 2426-2626
Extensión: 2551
Fax: (502) 2426-2595

Correo electrónico: ijj@url.edu.gt
Página electrónica: www.url.edu.gt

ISSN 1409-4762



9 771409 476000 >



**INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS**

Universidad Rafael Landívar